



EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-004-2023

**SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.-
COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.-** D.M. Quito, 20 de
abril de 2023, 16h26.

Comisionado sustanciador: Pablo Carrasco Torrontegui.

VISTOS

- [1] La Resolución No. SCPM-DS-2023-08, de 31 de enero de 2023, mediante la cual el Superintendente de Control del Poder de Mercado resolvió lo siguiente:

“Artículo único.- Reformar el artículo 1 de la Resolución No. SCPM-DS-2022-016 de 23 de marzo de 2022, el cual establece la conformación de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, por la siguiente: Formarán parte de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, los siguientes servidores designados:

- *Doctor Edison René Toro Calderón;*
- *Economista Carl Martin Pfistermeister Mora; y,*
- *Doctor Pablo Carrasco Torrontegui.”*

- [2] La Resolución No. SCPM-DS-2022-016 de 23 de marzo de 2022, mediante la cual el Superintendente de Control del Poder de Mercado resolvió lo siguiente:

“Artículo 2.- Designar al doctor Edison René Toro Calderón, como Presidente de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, a partir del 23 de marzo de 2022.”

- [3] El acta de la sesión extraordinaria del pleno de la Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante CRPI) de 07 de marzo de 2023, mediante la cual se deja constancia de que la CRPI designó a la abogada Verónica Vaca Cifuentes como secretaria Ad-hoc de la CRPI.
- [4] El Memorando No.SCPM-IGT-INCCE-DNCCE-2023-047 de 08 de marzo de 2023, remitido por Adriana Gabriela Constante Banda, Analista de la Intendencia de Control de Concentraciones Económicas, (en adelante “la Intendencia” “INCCE”) signado en el expediente digital con ID. 267123 mediante el cual se notificó la providencia de 08 de marzo de 2023, a las 17h05, en el expediente SCPM-IGT-INCCE-8-2022.
- [5] El Informe final No. SCPM-IGT-INCCE-2023-004, de 08 de marzo de 2023 remitido por la INCCE.

CONSIDERANDO

- [6] Que la CRPI en uso de sus atribuciones legales para resolver, considera:

1. AUTORIDAD COMPETENTE

- [7] La CRPI es competente para conocer y resolver el presente caso sobre la presunta operación de concentración económica no notificada del operador económico Unión de Concreteras UNICON UCUE Cía. Ltda, (en adelante, también **UNICON ECUADOR**) conforme a lo señalado en los artículos 14, 16 de la LORCPM y en el artículo 39, numeral 4 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, (en adelante, SCPM).

2. CLASE DE PROCEDIMIENTO

- [8] El procedimiento es el determinado en el artículo 26 y 27 del Reglamento a la LORCPM 39 del IGPA.

3. IDENTIFICACIÓN DEL OPERADOR ECONÓMICO INVOLUCRADO

El operador económico involucrado es Unión de Concreteras UNICON UCUE Cía. Ltda. (en adelante también **UNICON Ecuador**) con Registro único de Contribuyente, 1790844900001, representado legalmente por Pablo José Andrade Torres, con número de cédula de ciudadanía 1706570460. Con domicilio en AV. SIMON BOLIVAR S/N Y AV. INTEROCEANICA en la ciudad de Quito. Consta como actividad económica principal: “Venta al por mayor de materiales de construcción: piedra, arena, grava, cemento, etcétera.”¹

- [9] Actúan como abogados patrocinadores David Sperber Vilhelm, Silvia Nicole Encalada.
- [10] Dentro del presente expediente constan los siguientes correos electrónicos para notificaciones: david@salf.ec; davidsperv@gmail.com; nicole@salf.evwwwc.

4. ANTECEDENTES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

4.1 SCPM-IGT-INCCE-8-2022

- [11] Mediante memorando SCPM-IGT-INCCE-2022-080, de 26 de abril de 2022, la INCCE solicitó a la Intendencia General Técnica la apertura de expediente para investigación de presunta operación de concentración económica no notificada, con respecto a la adquisición de los activos de Mezcladora y Distribuidora de Hormigón MEZCLALISTA S.A., por parte de **UNICON ECUADOR**.
- [12] A través de providencia de 04 de mayo de 2022, las 12h35, la Intendencia, avocó conocimiento de los hechos puestos en conocimiento a través de Memorando No. SCPM-INCCE-DNEECCE-2019-083 e Informe No. SCPM-INCCE-DNEECCE-2019-006, de 19 de noviembre de 2019, suscritos por el Director Nacional de Estudios y Examen de Control de Concentraciones Económicas, con respecto a la presunta ejecución de una operación de

¹ Portal Web de Información del Servicio de Rentas Internas. 2023. Consultado con RUC No. 1790844900001, el 03 de abril de 2023, desde el enlace: <https://srienlinea.sri.gob.ec/sri-enlinea/SriRucWeb/ConsultaRuc/Consultas/consultaRuc>.



concentración económica por parte del operador económico **UNICON ECUADOR**, realizada sin autorización previa por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

- [13] Mediante providencia de 20 de mayo de 2022, las 10h30, la INCCE, solicitó información a los operadores económicos: Hormigones del Valle S.A. Hormivalle; Metropolitana de Hormigones Methrorm Cia. Ltda.; Hormigonera Amazonas Hormiamazonas S.A.; Unión Cementera Nacional S.A.; Holcim Ecuador S.A.; **UNICON ECUADOR**; Mezcladora y Distribuidora de Hormigón MEZCLALISTA S.A.; Hormigonera Manabí Hormimanabí Cía. Ltda.; Hormigonera de los Andes, para que en el término de diez (10) días remitan la información requerida mediante dicha providencia.
- [14] A través de providencia de 10 de junio de 2022, las 15h30, la Intendencia, agregó la información presentada por los operadores económicos: UNACEM Ecuador S.A.; **UNICON ECUADOR**; Unión Cementera Nacional UCEM S.A.; Holcim Ecuador S.A.; Hormigonera de los Andes S.H.C.C.; Mezcladora y Distribuidora de Hormigón MEZCLALISTA S.A., e insistió en la entrega de información a los operadores económicos: Hormigones del Valle S.A. Hormivalle; Metropolitana de Hormigones Methrorm Cía. Ltda.; Hormigonera Amazonas Hormiamazonas S.A.; Hormigonera Manabí Hormimanabí Cía. Ltda., para que presenten la información requerida en Providencia de 20 de mayo de 2022, a las 10h30.
- [15] Mediante providencia de 17 de junio de 2022, las 15h25, agregó la información presentada por los operadores económicos: Hormigones del Valle S.A.; Hormigonera Amazonas Hormiamazonas S.A.; Unión Cementera Nacional UCEM S.A.; Metropolitana de Hormigones Methrorm Cía. Ltda., e insistió en la entrega de información al operador económico Hormigonera Manabí Hormimanabí Cía. Ltda., para que presente la información requerida en Providencia de 20 de mayo de 2022, a las 10h30.
- [16] En providencia de 23 de junio de 2022, las 11h05, la Intendencia, insistió en la entrega de información al operador económico Hormigonera Manabí Hormimanabí Cía. Ltda., para que presente la información requerida en Providencia de 20 de mayo de 2022, a las 10h30.
- [17] Mediante memorando SCPM-INCCE-DNCCE-2022-122, de 05 de julio de 2022, la Dirección Nacional de Control de Concentraciones Económicas, remitió el Informe de Actuaciones Previas No. SCPM-INCCE-DNCCE-2022-005, de 05 de julio de 2022, y su extracto confidencial, para conocimiento y oportuna gestión de la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas.
- [18] En providencia de 15 de julio de 2022, las 16h00, la Intendencia, acogió la recomendación constante en el Informe No. SCPM-INCCE-DNCCE-2022-005, de 05 de julio de 2022. A su vez corrió traslado con el referido informe al operador económico **UNICON ECUADOR**, en persona de su gerente señor Pablo Andrade Torres, para que en el término de treinta (30) días justifique la falta de notificación de la operación de concentración económica señalada.
- [19] A través de escrito presentado el 02 de agosto de 2022, las 10h54, el doctor David Sperber Vilhelm, en calidad de abogado autorizado del operador económico **UNICON**



ECUADOR, solicitó se declare que no ha decurrido el plazo del operador económico para contestar debido a falta de notificación de la copia íntegra del expediente; y también, solicitó se conceda una copia íntegra de la versión reservada del expediente SCPM-IGT-INCCE-8-2022.

- [20] La providencia de 08 de agosto de 2022, las 12h30, en la cual la Intendencia, negó por improcedente lo solicitado por el operador económico **UNICON ECUADOR**, informó que, a esa fecha, el término no había fenecido, por cuanto se encontraban dentro de los treinta (30) días dispuestos por la normativa legal vigente; a su vez, concedió acceso a la versión reservada del expediente, exceptuando aquella declarada con el carácter confidencial.
- [21] A través de escrito presentado el 09 de agosto de 2022, las 17h08, el doctor David Sperber Vilhelm, en calidad de abogado autorizado del operador **UNICON ECUADOR**, solicitó se aclare la fecha en la cual se llevaría a cabo la diligencia de acceso al expediente SCPM-IGT-INCCE-8-2022, ya que por lapsus calami se señaló como fecha al miércoles 11 de agosto de 2022, cuando lo correcto era miércoles 10 de agosto de 2022.
- [22] Mediante providencia de 11 de agosto de 2022, las 15h30, la INCCE, señaló como nueva fecha de acceso a la versión reservada del expediente, exceptuando aquella declarada con el carácter confidencial, para el lunes 15 de agosto de 2022, a las 15h30.
- [23] A través de escrito presentado el 26 de agosto de 2022, las 15h28, el señor Pablo Andrade Torres, en calidad de Gerente y el doctor David Sperber Vilhelm, en calidad de abogado autorizado del operador económico **UNICON ECUADOR**, presentó las explicaciones a la falta de notificación de la operación de concentración económica señalada.
- [24] El escrito presentado el 29 de agosto de 2022, las 16h24, el doctor David Sperber Vilhelm, en calidad de abogado autorizado del operador económico **UNICON ECUADOR**, en el cual incorporó copia de las matrículas de cinco (5) camiones de propiedad de Materiales de Construcción Quito S.A. CYMCA y Mezcladora y Distribuidora de Hormigón MEZCLALISTA S.A., antes y después de la compra de activos.
- [25] Mediante escrito presentado el 29 de agosto de 2022, las 16h58, el doctor David Sperber Vilhelm, en calidad de abogado autorizado del operador económico **UNICON ECUADOR**, incorporó la materialización de las páginas web de la Superintendencia de Mercado de Valores del Perú, declaración juramentada del representante legal de Mezcladora y Distribuidora de Hormigón MEZCLALISTA S.A.; y, solicitó que se agregue el expediente íntegro SCPM-IGT-INCCE-018-2019.
- [26] La providencia de 08 de septiembre de 2022, las 16h50, en la que la Intendencia, en virtud de que las explicaciones presentadas por el operador económico **UNICON ECUADOR**, no han sido suficientes para desvirtuar la existencia de una operación de concentración económica no notificada, de acuerdo a lo previsto en el tercer inciso del artículo 26 del RLORCPM, dispuso que se inicie la investigación de la presunta operación de concentración económica referente a la adquisición por parte de **UNICON ECUADOR**, de la unidad de negocios de producción y comercialización de hormigón premezclado a

Mezcladora y Distribuidora de Hormigón MEZCLALISTA S.A, acorde al procedimiento previsto en el artículo 39 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM.

- [27] En el escrito presentado el 23 de septiembre de 2022, las 11h44, el abogado José Guillermo Moya Valdivieso, en calidad de abogado autorizado del operador económico **UNICON ECUADOR**, solicitó se fije fecha y hora para mantener una reunión de trabajo con la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas.
- [28] La providencia de 26 de septiembre de 2022, las 12h50, en la cual la INCCE, convocó a una reunión de trabajo al operador económico **UNICON ECUADOR**, para el día miércoles 28 de septiembre de 2022, a las 10h00, mediante plataforma Zoom.
- [29] Mediante escrito presentado el 27 de septiembre de 2022, las 10h19, el doctor David Sperber Vilhelm, en calidad de abogado autorizado del operador económico **UNICON ECUADOR**, solicitó se incorpore al expediente una copia íntegra de la grabación de la llamada telefónica realizada entre los funcionarios de la SCPM y personal de UNACEM Ecuador S.A., alegando que la misma fungió de fundamento para dar inicio a los expedientes SCPM-IGT-INCCE-018-2019 y SCPM-IGT-INCCE-8-2022.
- [30] El 28 de septiembre de 2022, las 10h00, se llevó a cabo la reunión de trabajo entre los funcionarios de la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas y el operador económico **UNICON ECUADOR**.
- [31] A través de la providencia de 19 de octubre de 2022, las 17h40, la Intendencia, rechazó la afirmación del operador económico respecto de una llamada telefónica que fue realizada por los funcionarios de la Intendencia, ya que a su criterio la misma intentaría confundir al manifestar que “*Mediante providencia de 11 de diciembre de 2019, dentro del expediente No. SCPM-IGT-INCCE-018-2019, el cual acoge las recomendaciones (...) que nacen de la apertura del expediente SCPM-IGT-INCCE-006-2019*”, y conminó al abogado patrocinador del operador económico **UNICON ECUADOR**, a actuar apegado a los principios de buena fe y lealtad procesal.
- [32] El escrito presentado el 19 de octubre de 2022, las 17h41, el doctor David Sperber Vilhelm, en calidad de abogado autorizado del operador económico **UNICON ECUADOR**, mediante el cual solicitó se incorpore al expediente el certificado de existencia legal de **UNICON ECUADOR**, emitido por el Registro Mercantil, certificado de existencia legal de Materiales para la Construcción Materiales de Construcción Quito S.A. CYMCA emitido por el Registro Mercantil, certificado de existencia legal de Mezcladora y Distribuidora de Hormigón MEZCLALISTA S.A, emitido por el Registro Mercantil; así como, la materialización del certificado de cumplimiento de obligaciones de Materiales de Construcción Quito S.A. CYMCA, certificado de cumplimiento de obligaciones de **UNICON ECUADOR**, Registro Único de Contribuyentes de Materiales de Construcción Quito S.A. CYMCA, Registro Único de Contribuyentes de Mezcladora y Distribuidora de Hormigón MEZCLALISTA S.A, Registro Único de Contribuyentes de **UNICON ECUADOR**.
- [33] Mediante escrito presentado el 24 de octubre de 2022, las 17h06, el abogado José Guillermo Moya, en calidad de abogado autorizado del operador económico **UNICON**

ECUADOR, entregó la información requerida mediante providencia de 08 de septiembre de 2022, referente a los datos de contacto del operador económico Ecuaconcreto (César Eduardo Caiza Toaquiza).

- [34] La providencia de 28 de octubre de 2022, las 14h50, en la cual la Intendencia, concedió prórroga para la entrega de información a los operadores económicos: **UNICON ECUADOR**, UNACEM Ecuador S.A., Mezcladora y Distribuidora de Hormigón MEZCLALISTA S.A, y Materiales de Construcción Quito S.A. CYMCA; a su vez solicitó al señor Ecuaconcreto (César Eduardo Caiza Toaquiza), que en el término de diez (10) días remita a la Intendencia la información solicitada en la misma.
- [35] Mediante providencia de 07 de noviembre de 2022, las 14h40, la INCCE, agregó la información presentada por el operador económico Hormiplus S.A.S., e insistió en la entrega de la información a los operadores económicos: Hormigonera RC3 y Gova Hormigones.
- [36] El memorando SCPM-INCCE-DNCCE-2022-209, de 21 de noviembre de 2022, en el cual la Dirección Nacional de Control de Concentraciones Económicas, con la justificación de contar con los elementos requeridos a los operadores económicos e instituciones gubernamentales y de conformidad con el artículo 39 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa solicitó a la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas se sirva dirigirse al Intendente General Técnico a fin de obtener la respectiva autorización para prorrogar la fase de investigación hasta por sesenta (60) días término.
- [37] En memorando No. SCPM-IGT-INCCE-2022-315, de 22 de noviembre de 2022, la Intendencia, debido a la necesidad técnica de obtener la totalidad de la información requerida a los operadores económicos e instituciones gubernamentales; con el afán de formar el criterio técnico de la investigación y de conformidad con el artículo 39 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa solicitó se autorice a la Intendencia prorrogar la fase de investigación hasta por sesenta (60) días término, conforme la normativa vigente.
- [38] A través del Sistema Integral de la SCPM, la Intendencia General Técnica autorizó la prórroga de la fase de investigación hasta por sesenta (60) días término, conforme la normativa vigente.
- [39] Mediante providencia de 22 de noviembre de 2022, las 17h10, la Intendencia, agregó la información presentada por los operadores económicos Hormigonera Occidental OCCIHORMIGON Cía. Ltda; UNACEM Ecuador S.A., Materiales de Construcción Quito S.A. CYMCA; Mezcladora y Distribuidora de Hormigón MEZCLALISTA S.A; a su vez aceptó la solicitud del operador económico **UNICON ECUADOR**, respecto de la toma de testimonios a los operadores económicos Gova Hormigones, Hormigonera RC3, Hormigonera Occidental OCCIHORMIGON Cía. Ltda., Hormiplus S.A.S., Hormigonera Ecuaconcreto (César Eduardo Caiza Toaquiza), y Holcim Ecuador S.A., solicitó el pronunciamiento respecto la confidencialidad de la información presentada por los operadores económicos Materiales de Construcción Quito S.A. CYMCA, Mezcladora y Distribuidora de Hormigón MEZCLALISTA S.A, UNACEM Ecuador S.A., **UNICON ECUADOR**. Finalmente puso en conocimiento de **UNICON ECUADOR**, que se prorroga



la fase de investigación por sesenta (60) días, de conformidad con lo establecido en el artículo 26 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, contados a partir de la finalización del término original de investigación, esto es desde el 08 de diciembre de 2022.

- [40] El memorando SCPM-DS-DNRI-2022-065, de 30 de noviembre de 2022, la Dirección Nacional de Relaciones Internacionales en el cual entregó los documentos emitidos y certificados por la Superintendencia de Mercado de Valores de Perú con su debida apostilla, de acuerdo a lo solicitado por la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas.
- [41] Mediante providencia de 14 de diciembre de 2022, las 08h50, la INCCE, agregó los escritos presentados por los operadores económicos Materiales de Construcción Quito S.A. CYMCA, Mezcladora y Distribuidora de Hormigón MEZCLALISTA S.A., UNACEM Ecuador S.A., **UNICON ECUADOR**, y el Memorando SCPM-DS-DNRI-2022-065; llamó a toma de testimonios sin juramento a los operadores económicos: Gova Hormigones, Hormigonera RC3, Hormigonera Occidental OCCIHORMIGON Cía. Ltda., Hormiplus S.A.S., Hormigonera Ecuaconcreto (CAIZA), y Holcim Ecuador S.A.; insistió en la entrega de información a los operadores económicos Unión de Concreteiras, Mezcladora y Distribuidora de Hormigón MEZCLALISTA S.A., Materiales de Construcción Quito S.A. CYMCA, Gova Hormigones y César Eduardo Caiza Toaquiza.
- [42] La providencia de 16 de diciembre de 2022, las 15h40, la Intendencia, en lo principal agregó los escritos presentados por los operadores económicos Gova Hormigones y UNACEM Ecuador S.A., solicitó al operador económico Gova Hormigones que remita el documento en formato digital Excel, con la información conforme al formato e instrucciones de la plantilla: “Plantilla Hormigoneras 2022”; finalmente, atendió la solicitud de prórroga del operador económico UNACEM Ecuador S.A., concediendo la misma por el término de diez (10) días, contados a partir de la notificación de la providencia.
- [43] A través de providencia de 19 de diciembre de 2022, las 13h00, la INCCE, agregó el escrito presentado por el operador económico Hormigonera RC3, y en atención a la solicitud de copias requeridas por el mismo aclaró que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 del Instructivo para el Tratamiento de la Información dentro de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el procedimiento previo a la investigación, así como la fase investigativa, serán de carácter reservado, excepto para las partes directamente involucradas, por lo cual rechazó la solicitud de Hormigonera RC3.
- [44] En providencia de 20 de diciembre de 2022, las 10h45, la Intendencia, agregó los escritos presentados por los operadores económicos **UNICON ECUADOR**, Hormigonera Occidental OCCIHORMIGON Cía. Ltda., Materiales de Construcción Quito S.A. CYMCA, Mezcladora y Distribuidora de Hormigón MEZCLALISTA S.A., Gova Hormigones, y el video de la toma de versión convocada para el operador económico Gova Hormigones. Sin embargo, la misma no se llevó a cabo considerando que, previo al desarrollo de la diligencia, Gova Hormigones presentó un escrito solicitando nueva fecha y hora para tal.



- [45] El 20 de diciembre de 2022, las 11h30, la Intendencia llevó a cabo la toma de versión del operador económico Hormigonera RC3.
- [46] El 21 de diciembre de 2022, las 10h00, se llevó a cabo la toma de versión del operador económico Hormigonera Occidental OCCIHORMIGON Cía. Ltda.; a las 11h30, se llevó a cabo la toma de versión del operador económico Hormiplus S.A.S.; finalmente, a las 12h30, se llevó a cabo la toma de versión del operador económico Gova Hormigones.
- [47] Mediante providencia de 21 de diciembre de 2022, las 16h55, la Intendencia, agregó el escrito del operador económico Holcim Ecuador S.A., y los videos de las tomas de testimonios de los operadores económicos Hormigonera RC3, Hormigonera Occidental OCCIHORMIGON Cía. Ltda., Hormiplus S.A.S., y Gova Hormigones. En la misma, atendió el escrito presentado por Holcim Ecuador S.A., rechazando su solicitud y recordándole la convocatoria realizada mediante providencia de 14 de diciembre de 2022.
- [48] El 22 de diciembre de 2022, las 10h00, la INCCE, y el operador económico **UNICON ECUADOR**, asistieron a la toma de versión de la Hormigonera Ecuaconcreto (César Eduardo Caiza Toaquiza); sin embargo, la misma no se llevó a cabo ya que éste último no asistió.
- [49] La providencia de 22 de diciembre de 2022, las 11h00, la Intendencia, agregó el escrito del operador económico Holcim Ecuador S.A., y el video de la toma de testimonio al operador económico Hormigonera Ecuaconcreto (César Eduardo Caiza Toaquiza). En la misma, convocó nuevamente a Ecuaconcreto a la toma de testimonio dispuesta para el jueves 29 de diciembre de 2022, a las 10h00; y a Holcim Ecuador S.A., en la misma fecha a las 11h00.
- [50] El 29 de diciembre de 2022, las 10h00, se llevó a cabo la toma de versión del operador económico Hormigonera Ecuaconcreto (César Eduardo Caiza Toaquiza), mismo que no asistió y, a las 11h00, se llevó a cabo la toma de versión del operador económico Holcim Ecuador S.A.
- [51] Mediante providencia de 05 de enero de 2023, las 11h00, la Intendencia, agregó el escrito del operador económico Gova Hormigones, y los videos de las tomas de testimonios de los operadores económicos Hormigonera Ecuaconcreto (César Eduardo Caiza Toaquiza) y Holcim Ecuador S.A.; tomó en cuenta que, a solicitud del operador económico **UNICON ECUADOR**, no se realizará nueva convocatoria a Hormigonera Ecuaconcreto (César Eduardo Caiza Toaquiza), insistió a UNACEM Ecuador S.A., en la entrega de los extractos no confidenciales; y, solicitó información a los operadores económicos Mezcladora y Distribuidora de Hormigón MEZCLALISTA S.A., y Materiales de Construcción Quito S.A. CYMCA.
- [52] En providencia de 13 de enero de 2023, las 16h55, la Intendencia, agregó los escritos presentados por los operadores económicos **UNICON ECUADOR**; Holcim Ecuador S.A.; MEZCLALISTA; y, UNACEM Ecuador S.A.; insistió en la entrega de información al operador económico **UNICON ECUADOR** y solicitó información a CYMCA y MEZCLALISTA.



- [53] A través de providencia de 18 de enero de 2023, las 11h50, la INCCE, agregó el escrito presentado por MEZCLALISTA; y, convocó a una reunión al operador económico CYMCA.
- [54] El 20 de enero de 2023, las 10h00, tuvo lugar la reunión entre la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas y CYMCA, a la que acudió en calidad de oyente, el operador económico **UNICON ECUADOR**.
- [55] Mediante Providencia de 20 de enero de 2023, las 16h55, la Intendencia, agregó los escritos presentados por los operadores económicos **UNICON ECUADOR**; UNACEM Ecuador S.A.; y, Holcim Ecuador S.A.; nuevamente insistió en la entrega de los extractos no confidenciales presentados por los operadores económicos **UNICON ECUADOR** y UNACEM Ecuador S.A.; y, de conformidad con lo requerido por los abogados patrocinadores de **UNICON ECUADOR** realizó preguntas a CYMCA y MEZCLALISTA.
- [56] En providencia de 01 de febrero de 2023, las 16h55, la Intendencia, agregó los escritos presentados por los operadores económicos CYMCA; **UNICON ECUADOR**; MEZCLALISTA; y, UNACEM Ecuador S.A.; de conformidad con lo requerido por los abogados patrocinadores de **UNICON ECUADOR** realizó preguntas a CYMCA y MEZCLALISTA; insistió a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros en la entrega de la información requerida; y solicitó información al Fideicomiso “Shyris 18”.
- [57] La providencia de 09 de febrero de 2023, las 16h15, la INCCE, agregó los escritos presentados por los operadores económicos **UNICON ECUADOR**; MEZCLALISTA; y, Fideval S.A., Administradora de Fondos y Fideicomisos, en representación del Fideicomiso “Shyris 18” (En adelante, también FIDEVAL); se solicitó a **UNICON ECUADOR** y Unacem Ecuador S.A., se pronuncien respecto de la confidencialidad de su información, se insistió a **UNICON ECUADOR** y CYMCA en la entrega de información requerida, y se requirió información a MEZCLALISTA. Finalmente, se concedieron copias del expediente a **UNICON ECUADOR**.
- [58] Mediante providencia de 10 de febrero de 2023, las 11h30, la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas, corrigió la fecha de entrega de las copias concedidas mediante providencia de 09 de febrero de 2023, a las 16h15.
- [59] Mediante providencia de 13 de febrero de 2023, las 14h45, la Intendencia, agregó el certificado “Datos Generales de la Compañía” del operador económico Mezcladora y Distribuidora de Hormigón Mezclalista S.A., obtenido del Portal Web de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, y el escrito presentado por **UNICON ECUADOR**, y concedió una única prórroga por el término de dos (2) días para la entrega de la información requerida.
- [60] Mediante providencia de 15 de febrero de 2023, las 15h45, la Intendencia, agregó los escritos presentados por FIDEVAL, CYMCA y **UNICON ECUADOR**, concedió a FIDEVAL un término de dos (2) días para la entrega de los extractos no confidenciales, e insistió en la entrega de las justificaciones de confidencialidad a **UNICON ECUADOR** y



Unacem Ecuador S.A. Finalmente, tomó en cuenta la información presentada por **UNICON ECUADOR** para su respectivo análisis.

- [61] Mediante providencia de 16 de febrero de 2023, las 17h45, la Intendencia, agregó los extractos no confidenciales, insistió en la entrega de la información, constantemente, requerida a **UNICON ECUADOR**, dejó constancia de la recurrente falta de colaboración de **UNICON ECUADOR**, por supuestamente haber remitido en reiteradas ocasiones información incompleta o incorrecta, o el incumplir prórrogas para la entrega de información.
- [62] Mediante providencia de 17 de febrero de 2023, las 16h25, la INCCE agregó el escrito presentado por el operador económico **UNICON ECUADOR**, negó la solicitud de prórroga requerida considerando el volumen y complejidad de la información requerida así como el tiempo transcurrido desde el primer requerimiento de información, y solicitó la entrega por un término improrrogable de un (1) día contado a partir de la notificación de la referida providencia.
- [63] Mediante providencia de 24 de febrero de 2023, las 16h00, la Intendencia, agregó los escritos presentados por los operadores económicos FIDEVAL, MEZCLALISTA y la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, insistió a **UNICON ECUADOR** y UNACEM Ecuador S.A., que justifique el motivo por el cual, en sus extractos no confidenciales, tachan información pública. Así mismo, insistió por segunda ocasión en la entrega de la información requerida previamente. Por otro lado, en vista de la falta de colaboración de **UNICON ECUADOR**, se dispuso a la DNCCE la realización de un informe motivado respecto del presunto incumplimiento de entrega de información requerido por la Intendencia. Finalmente, dicha dependencia requirió información al operador económico Ingeniería para el Desarrollo Acurio&Asociados S.A.
- [64] Mediante providencia de 27 de febrero de 2023, las 11h15, la Intendencia, dispuso a la Secretaria de Sustanciación que descargue y materialice la información constante en la página de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros; y, la página web de **UNICON ECUADOR**.
- [65] Mediante providencia de 27 de febrero de 2023, las 16h35, la Intendencia, solicitó a MEZCLALISTA y CYMCA, que remitan a dicho órgano de control las Actas de Junta de Accionistas de 25 de enero de 2019, debidamente certificadas por Notario Público, de ambos operadores económicos.
- [66] Mediante providencia de 28 de febrero de 2023, las 14h55, la INCCE, agregó el escrito presentado por el operador económico FIDEVAL y la Certificación de Documentos Materializados desde Página Web o de cualquier soporte electrónico No. 20231701070C00716, de 28 de febrero de 2023, suscrito por el Dr. Ramiro Gonzalo Borja Borja, en calidad de Notario de la Notaría Septuagésima del Cantón Quito; tomando en cuenta que los operadores económicos UNACEM Ecuador S.A., y **UNICON ECUADOR** no se pronunciaron respecto de la confidencialidad constante en sus documentos se desclasificó la información clasificada con este carácter mediante providencia de 14 de diciembre de 2022. Finalmente, se insistió, por tercera y última ocasión, en la entrega de la información requerida, a saber: Registro Único de Contribuyentes, Certificado de

Establecimientos emitido por el Servicio de Rentas Internas, y Adéndum al cual hizo referencia mediante escrito presentado el 03 de febrero de 2023, respecto del acuerdo de pago con el operador económico MEZCLALISTA.

- [67] Mediante providencia de 03 de marzo de 2023, las 14h30, la Intendencia, agregó los escritos presentados por los operadores económicos MEZCLALISTA, UNACEM Ecuador S.A., **UNICON ECUADOR**, Dirección y Representaciones Legales DIPRELEG S.A., en representación de Ingeniería para el Desarrollo Acurio&Asociados, CYMCA; y, se solicitó al operador económico FIDEVAL, en representación del “Fideicomiso Aqua”, que remita a la Intendencia en original o copia debidamente certificada por Notario Público, el contrato suscrito entre éste y MEZCLALISTA, así como cualquier documento con el cual se haya cedido el referido contrato a **UNICON ECUADOR**.
- [68] Mediante providencia de 06 de marzo de 2023, las 12h35, la Intendencia, en atención a la solicitud del operador económico **UNICON ECUADOR**, dispuso se realicen las gestiones pertinentes a fin de obtener e incorporar copias certificadas del expediente SCPM-IGT-INCCE-018-2019 al expediente SCPM-IGT-INCCE-8-2022.
- [69] La providencia de 08 de marzo de 2023, las 17h05, mediante la cual la INCCE, en lo principal dispuso agregar el Informe No. SCPM-IGT-INCCE-2023-004, emitido el mismo día. En adición dispuso remitir el mencionado Informe en su versión confidencial como reservada, junto con el expediente de investigación a la CRPI para su conocimiento y resolución.

4.2 EXPEDIENTE SCPM-CRPI-004-2023

- [70] La INCCE mediante memorando No. SCPM-IGT-INCCE-DNCCE-2022-047, de fecha 8 de marzo de 2023, de Adriana Gabriela Constante Banda, contenido en el sistema documental de la SCPM con Id. 267123, remitió a esta Comisión el Informe No. SCPM-IGT-INCCE-2023-004, 08 de marzo de 2023 con sus versiones confidencial y reservado.
- [71] Mediante providencia de 13 de marzo de 2023, las 10h29, la CRPI, avocó conocimiento del expediente No. SCPM-CRPI-004-2023, y corrió traslado al operador **UNICON ECUADOR**, con la versión confidencial del Informe No. SCPM-IGT-INCCE-2023- 004 de 08 de marzo de 2023 para que en el término de diez (10) días manifieste lo que considere pertinente.
- [72] El escrito y anexo presentados por el operador económico **UNICON ECUADOR**, el 28 de marzo 2023, las 12h24, mediante el cual presentó sus alegatos.
- [73] El escrito y anexo presentados por el operador económico **UNICON ECUADOR**, el 28 de marzo 2023, las 17h02, en el cual designó a sus abogados patrocinadores y remitió sus documentos habilitantes.
- [74] Mediante providencia de 30 de marzo de 2023, las 10h29, la CRPI, en lo principal agregó los escritos y anexos de 28 de marzo 2023, las 12h24 y 17h02, respectivamente.



- [75] En providencia de 04 de abril, las 11h26, la CRPI convocó a audiencia pública por vía telemática el día 6 de abril de 2023, a las 14h00.
- [76] La providencia de 05 de abril, las 15h15, en la cual la CRPI, solicitó a la INCCE que en el término de 5 días remita su pronunciamiento con lo que respecta del cumplimiento de los criterios contenidos de los numerales 1, 3 y 4 del artículo 22 de la LORCPM, en el presente caso.
- [77] El escrito de 06 de abril, del operador económico con número de ID 269304 en el que solicitó se declare la confidencialidad del escrito de alegatos y remitió el extracto no confidencial
- [78] El memorando No. SCPM-IGT-INCCE-2023-069 en el cual la Intendencia se pronunció respecto del cumplimiento de los criterios contenidos de los numerales 1, 3 y 4 del artículo 22 de la LORCPM en el presente caso.
- [79] La providencia de 13 de abril de 2023, en la que la CRPI agregó el memorando No. SCPM-IGT-INCCE-2023-069 y puso en conocimiento del operador **UNICON ECUADOR** para que en el término de dos días se pronuncien en lo que corresponda y declaró el escrito de alegatos como confidencial.
- [80] El escrito presentado por el operador económico Unión de Concretaras UNICON UCUE Cía. Ltda., el 18 de abril de 2023, las 17H12, con número de ID 269858, que en lo principal señala que el operador económico se encuentra de acuerdo con el criterio señalado por la Intendencia en el memorando No. SCPM-IGT-INCCE-2023-069.
- [81] La providencia 19 de abril de 2023, 11h30, que en lo principal, la CRPI agregó el escrito operador económico Unión de Concretaras UNICON UCUE Cía. Ltda., el 18 de abril de 2023, las 17H12.

DE LOS ALEGATOS PRESENTADOS POR EL OPERADOR ECONÓMICO INVESTIGADO

- [82] A continuación se resume las principales alegaciones presentadas por **UNICON ECUADOR**, en su escrito de 28 de marzo 2023, las 12h24:

Respecto de “Sobre la ilegalidad en la fase preliminar dentro del proceso administrativo”.

- [83] **UNICON ECUADOR**, en lo principal, en su escrito de alegatos señaló con respecto a la ilegalidad en la fase preliminar dentro del proceso administrativo los siguientes puntos:

1. Sobre las violaciones de derecho por las pruebas utilizadas para la configuración del informe No. SCPM-INCCE-DNCCE-2022- 005

- [84] El operador económico mencionó que el informe No. SCPM-INCCE-DNCCE-2022-005 se fundamenta y utiliza para su principal conclusión prueba nula e información sin



verificar, puesto que dicha información obtenida no cumpliría con el criterio de autenticación establecida en el artículo 201 del Código Orgánico General de Procesos.

- [85] En este sentido, señaló que la información que sirvió de sustento para memorado No. SCPM-INCCE-DNEECCE- 2019-083 e Informe No. SCPM- INCCE-DNEECCE-2019-006, fue obtenida en el extranjero, sin cumplir con los requisitos mínimos legales para su validez. Así también, indicó que el gráfico No. 5 de 2019 que fue obtenido en los expedientes SCPM-DS-INJ-RA-008-2020 y SCPM- IGT-INCCE-006-2019, contaría con información ilustrativa supuestamente otorgada a través de la página web de la Superintendencia de Valores de Perú, autoridad extranjera.
- [86] Por otra parte, mencionó que el criterio contenido en el párrafo 164 del Informe SCPM-IGT-INCCE-2023-004, fue emitido por la Intendencia sin considerar la declaración de Guillermo Andrade representante legal de CYMCA – MEZCLALISTA, en cuanto a la afirmación declara que en la actualidad MEZCLALISTA sí puede operar en el mercado de venta de hormigón después de la venta de ciertos activos a **UNICON ECUADOR**.

2. Declaratoria de confidencialidad por la Intendencia en las pruebas que afectan el derecho a la defensa de UNICON ECUADOR

- [87] Respecto a este punto el operador señaló que mediante el Oficio No. SCPM-INCCE-DNCCE-2022-473 de 8 de agosto de 2022, la Intendencia niega a **UNICON ECUADOR** el acceso a información confidencial, a pesar, de ser parte del proceso de investigación, posteriormente el operador mediante escrito solicitó nuevamente el acceso, lo que fue nuevamente negado por la Intendencia en providencia de 11 de agosto de 2022.
- [88] En este sentido, el operador económico manifestó que las piezas procesales a las cuales pretendía acceder no contarían con su versión no confidencial, lo que consistiría en una violación a su derecho de defensa por lo que debería declararse la nulidad del expediente y fundamentó su posición respecto de que el artículo 56 de la LORCPM, en su tercer inciso establece: *“El proceso previo a la investigación, así como la fase investigativa serán de carácter reservado, excepto para las partes directamente involucradas”*.
- [89] En este sentido, el operador manifestó que ha sido violentado su derecho al debido proceso establecido por la CRE y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por parte de la Intendencia.

3. Falta de imparcialidad de los funcionarios de la intendencia en este expediente

- [90] El operador económico indicó que existió falta de imparcialidad de los funcionarios de la INCCE, ya que los mismos funcionarios que conocieron el expediente SCPM-IGT-INCCE- 018-2019 y también lo hicieron en el expediente SCPM-IGT-INCCE-8-2022, en el que finalmente solicitan se sancione a **UNICON Ecuador**, conforme el detalle contenido en el siguiente cuadro elaborado por el operador:

	Expedientes
--	-------------



Funcionarios	SCPM-IGT-INCCE-018-2019 INF. SCPM-INCCE-DNCCE-2022-005	SCPM-IGT-INCCE-8-2022 INF. SCPM-IGT-INCCE-2023-004	Conflicto de interés
Abg. Gabriela Constante	Elabora	Elabora	SI
Econ. Daniel Cedeño	Elabora	Elabora	SI
Econ. David Pozo	Revisa y Aprueba	Revisa	SI
Econ. Francisco Dávila	Participa	Participa y Aprueba	SI

- [91] En este sentido, **UNICON ECUADOR**, mencionó que dichos servidores habrían violado el principio de legalidad, a la seguridad jurídica y a la imparcialidad contraviniendo la Carta Magna, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Artículo 36 de la LORCPM y los Artículos 18 y 19 del COA, consideró que “*todos los actos desde el SCPM-IGT-INCCE-8-2022 de la Intendencia son nulos y así lo debe resolver.*”
- [92] En particular, el operador económico manifestó que existiría falta de imparcialidad en los funcionarios de la INCCE en los expedientes SCPM-IGT-INCCE-018-2019 y SCPM-IGT-INCCE-8-2022 conexos por lo que tuvieron que excusarse de oficio de conocer este expediente No. SCPM-IGT-INCCE-8-2022 cuando dictaron su Informe Final SCPM-IGT-INCCE-2023-004 y no lo hicieron.

4. De los testimonios incompletos y la vulneración al debido proceso.

- [93] Ahora bien, el operador económico manifestó que conforme consta de fojas 63 a la 65 del Informe SCPM-IGT-INCCE-2023-004, el 20 y 21 de diciembre de 2022 se efectuaron los testimonios de HOLCIM ECUADOR S.A., OCCIHORMIGON, HORMIPLUS, y GOVA HORMIGONES, los cuales la Intendencia no habría transcrito íntegramente, a pesar de que **UNICON ECUADOR** lo solicitó en reiteradas ocasiones.
- [94] En este sentido, **UNICON ECUADOR** mencionó que la norma constitucional contenida en el artículo 76, numeral 7, literal d) habría sido ignorada, vulnerando su derecho al debido proceso al, no permitirle conocer el contenido íntegro de los testimonios, que son pieza fundamental para su defensa, así la Intendencia habría de forma parcializada utilizado solo una parte de los testimonios y omitido lo que le desfavorece.
- [95] Asimismo, expuso que con respecto al testimonio de 20 de enero de 2023, la Intendencia no permitió **UNICON ECUADOR** realizar preguntas al señor Guillermo Andrade, representante legal de CYMCA y MEZCLALISTA, siendo este el único testimonio en el cual no le fue permitido el ejercer su derecho a la contradicción, lo que no sucedería con los demás testimonios de fecha el 20 y 21 de diciembre de 2022.

Respecto de la “Falta e incorrecta motivación del expediente SCPM-IGT-INCCE-8-2022”.



[96] En cuanto a esta alegación **UNICON ECUADOR**, presentó los siguientes puntos:

1. Deficiente motivación sobre la conformación de la unidad económica entre CYMCA, MEZCLALISTA y UNICON ECUADOR

[97] El operador económico **UNICON ECUADOR**, manifestó que en providencia de 11 de diciembre de 2019, dentro del expediente No. SCPM-IGT-INCCE-018-2019 trata a los operadores económicos CYMCA y MEZCLALISTA como operadores económicos individuales y separados, cuando pertenecerían a un mismo grupo económico, lo cual evidencia que al otorgar una misma notificación informativa en resoluciones distintas mostraría la falta de motivación e imparcialidad con la que ha actuado la Intendencia.

[98] En este sentido el operador enfatizó que:

“En la resolución de CYMCA su Autoridad resolvió “tomar nota”, que no es un acto administrativo, como lo hemos visto, ya que nos consta en la LORCPM, mientras que, analizando MEZCLALISTA, resuelve que es posible un cometimiento de infracción ello es contradictorio y por tanto existe error de motivación y violación del principio de interdicción de la arbitrariedad tipificado en el Artículo 18 del COA.

A posteriori, el Informe SCPM-INCCE-DNCCE-2022-005, de 15 de julio de 2022, además de intentar justificar la existencia de una unidad económica por UNICON con base en pruebas extranjeras nulas que contravienen la normativa ecuatoriana, motiva el concepto de la unidad económica utilizando los siguientes argumentos:

a. A foja 16 párrafo 70 se manifiesta: “Una de las formas en que se determina que la matriz y sus filiales deben ser vinculadas a efectos del cálculo de volumen de negocios, es que la primera, disponga directa o indirectamente de más de la mitad del capital suscrito y pagado de otros operadores económicos, situación que efectivamente se ha verificado en el caso que nos ocupa, considerando que UNACEM S.A.A. (EMPRESA PERUANA) dispone de casi el 100% de sus filiales y demás subsidiarias.”

b. Más aún, a la luz de las nociones establecidas en los “Lineamientos para la interpretación de aspectos específicos de la Ley de Represión de conductas anticompetitivas” establecidos por el INDECOPI, es posible entender un grupo económico como; {...} al conjunto de personas jurídicas que tienen como elemento central que todas ellas están sujetas a una unidad de control (de decisión), que puede ser ejercida por una persona natural o jurídica, o un conjunto de agentes, guiada por un interés único, correspondiente a quien ejerce el control”.



El principal argumento del Informe SCPM-INCCE-DNCCE-2022-005 establece que la unidad económica surge cuando un conjunto de personas jurídicas tiene como elemento central la unidad de control. No obstante, sorprende de manera sustancial que el mismo argumento utilizado en el Informe y que forma parte de la conclusión tercera del mismo se fundamente en una premisa que la misma Autoridad de competencia desconoció en el expediente No. SCPM-IGT-INCCE-018-2019.”

[99] Adicionalmente, **UNICON ECUADOR** señaló que:

“(…)

Con base a lo expuesto, dentro del proceso No. SCPM-IGT-INCCE-018-2019, UNICON de buena fe realizó una notificación informativa ante la SCPM por la compra de algunos activos pertenecientes a CYMCA y MEZCLALISTA; es decir, UNICON no compró las compañías CYMCA y MEZCLALISTA y no tomó control de CYMCA, ni de MEZCLALISTA, ni de la unidad de negocio de hormigón ya que el grupo económico CYMCA – MEZCLALISTA sí presta el servicio de hormigón a hoy; UNICON solo compró algunos activos de las dos compañías lo que no ha sido tomado en consideración y por el contrario se ha alegado que la compra se ha dado por la totalidad para adecuar al arbitrio y decisión de la Intendencia desancionar a UNICON a cualquier costo, inclusive sacrificando garantías de debido proceso y de motivación de sus decisiones en detrimento de la posición de buena fe durante todo este proceso por parte de UNICON. Sobre ello, es importante recordar que el expediente en referencia es el fundamento del Informe SCPM-INCCE-DNCCE-2022-005 y del expediente SCPM-IGT-INCCE-008-2022 lo cual no puede ahora omitir la SCPM.

*Por lo tanto, si UNICON presentó la concentración económica de CYMCA y MEZCLALISTA de forma unitaria, en ningún momento la Intendencia rechazó, negó o abrió un procedimiento correspondiente. Por lo tanto, sobre la compra de activos de UNICON a CYMCA la Intendencia tomó “nota al margen” de la petición realizada por UNICON, **vulnerando de esta manera nuevamente la garantía de motivación consagrada en la Carta Suprema que tiene expresa vinculación con el derecho al debido proceso y derecho a la defensa.** Por lo que, existe violación al debido proceso administrativo tipificado en el Artículo 33 del COA, que consagra el principio de favorabilidad y por consiguiente el principio general del derecho *In dubio pro Administrado* que “(…) En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.”*

Asimismo, existe un enorme grado de incertidumbre en contra del administrado UNICON, ya que se desconoce cuál es el objetivo de la decisión adoptada por la Intendencia. Lo que vuelve a demostrar una



inexistente motivación sobre la petición realizada por UNICON en su notificación informativa. Al respecto, la Corte Constitucional sostiene que, “Una argumentación jurídica es inexistente cuando la respectiva decisión carece totalmente de fundamentación normativa y de fundamentación fáctica”. Por ende, este expediente es nulo.”

2. Silencio administrativo positivo. Imposibilidad de conocer y resolver este expediente por la SCPM.

[100] En relación con este punto, **UNICON ECUADOR** manifestó que la Intendencia habría omitido el término establecido en el artículo 21, puesto que la notificación voluntaria habría sido admitida a trámite desde el 12 de septiembre de 2019 y ante la ausencia de pronunciamiento de la SCPM habría operado el silencio administrativo positivo contenido en el artículo 23 de la LORCPM

[101] En particular el operador económico señaló:

*“La notificación de UNICON por la compra de activos de CYMCA y MEZCLALISTA se realizó el 12 de septiembre de 2019, mismo día en que fue aceptada a trámite, con lo cual, la SCPM tenía 60 días plazo para resolver y extendiéndola por 60 días término, es decir **hasta el 3 de febrero de 2020**, tal como se determina en los Artículos 21 y 23 de la LORCPM.*

Sin embargo, la Intendencia, dos años y medio más tarde, pretende desconocer este plazo fundamentándose en el Artículo 23 de la LORCPM que dicta, “(...) sin que se requiera petición adicional alguna por el o los operadores económicos involucrados, quienes podrán continuar con la operación de concentración notificada.”

En este sentido, la notificación del expediente SCPM-IGT-INCCE-018-2019 de 11 de diciembre de 2019 tenía que ser resuelta por la CRPI conforme el Artículo 21 de la LORCPM, al no hacerlo esta notificación fue aprobada tácitamente al configurarse silencio administrativo positivo a favor de UNICON; por tanto, la SCPM carece que competencia y, no puede revisar y modificar su resolución mediante este expediente SCPM-IGT-INCCE-008-2022; de lo contrario estaría violando el derecho a la seguridad jurídica de UNICON, el principio de juridicidad, principio de proporcionalidad, principio de buena fe de la administración, principio de interdicción de la arbitrariedad, principio de racionalidad y principio de tipicidad; así lo debe resolver la CRPI.”

Respecto de “la errónea afirmación de la existencia de una concentración económica obligatoria y su deficiente motivación”.

[102] El operador económico, en relación con esta alegación, señaló que el Informe No. SCPM-INCCE-DNCCE-2022-005 contiene varias premisas erróneas las cuales inducirían a conclusiones equivocadas y constituyen errónea motivación, lo que deviene en un Informe ilegal en lo principal señaló:



“Por lo tanto, al dividir el argumento utilizado por la Intendencia se expresan las siguientes premisas:

“Premisa mayor: Existe una concentración económica y cambio de control cuando un operador económico adquiere la totalidad de activos de otro operador económico utilizados para la ejecución de un mercado relevante.

Premisa menor: UNICON adquirió la totalidad de activos de MEZCLALISTA para la fabricación y distribución de hormigón premezclado.

Premisa menor: UNICON no adquirió activos de CYMCA para la fabricación y distribución de hormigón premezclado.

Conclusión 1: UNICON compró todos los activos de MEZCLALISTA.

Conclusión 2: Existe una concentración económica y cambio de control por parte de UNICON a MEZCLALISTA ya que el mercado relevante único de MEZCLALISTA es la fabricación y distribución de hormigón premezclado.

Conclusión 3: La compra de activos de CYMCA NO constituye una concentración económica.

Esta afirmación generada por la autoridad sustanciadora -Intendencia- carece de fundamento fáctico por cuanto:

1. UNICON en ningún momento adquirió la totalidad de los bienes de MEZCLALISTA para la fabricación y distribución de hormigón premezclado. Conforme consta en el Anexo No. 2, se evidencian los bienes de MEZCLALISTA que siguen en su dominio y que los mismos son utilizados en el mercado relevante o pueden ser utilizados en el mercado relevante. Por ende, no se eliminó un competidor como ya lo afirmó la misma MEZCLALISTA (véase testimonio del señor Guillermo Andrade representante legal de MEZCLALISTA de 20 de enero de 2023).

2. MEZCLALISTA es un operador económico que en su giro ordinario de su negocio determinó prudente ampliar su margen de acción para satisfacer la demanda del mercado de asfalto. Por lo tanto, es incorrecto afirmar que UNICON adquirió la totalidad de activos, que en virtud de este hecho, existe una concentración económica.

3. CYMCA vendió activos a UNICON en el mismo momento que MEZCLALISTA, siguiendo el mismo errado concepto de la Intendencia, entonces UNICON también habría comprado la totalidad de sus activos



cuando no lo hizo y la realidad procesal que consta del expediente así lo demuestra.

4. UNICON compró ciertos bienes de CYMCA y de MEZCLALISTA – mismo grupo económico-. Por lo tanto, si la Intendencia pretende fundamentar la existencia de una concentración económica por la adquisición de ciertos bienes, es necesario que esta analice caso por caso como bien lo expone el mismo argumento jurídico utilizado previamente por la misma Intendencia. El referido impacto en la competencia es fácil de establecer en aquellos casos en que todos los activos de un agente económico son adquiridos, mientras que requerirán un análisis caso a caso en las adquisiciones de solo parte de dichos activos, o de activos que han dejado o dejarán de ser económicamente operativos”⁴⁶. El hecho de mantener dichos activos por parte de MEZCLALISTA demuestra la intensión y deseo de este operador económico de seguir operando en este mercado relevante, lo que demuestra fehacientemente una clara inexistencia de impacto en el mercado o en la competencia, agregando que sí puede atender hoy a un cliente en este mercado.

5. Del mismo modo, no existe prohibición para que MEZCLALISTA, desde la venta de activos o en el futuro, opere en dicho mercado; más aún cuando el testimonio del administrador y representante legal de CYMCA y MEZCLALISTA afirmó que sí puede atender hoy y de inmediato a un cliente de hormigón premezclado, lo que omite la Intendencia mencionar al momento de sustentar su análisis.

6. CYMCA y MEZCLALISTA constituyen un solo operador económico; con lo cual, la Intendencia no puede tratarlos de forma diferente; o a los dos “tomó nota” (lo cual es ilegal) o a los dos les abre un expediente por supuesta falta de notificación de concentración económica, lo cual no ocurrió en este expediente. Esta contradicción hace que este expediente sea nulo por falta de congruencia.”

Respecto de “la carencia de impacto en el mercado relevante”.

[103] El operador económico, con relación a esta alegación desarrolló los siguientes puntos:

1. Inexistencia de barreras de entrada previas a la notificación informativa realizada por UNICON ECUADOR

[104] UNICON ECUADOR, en relación con las barreras de entrada señaló que:

“En el año 2016 existían más de 20 competidores en el mercado de hormigón en Pichincha. El ingreso de un nuevo competidor constituido en 2015 y con ventas en 2017, Hormigonera Noboa (HORMIGONERA NOBOA E HIJOS NH. CIA.LTDA.), refleja la existencia de un mercado dinámico y con pocas barreras de entrada. A su vez, hay competidores pequeños que no se reflejan de forma individual en este



análisis. Otro ejemplo es HORMIPLUS S.A.S. (1793150888001) que declaró en su testimonio que es un nuevo actor en el mercado relevante que fue constituida el 2021-V-07.

Por ende, la compra de activos no afectó al mercado relevante y por ende no hay violación de la LORCPM.”

2. Existencia de nuevos competidores desde la fecha de notificación voluntaria por parte de UNICON ECUADOR periodo 2019- 2022.

[105] Ahora bien, con respecto a la existencia de nuevos competidores en lo principal mencionó que desde la notificación de fecha 12 de septiembre de 2019, han ingresado al mercado al menos cinco nuevos competidores en la provincia de Pichincha, al mercado relevante de producto de distribución de hormigón premezclado, por lo que la compra de ciertos bienes realizada por **UNICON ECUADOR** a MEZCLALISTA y CYMCA no originó barreras de entrada a nuevos operadores económicos, ni produjo un efecto negativo en el mercado relevante².

3. Sobre la inexistencia de afectación al mercado relevante.

[106] El operador relacionó este punto con los artículos 160 y 164 del COGEP, como norma supletoria, en los cuales se establece los criterios para que la prueba sea admitida y apreciada en conjunto, en este sentido consideró que los testimonios rendidos entre el 20 al 29 de diciembre de 2022, puesto que los declarantes afirmaron que este es un mercado competitivo, lo que demostraría la inexistencia de impacto y/o afectación que tuvo el mercado relevante la compra de activos de **UNICON ECUADOR** a MEZCLALISTA y CYMCA .

4. Sobre la importancia del KNOW HOW en los operadores económicos.

[107] El operador **UNICON ECUADOR**, mencionó en lo principal:

“Al respecto, los operadores económicos analizados han mencionado con énfasis el concepto de know how en sus negocios, como parte de sus activos, siendo el más importante de todos.

El know how se define como el conocimiento técnico, específico y especializado para realizar un proceso, empresa o industria, que tiene su base y que ha sido desarrollado a través de la experiencia de años de ejercicio cotidiano y profesional de la actividad. A su vez, la Guía de Franquicias de UNIDROIT, señala al término, como el conjunto de conocimientos profesionales adquiridos por las personas dedicadas a una actividad específica y que es distintivo de esa actividad.

Dada la importancia del know how dentro de un negocio, no sorprende que en el testimonio rendido por el señor Guillermo Andrade representante legal de CYMCA y MEZCLALISTA el 20 de enero de

² De hecho, conforme su propios alegatos habrían entrado nuevos operadores económicos en el mercado.
Pág. 30.



2023 menciona que lo importante no son los activos vendidos a UNICON, sino la cartera de clientes, reputación y know how, lo que no compró UNICON a CYMCA y MEZCLALISTA. Para CYMCA y MEZCLALISTA la transferencia de activos a UNICON no modifica su participación en el mercado, pues, para este operador económico, el activo más importante es el know how y no los bienes materiales, por lo que, la transferencia que se realizó a UNICON sobre algunos de sus camiones y mixers no afectó al mercado relevante, como mal trata de determinar la Intendencia. Ello omite la Intendencia por lo que yerra en su Informe y así lo debe resolver la CRPI.”

Respecto de “Incorrectas afirmaciones en el informe SCPM-IGT-INCCE-2023-004”

[108] **UNICON ECUADOR**, expuso los siguientes puntos como sustento a esta alegación:

1. Reducidos ingresos de MEZCLALISTA en los años 2019 y 2020

[109] El operador económico, manifestó que la Intendencia aseveró que la reducción de ingresos de MEZCLALISTA se debió por la venta de varios activos; sin embargo, no tomó en cuenta otras circunstancias como la crisis por crisis sanitaria por COVID 19, la cual afectó a la mayoría de negocios entre 2019 y 2021, periodo analizado por la intendencia.

[110] También, **UNICON ECUADOR** afirmó que si utilizó para sus actividades económicas las instalaciones de MEZCLALISTA, lo hizo amparado en el derecho de libre contratación, sin imaginar que podría afectar al mercado, lo cual no significó que tomara el control de las actividades de producción y comercialización de hormigón premezclado perteneciente a MEZCLALISTA. Así, en el expediente No. SCPM-IGT-INCCE-018-2019, la Intendencia afirmó que **UNICON ECUADOR** tiene influencia sustancial en el grupo económico CYMCA - Mezclalista por la compra de “todos los activos de MEZCLALISTA”, sin considerar el testimonio de Guillermo Andrade.

2. Incorrecto análisis de la obligatoriedad de notificar

[111] En este sentido el operador mencionó que la Intendencia determinó erróneamente que la operación consistió un cambio de control del grupo económico MEZCLALISTA-CYMCA, por lo que analizó el cumplimiento de dos supuestos necesarios para el procedimiento de notificación previa a la operación de concentración económica, que consistirían en : i) que se trate de una operación de concentración horizontal y/o vertical; ii) que se cumpla una de las condiciones establecidas en las letras: a) referente al umbral de volumen de negocio, o b) relativo al umbral de cuota de mercado.

[112] Por lo cual, manifestó lo siguiente:

“ Con respecto al primer elemento, la Intendencia determina que es una operación horizontal; sobre el segundo elemento, determina que el volumen de mercado que es de USD 166.325.169 en 2018 sobrepasando el umbral determinado en la letra a) del artículo 16 de la LORCPM establecido en 200 000 Remuneraciones Básicas Unificadas, equivalente a USD 78 800



000, concluyendo erróneamente que la operación de concentración económica debía ser notificada.

Sobre lo anterior, UNICON ya fundamentó y probó que la operación no implicó un cambio de control sobre el giro de negocio de producción, distribución y comercialización de hormigón del grupo económico CYMCA - MEZCLALISTA ya que sí pueden operar en el mercado relevante conforme está probado del testimonio del señor Guillermo Andrade.

Ahora bien, este no es el único error en el que ha incurrido la Intendencia al determinar la obligatoriedad de notificar la concentración económica, ya que analizando el primer requisito, la Intendencia ha determinado que la operación es de índole horizontal, sin embargo, para analizar el segundo requisito se ha tomado en cuenta erróneamente al operador económico UNACEM ECUADOR S.A. quien no es parte de la operación horizontal, ya que no opera en el mercado de hormigón, no actúa dentro de la operación; por lo que, su volumen de mercado es irrelevante al momento de definir la obligatoriedad de notificar la operación. Además, existe una notificación informativa que la Intendencia pretende omitir.

Lo correcto sería sumar los volúmenes de negocios de UNICON, MEZCLALISTA y CYMCA, que asciende a USD 18'443.168,62, valor que se encuentra por debajo del umbral determinado en la letra a) del artículo 16 de la LORCPM; por tanto, no acarrea la obligatoriedad de notificar.

No es posible que, frente a lo evidente, la Intendencia pretenda incorporar a un nuevo operador que ni siquiera forma parte del mercado que estaba siendo analizado en el expediente que ahora nos atañe, con el único fin de pretender justificar su análisis vulnerando así toda consideración técnica y legal que debería justificar su accionar y sus resoluciones.”

3. Incorrecto análisis del silencio administrativo.

[113] **UNICON ECUADOR**, expuso que la Intendencia intentó fundamentar su inacción en el tipo de notificación que realizó **UNICON ECUADOR**, puesto que consistió en una notificación informativa y no obligatoria, por lo cual no operaría el silencio administrativo.

[114] Además, mencionó que el propósito de la Intendencia es argumentar que el silencio administrativo opera únicamente en ciertos casos, pues en la LORCPM no existe en ninguna parte el silencio administrativo positivo para notificaciones de carácter informativo; en consecuencia, la CRPI estaba obligada a resolver la notificación informativa que realizó **UNICON ECUADOR** de manera clara y fundamentada como se establece en el Artículo 76, numeral 7, literal l) de la CRE, en concordancia con el artículo 207 de COA y el artículo 21 de la LORCPM.

4. Incorrecto análisis del cálculo de la multa.



- [115] Al respecto el operador económico en lo principal manifestó que, en cuanto al cálculo de la multa, la Intendencia consideró los atenuantes y agravantes en los que incurrió el operador económico en el transcurso de la notificación, afirmando que estos últimos inexistentes, sin considerar: 1) la notificación informativa realizada por **UNICON ECUADOR**, MEZCLALISTA y CYMCA, 2) la colaboración realizada por **UNICON ECUADOR** con la SCPM, al entregar toda la documentación solicitada.
- [116] También, expuso que en el expediente no existe un cálculo aproximado del valor a imponer por supuesta violación al Artículo 16 de la LORCPM, por lo que el informe estaría incompleto lo cual viola el derecho a la defensa de **UNICON ECUADOR** y los precedentes de la propia SCPM.

5. AUDIENCIA

- [117] Mediante providencia de 04 de abril, las 11h26, la CRPI convocó a audiencia pública por vía telemática el día 6 de abril de 2023, a las 14h00.
- [118] La audiencia se llevó a cabo en el día y hora indicados, con la asistencia de la INCCE y el operador económico **UNICON ECUADOR**, quienes intervinieron de conformidad con la normativa y procedimiento establecidos en la LORCPM, su reglamento y el IGPA signada dentro del expediente con el Id. 269425, anexo 503240.
- [119] La Intendencia, durante su intervención y réplica, en lo principal reiteró lo presentado en su informe final en el que recomendó a la CRPI con respecto el operador económico **UNICON ECUADOR**: “(...) proceder con respecto a los hechos descritos, según lo dispuesto en el artículo 78, número 3, letra c y 79 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.”
- [120] En cuanto a la intervención del operador **UNICON ECUADOR**, éste reiteró los principales argumentos expuestos tanto en su escrito de alegatos como en otros escritos presentados.
- [121] Finalmente, los comisionados realizaron preguntas a la INCCE y al operador económico **UNICON ECUADOR**.

6. VALIDEZ PROCESAL

- [122] Entre las principales alegaciones realizadas por el operador económico **UNICON ECUADOR** se encuentran aquellas realizadas respecto de posibles vicios constantes en el procedimiento que provocarían su nulidad, las cuales serán objeto de profundo análisis en el presente espacio.
- [123] En este orden de ideas, varias de las alegaciones realizadas por el operador económico versan respecto de la supuesta violación al trámite por la Intendencia, por lo que esta Comisión en primer lugar procederá a detallar el trámite para el control de concentraciones económicas, contenido en la LORCPM demás norma conexas y finalmente analizará la figura de notificación para fines informativos contenida en el segundo inciso del artículo 16 de la Ley y 22 y 23 de su Reglamento.



Control de concentraciones económicas

[124] Como punto de partida, debemos anotar que la LORCPM su Reglamento y el IGP establecen un procedimiento para la notificación obligatoria sujeta a autorización de concentraciones económicas; un procedimiento sancionatorio que corresponde en aquellos casos en que una notificación obligatoria no hubiere sido debidamente notificada a la autoridad de competencia; y, finalmente, un procedimiento diferente para las notificaciones con fines informativos.

[125] Al respecto, el artículo 14 de la LORCPM determina que la concentración económica es el cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos, la cual puede tener lugar mediante los siguientes actos:

- 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.*

[126] Ahora bien, el diseño legal del control de concentraciones económicas en la Ley establece que no todo proceso de concentración debe ser necesariamente notificado a la SCPM; por el contrario, el artículo 16 de la LORCPM determina que únicamente están obligados a cumplir con el procedimiento de notificación, y están sujetas a la autorización, aquellas concentraciones en que se cumplan por lo menos con una de las siguientes condiciones:

- a) Que el volumen de negocios total en el Ecuador del conjunto de los partícipes supere, en el ejercicio contable anterior a la operación, el monto que en Remuneraciones Básicas Unificadas vigentes haya establecido la Junta de Regulación.*
- b) En el caso de concentraciones que involucren operadores económicos que se dediquen a la misma actividad económica, y que como consecuencia de la concentración se adquiriera 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.*

[127] En este sentido, es importante anotar que el procedimiento de notificación y autorización de las concentraciones económicas obligatorias se encuentra contenida en el artículo 16 y siguientes de la LORCPM y 17 al 21 del Reglamento a la Ley. En particular, la Ley, en su artículo 21 establece que en los procedimientos de notificación previa la SCPM mediante

resolución motivada deberá: a) Autorizar la operación; b) Subordinar el acto al cumplimiento de las condiciones que la misma Superintendencia establezca; o, c) Denegar la autorización.

- [128] Finalmente, el sistema general de control de concentraciones económicas establece que la falta de notificación y la ejecución no autorizada de operaciones de concentración constituyen una infracción a la Ley que es sancionada de conformidad con los artículos 78 y 79 de la LORCPM³ y cuyo trámite se encuentra expresamente regulado en los artículos 26 y 27 del Reglamento a la Ley.

De las notificaciones informativas

- [129] Respecto de este tipo de notificaciones, el segundo inciso del artículo 16 la LORCPM establece de forma expresa que se encuentran exentas de autorización de la SCPM las concentraciones que no cumplan con los requisitos indicados en el título anterior (esto es que el volumen de negocio no supere el umbral fijado por la Junta de regulación o que producto de la concentración no se vea incrementado una cuota de participación igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante del producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico); sin embargo, de conformidad con la Ley y su Reglamento los operadores económicos podrán presentar una notificación voluntaria⁴ o 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.
- [130] Como un punto importante a destacar consiste en que la SCPM no puede autorizar, condicionar o negar las notificaciones informativas – entre ellas las “voluntarias”- realizadas por los operadores económico; por el contrario, estas se enmarcan en la excepcionalidad expresa contenida en el artículo 21 de la Ley y por el contrario de conformidad con el artículo 37 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa, la Intendencia procederá a tomar nota de la operación notificada⁵. Es decir, que este tipo de notificaciones no están sometidas al procedimiento previo a resolver en el sentido que dispone la Ley.

Línea de tiempo e hitos procesales

- [131] Ahora bien, una vez revisada la disposiciones principales que regulan las notificaciones de concentraciones económicas, esta autoridad estima necesario realizar una línea de tiempo que permita identificar claramente las principales actuaciones relacionadas al presente expediente:

³ El artículo 18 de la LORCPM establecen que

⁴ Artículo 22 del Reglamento a la LORCPM.

⁵ Instructivo de Gestión Procesal Administrativa: (...) 4.- FASE FINAL.- Recibido el informe por parte del Intendente en el término de quince (15) días, a través de providencia notificará al operador económico con la razón de que ha tomado nota de la operación de concentración e informará mediante memorando al Intendente General sobre lo actuado.



- 1.- Formulario con ID 143891, y anexos, de 12 de septiembre de 2019, las 16h52, por el que **UNICON ECUADOR**, presentó una notificación informativa respecto de la adquisición de activos de los operadores económicos MEZCLALISTA y CYMCA.
- 2.- Providencia de 14 de octubre de 2019, dentro del expediente No. SCPM-IGT-INCCE-018-2019, en la que el Intendente Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas avocó conocimiento de la notificación para fines informativos.
- 3.- El Informe No. SCPM-INCCE-DNEECCE-2019-006 de 19 de noviembre de 2019 y su remisión a la Intendencia General Técnica mediante memorando No. INCCE-DNEECCE-2019-083, de 19 de noviembre de 2019.
- 4.- Providencia de 11 de diciembre de 2019, las 15:30, dentro del expediente No. SCPM-IGT-INCCE-018-2019, la INCCE acogió el Informe el referido informe.
- 5.- Memorando No. SCPM-IGT-INCCE-2022-080, de 26 de abril de 2022, en el que la INCCE solicitó a la Intendencia General Técnica que autorice la apertura de un expediente de investigación de una presunta operación de concentración económica no notificada.
- 6.- Dentro del expediente No. SCPM-IGT-INCCE-8-2022, la Dirección emitió el informe No. SCPM-INCCE-DNCCE-2022-005, de 5 julio de 2022 de actuaciones previas.
- 7.-La providencia de 15 de julio de 2022, por el que la INCCE dispuso que se corra traslado a **UNICON ECUADOR** el Informe No. SCPM-INCCE-DNCCE-2022-005, de 5 julio de 2022, a fin de que presente, en el término de 30 días las justificaciones que le correspondan por la falta de notificación de la concentración económica.
- 8.- El escrito de 26 de agosto de 2022, con número de ID 248565, en el que el operador económico presentó su escrito de explicaciones y justificaciones, que entre otras considera que CYMCA Y MEZCLALISTA.
- 9.- Providencia de 8 de septiembre de 2022, por el que la Intendencia Inició el proceso de investigación contra **UNICON ECUADOR** por la presunta concentración económica no notificada producto de la operación de adquisición de la unidad de negocios de producción y comercialización hormigón premezclado a MEZCLALISTA, así como que se investigue su la venta de activos por parte de CYMCA a **UNICON ECUADOR** el 29 de mayo de 2019, forman parte de la presunta operación de concentración económica,
- 10.- El informe final de 8 de marzo de 2023, por el que la INCCE concluyó y recomendó lo siguiente:



SECCIÓN 10. CONCLUSIONES

- [315] **Conclusión 1:** *A través de la compra de activos que pertenecían a MEZCLALISTA y CYMCA⁶, y la cesión de derechos y obligaciones de contratos preacordados (clientes), UNICON ECUADOR adquirió el control de la unidad de negocio de producción y comercialización de hormigón premezclado que operaba MEZCLALISTA, produciendo la salida de este último del mercado, constituyendo, por tanto, una operación de concentración económica, conforme lo establecido en la letra e) del artículo 14 de la LORCPM.*
- [316] **Conclusión 2:** *Conforme la documentación que reposa en el expediente, al 31 de marzo de 2019 ya se habrían transferido la mayoría de los activos de CYMCA y MEZCLALISTA a UNICON ECUADOR, lo que imposibilitó que MEZCLALISTA siga operando en el mercado. En este sentido, esta Intendencia determina que al 31 de marzo de 2019, UNICON ECUADOR ya poseía la posibilidad de ejercer una influencia sustancial o determinante sobre la línea de negocio de producción y comercialización de hormigón que poseía MEZCLALISTA y en general el grupo económico.*
- [317] **Conclusión 3:** *La operación de concentración económica constituyó una integración de naturaleza horizontal dado que UNICON ECUADOR y MEZCLALISTA competían en el mercado de hormigón premezclado y de naturaleza vertical ya que UNACEM, parte del grupo económico de UNICON ECUADOR, es proveedor de cemento, principal materia prima para la elaboración de hormigón premezclado.*
- [318] **Conclusión 4:** *La INCCE ha recabado evidencia suficiente para concluir la vinculación existente entre los operadores económicos INVERSIONES EN CONCRETO Y AFINES S.A., UNICON PERÚ, UNICON ECUADOR, INVERSIONES IMBABURA S.A. UNACEM ECUADOR y CANTYVOL, como subsidiarias de UNACEM SAA, parte de un mismo grupo económico y por ende su inclusión en el cálculo del volumen de negocios presentado en el presente informe.*
- [319] **Conclusión 5:** *El volumen de negocios en el Ecuador del conjunto de los partícipes, en el ejercicio contable anterior a la operación, calculado a efectos de la letra a) del artículo 16 de la LORCPM, ascendió a USD 166.325.169, superando las 200.000 Remuneraciones Básicas Unificadas establecidas por la Junta de Regulación de la LORCPM, equivalentes a USD 78.800.000 en el 2019.*
- [320] **Conclusión 6:** *Con base en el artículo 5 de la LORCPM, se definieron dos mercados relevantes:*
- i. *Producción y comercialización de cemento a nivel nacional.*
 - ii. *Producción y comercialización de hormigón en Quito y sus alrededores.*
- [321] **Conclusión 7:** *La operación de concentración analizada no creó, modificó o reforzó*

⁶ Se aclara que los activos vendidos por CYMCA no los utilizaba la empresa directamente, sino que los facilitaba a MEZCLALISTA para la prestación de sus servicios.



*el poder de mercado en ninguno de los mercados relevantes estudiados, ni tampoco generó una sensible disminución, distorsión u obstaculización de la competencia, por lo que la INCCE considera que no es necesario establecer medidas correctivas o de desconcentración adicionales a las sanciones que hubiere a lugar como consecuencia de la infracción administrativa incurrida por **UNICON ECUADOR**,*

[322] **Conclusión 8:** *UNICON ECUADOR, al ser la parte obligada a realizar la notificación, de conformidad con el artículo 16 de la LORCPM, y 19 del RLORCPM, ha infringido lo establecido en los artículos 15 y 18 de la LORCPM, al no someter la adquisición de activos de los operadores MEZCALISTA y CYMCA al procedimiento de notificación previa obligatoria, establecido en el artículo 16 de la misma norma.*

[323] **Conclusión 9:** *Al haber tomado al 31 de marzo de 2019 UNICON ECUADOR el control de la línea de negocio de producción y comercialización de hormigón de MEZCLALISTA; continuar con su actividad económica; haber empezado a utilizar las instalaciones en las cuales operaba MEZCLALISTA; y no haber obtenido la autorización obligatoria previa de la SCPM, se determina que UNICON ECUADOR incurrió en la infracción tipificada en el artículo 78 número 3, letra c de la LORCPM.*

SECCIÓN 11. RECOMENDACIONES

[324] *En mérito de los antecedentes, hechos y fundamentos de derecho desarrollados en el presente informe, la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas recomienda a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, proceder con respecto a los hechos descritos, según lo dispuesto en el artículo 78, número 3, letra c y 79 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.*

[132] Una vez explicado el régimen procedimental y fijados los hitos más importantes en los expedientes abiertos por la INCCE, esta Comisión procede a revisar los principales alegatos realizados por el operador económico **UNICON ECUADOR**.

1. Sobre la ilegalidad en la fase preliminar dentro del proceso administrativo

1.1. Sobre las violaciones de derecho por las pruebas utilizadas para la configuración del informe No. SCPM-INCCE-DNCCCE-2022- 005

[133] El operador económico, en lo principal, señala que la Intendencia al conocer la notificación informativa emitió el memorando No. SCPM-INCCE-DNEECCE- 2019-083 e Informe No. SCPM- INCCE-DNEECCE-2019-006, en el cual habría identificado la estructura del Grupo Económico UNACEM Ecuador y UNACEM S.A.A y para ello la Intendencia, dentro del expediente No. SCPM-IGT-INCCE-006-2019 habría utilizado información obtenida en la página web de la Superintendencia de Compañías de Perú sin contar con la



certificación del agente diplomático o consular o la correspondiente apostilla, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 201 del COGEP.

- [134] Como punto de partida, esta Comisión procede a precisar que el objeto del presente expediente versa respecto del procedimiento administrativo incoado en contra de UNACEM Ecuador por la falta de notificación obligatoria de la concentración económica que tuvo lugar producto de la adquisición de bienes a los operadores económicos MEZCLALISTA y CYMCA, por lo que el pronunciamiento contenido en su resolución versará con sustento en la prueba legalmente actuada dentro del presente expediente y dentro del expediente de instancia No. SCPM-IGT-INCCE-8-2022.
- [135] De la revisión de las piezas que conforman el expediente, esta Comisión evidencia que mediante memorando No. SCPM-DS-DNRI-2022-065, de 30 de noviembre de 2022, la Dirección Nacional de Relaciones Internacionales entregó a la Intendencia los documentos emitidos y certificados por la Superintendencia de Mercado de Valores de Perú con su debida apostilla los cuales fueron debidamente agregados al expediente mediante providencia de 14 de diciembre de 2022, las 08h50 por la INCCE.
- [136] En este sentido, en lo que respecta al presente expediente, la indicada prueba fue debidamente actuada y practicada lo que resulta en principio válida. Al respecto, también es necesario resaltar que el operador económico no se ha pronunciado respecto de la veracidad de su contenido.
- [137] Por el contrario, la alegación realizada por el operador económico respecto de la prueba tiene lugar en virtud de que la información obtenida en la página web de la Superintendencia de Compañías del Perú dentro del expediente de notificación informativa No. SCPM-IGT-INCCE-006-2019 no habría sido debidamente apostillada, lo que generaría su nulidad.
- [138] En tal razón, esta Comisión puntualiza que no se encuentra dentro de sus competencias pronunciarse respecto de procesos de notificación informativas, ya que de conformidad con el IGPA, dicha competencia la tiene la Intendencia; sin embargo, se debe recordar que las notificaciones voluntarias no conllevan a la emisión de un acto administrativo que apruebe, condiciones o deniegue la concentración, por lo que no podría tener lugar la nulidad de un acto que no produce efectos jurídicos al administrado.
- [139] No obstante, en lo que concierne al presente expediente, es necesario resaltar que la prueba cumple con los requisitos necesarios para su validez y fue actuada en observancia de la Ley, por lo que no cabe alegación alguna respecto de la su falta de validez dentro del presente expediente.
- [140] Por otra parte, mencionó que el criterio contenido en el párrafo 164 del Informe No. SCPM-IGT-INCCE-2023-004, fue emitido por la Intendencia sin considerar el testimonio escrito de Guillermo Andrade representante legal de CYMCA – MEZCLALISTA, en cuanto a la afirmación que en la actualidad MEZCLALISTA sí podría operar en el mercado de venta de hormigón después de la venta de ciertos activos a UNICON.



- [141] En particular, el operador económico citó un extracto de un cuestionario remitido a dicho representante legal que se reproduce a continuación:

6.1. SOLICÍTESE al operador Mezcladora y Distribuidora de Hormigón Mezclalista S.A., que en el término de dos (2) días, contados a partir de la notificación de la presente providencia, responda a esta Intendencia las siguientes preguntas, formuladas por Unión de Concreteras UNICON UCUE Cía. Ltda.:

a. ¿Considera los siguientes items los más importantes para operar una compañía que preste el servicio de hormigón premezclado: 1) know how 2) la cartera de clientes actuales o potenciales; 3) la buena reputación en el mercado; 4) el tener una planta de hormigón premezclado (propia o alquilada)?

Considero que si son importantes los items descritos para operar una compañía que preste servicio de hormigón premezclado.

b. ¿En el mercado de hormigón premezclado se puede alquilar los mixers de hormigón premezclado a un tercero?

Al respecto debo manifestar que en el mercado de hormigón premezclado si se puede alquilar los mixers y el equipo necesario para operar.

En atención a lo que disponen los Art. 3, literal d) y Art. 7 de La Resolución No. SCPM-DS-2020-41 de 5 de octubre de 2020, la presente información lo considero como no confidencial, por tanto, se servirá proceder de acuerdo a la citada Resolución.

¿Dónde está el análisis de este testimonio de CYMCA - MECLALISTA? Como desvirtúa la teoría del caso de la INCCE fue omitida de forma deliberada e ilegal.

- [142] En relación lo indicado, esta Comisión evidencia que en su alegación el operador económico considera que la declaración del señor Guillermo Andrade, en calidad de representante legal, contradice el análisis de la Intendencia, razón por la que esta Comisión realizará la valoración correspondiente en el análisis del fondo de caso.

1.2. Declaratoria de confidencialidad por la intendencia en las pruebas que afectan el derecho a la defensa de UNICON ECUADOR

- [143] Respecto a este punto el operador señaló que la Intendencia negó a **UNICON ECUADOR** el acceso a información confidencial que reposa en el expediente de investigación, a pesar, de ser parte procesal.
- [144] En este sentido, el operador económico manifestó que las piezas procesales a las cuales pretendía acceder no contarían con su versión no confidencial, lo que consistiría en una violación a su derecho de defensa por lo que debería declararse la nulidad del expediente y fundamentó su posición respecto de que el artículo 56 de la LORCPM, en su tercer inciso establece: “*El proceso previo a la investigación, así como la fase investigativa serán de carácter reservado, excepto para las partes directamente involucradas*”, por lo que consideró que la habría violentado su derecho al debido proceso establecido en la CRE y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- [145] Esta Comisión tiene en consideración que respecto de la yuxtaposición entre el derecho a la defensa de los operadores económicos y la necesidad de mantener la confidencialidad de cierta información es un punto de constante preocupación, no solo para la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, sino también para la gran mayoría de agencias de competencia en el mundo.



[146] En este orden de ideas, en ámbito de derecho de competencia, en la mesa de trabajo de 15 de octubre de 2019, de la Organización para la Cooperación de y Desarrollo Económico (OCDE) fue discutido el tema de acceso a los expedientes y protección de la información confidencial que en lo principal se extrae:

*122. Las jurisdicciones aseguran de diferentes maneras que las partes tengan acceso a la prueba en el expediente de la agencia. Mientras que algunos brindan un acceso muy amplio, que abarca casi todo el archivo, otros solo brindan acceso a documentos específicos. A los efectos de proteger los derechos de defensa, es esencial que las partes tengan acceso a todos los documentos incriminatorios y evidencia exculpatoria. **Determinar qué información es exculpatoria y asegurarse de que a las partes se les otorga acceso de manera adecuada puede ser un desafío, como lo ilustra el caso de Intel (ver Cuadro 1). También es indispensable que las partes tengan acceso a todas las pruebas pertinentes en el momento oportuno, para que puedan defenderse adecuadamente.** (...)*

*124. **La protección de la información confidencial establece un límite al derecho de acceso al expediente. Aunque la gran mayoría de las jurisdicciones protegen la información confidencial, la definición exacta de "información confidencial" varía según las jurisdicciones.** La información comercialmente confidencial y la información personal confidencial generalmente se consideran confidenciales. En la práctica, puede haber discrepancias significativas entre lo que la agencia, por un lado, y las partes, consideran confidencial.*

*125. El hecho de que la información sea confidencial implica que, en principio, no será divulgada. Aún así, la divulgación puede ocurrir en una serie de circunstancias. Primero, la información confidencial puede ser compartida con las partes en el proceso, con el fin de proteger sus derechos de defensa. Hay una serie de mecanismos que permiten a las agencias compartir documentos que contienen información confidencial. **Versiones no confidenciales de documentos –de las cuales toda la información confidencial ha sido redactada– son el mecanismo más extendido. Otros, como los anillos de confidencialidad, las salas de datos y las audiencias a puerta cerrada, permiten la divulgación de información confidencial, mientras se controla quién tiene acceso a ella.**⁷ (Énfasis añadido)*

[147] En este orden de ideas, la SCPM a fin de garantizar el derecho a la defensa de los administrados y en respeto de la LORCPM y su Reglamento, emitió el Instructivo para el Tratamiento de la Información Dentro de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, que establece la obligatoriedad de que de la información que hubiere sido declarada como confidencial la autoridad, o el solicitante deben emitir el extracto de información no confidencial correspondiente que permitan a los operadores económicos investigados conocer de qué tipo de información se trata.

[148] Al respecto, esta Comisión considera que en cualquier caso en el que la autoridad maneje información confidencial debe existir una necesaria ponderación entre el legítimo derecho

⁷ Traducción libre del documento contenido en [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3\(2019\)6/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2019)6/en/pdf)



a la defensa de los operadores involucrados y el salvaguardar aquella información, en particular de terceros⁸, que tengan la calidad de confidencial.

[149] En similar sentido, se ha pronunciado la autoridad de competencia española, CNMC, en su Guía sobre el tratamiento de la información confidencial en los procedimientos de competencia⁹ que expresa:

“3. PONDERACIÓN DE DERECHOS E INTERESES

La LDC posibilita que las partes en un procedimiento puedan instar la confidencialidad de determinados documentos obrantes en el mismo, si bien ello no constituye un principio absoluto, sino que debe matizarse por las circunstancias de cada caso. Así lo ha señalado en reiteradas ocasiones el Consejo y ha sido reconocido por la Audiencia Nacional cuando hace alusión a que el concepto **“confidencial” es un concepto jurídico indeterminado, por lo que hay que atender a las circunstancias del caso concreto para determinar si una información tiene o no ese carácter.**

Tal y como ha establecido el Tribunal Supremo, esta declaración de confidencialidad está reservada a la CNMC, sin perjuicio de la revisión jurisdiccional que con posterioridad pueda existir sobre la ponderación de intereses realizada:

‘La declaración de confidencialidad está reservada por el Ordenamiento Jurídico a unos organismos (el Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia) configurados conforme a un status de autonomía funcional y dotados de amplios conocimientos para valorar cuestiones técnicamente complejas, en las que confluyen multitud de factores que afectan no solo a las partes en el proceso sino también a terceros e incluso a sectores completos de la actividad económica.’

En el proceso de valoración del carácter confidencial de los datos deben ponderarse no solo la protección de los secretos de la empresa, sino también otros principios adicionales, igualmente tutelables aunque contradictorios, como son el derecho de defensa de quienes son imputados en un procedimiento sancionador y el de no producir indefensión o perjuicios irreparables a terceros (interesados o no en el procedimiento), como los clientes de las empresas incoadas en el expediente sancionador, o los clientes y competidores en las operaciones de concentración.

En consecuencia, la declaración de confidencialidad es una decisión resultado de valorar los distintos principios en juego, atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto y siempre motivadamente. (...)

⁸ Ya sea por su condición de secreto empresarial o por su sensibilidad la revelar el Know How de operadores competidores u otras razones debidamente justificadas.

⁹https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/Competencia/Normativas_guias/20200604_Gu%C3%ADa_Confidencialidad_CNMC.pdf



Cualquier indicio de que las supuestas prácticas anticompetitivas que están siendo objeto de análisis en el marco del expediente sancionador se hayan llevado a cabo debe ser accesible a las partes interesadas, ya que otorgarle la confidencialidad podría causarles indefensión o vulnerar sus intereses legítimos.

*Por tanto, aunque sean datos que constituyan secretos comerciales que no hayan sido difundidos, pueden ser declarados no confidenciales en la medida en que para respetar el derecho de defensa nadie puede ser condenado con base en documentación declarada confidencial que no pueda ser, por tanto, rebatida por el interesado. La aplicación de dicho criterio (información necesaria para la **instrucción del expediente y para salvaguardar el derecho de defensa de los interesados**) exige que el dato debe tener al menos la **aptitud para probar hechos relacionados con la investigación o rebatir alegaciones realizadas por las partes en el procedimiento.**" (Énfasis añadido)*

[150] Por lo que en el presente caso es necesario analizar si, de la documentación declarada como confidencial en el expediente de instancia, efectivamente existen los correspondientes extractos no confidenciales, en particular de operadores ajenos a UNICON Ecuador¹⁰; y, en segundo lugar, corresponde analizar si la información clasificada como confidencial ha servido como prueba fehaciente para la imputación de UNICON Ecuador de la infracción a la Ley debido a la falta de notificación obligatoria de la concentración económica.

A continuación se detalla la información confidencial y los respectivos extractos constantes en el expediente

ID	Fecha	Documento	Providencia confidencialidad	Detalle	Extracto no confidencial
238723	2/6/2022 11:58	UNACEM ECUADOR S.A. respuesta requerimiento de información	10 de junio de 2022 (239696)	Id. Anexo 441306. Id. Anexo 441308	Anexo Id. 443086, 443160
238763	2/6/2022 16:51	UNION CEMENTERA NACIONAL UCEM C.E.M. respuesta requerimiento de información sector hormigón	10 de junio de 2022 (239696)	Los libros i) ventas y ubicación ii) principales clientes iii) y proveedores Id. Anexo 441393	Con Id. 243344 se adjunta extractos no confidenciales, conforme providencia de 17 de junio 2022, en ID. Anexo 449960
238764	2/6/2022 16:58	UNION CEMENTERA NACIONAL UCEM C.E.M. respuesta requerimiento de información sector cemento	10 de junio de 2022 (239696)	i) Venta de cemento ii) venta de cemento a hormigoneras, con Id. Anexo 441396	Con Id. 243344 se adjunta extracto no confidenciales requeridos en providencia de 17 de junio 2022, en ID. Anexo 449960

¹⁰ Por cuanto de la documentación confidencial que ha sido entregada por UNICON Ecuador, por obvias razones ya es de su conocimiento.



ID	Fecha	Documento	Providencia confidencialidad	Detalle	Extracto no confidencial
238866	3/6/2022 13:57	HOLCIM ECUADOR S.A. respuesta requerimiento de información	10 de junio de 2022 (239696)	Plantilla 1 sector hormigón, con Id. Anexo 441598, Clientes con Id. Anexo 441599, Proveedores con Id. 441600, Plantilla sector cemento con Id. Anexo 441601	En Anexo ID. 441602
238972	6/6/2022 11:20	HORMIGONE RA DE LOS ANDES S.H.C.C. respuesta requerimiento de información	10 de junio de 2022 (239696)	Clientes y Proveedores y plantilla sector hormigón con Id. Anexo 441845.	Con Id. 265371 se adjunta extracto no confidencial con Id. Anexo 494093
239037	6/6/2022 15:27	HORMIGONE RA MEZCLALIST A S.A respuesta requerimiento de información	10 de junio de 2022 (239696)	Anexo multimedia con Id. 441985, anexo multimedia compras, facturas, ventas y plantilla sector hormigón, Id. Anexo 441986.	Con Id. 265371 se adjunta extracto no confidencial con Id. Anexo 494093. Se desclasifica en providencia de 28 de febrero de 2023 el Id. Anexo 441985
239494	9/6/2022 14:10	UNICON alcance respuesta requerimiento de información	10 de junio de 2022 (239696)	Anexo Plantilla sector hormigón con Id. Anexo 442855, plantilla No. 2 plantas de hormigón con Id. Anexo 442854.	Con Id. 265371 se adjunta extracto no confidencial con Id. Anexo 494093.
239496	9/6/2022 14:11	UNACEM ECUADOR alcance respuesta requerimiento de información	10 de junio de 2022 (239696)	Anexo con Id. 443085, Plantilla sector cemento Id. Anexo 442858, sobre venta de cemento y venta a hormigoneras.	Anexo ID 443086 y 443160.
240189	15/6/2022 12:05	HORMIGONE S DEL VALLE S.A respuesta requerimiento de información	17 de junio de 2022 (240518)	Plantilla 2, plantas de hormigón, principales proveedores. Id anexos 444203, Plantilla hormigonera 2022, con Id. Anexo 444204.	Con Id. 243344 se adjunta extracto no confidenciales de lo requerido en providencia de 17 de junio 2022, en ID. Anexo 449960
240194	15/6/2022 12:43	HORMIGONE RA AMAZONAS RESPUESTA requerimiento de información	17 de junio de 2022 (240518)	Plantilla 2, plantas de hormigón, Plantilla 3 principales clientes, Plantilla 4 principales proveedores. Id anexos 444217.	Con Id. 243344 se adjunta extracto no confidenciales de lo requerido en providencia de 17 de junio 2022, en ID. Anexo 449960



ID	Fecha	Documento	Providencia confidencialidad	Detalle	Extracto no confidencial
240258	15/6/2022 17:05	METROPOLITANA DE HORMIGONES CIA. LTDA. respuesta requerimiento de información	17 de junio de 2022 (240518)	Plantillas hormigoneras 2022, con Id. Anexo 444358	Con Id. 243344 se adjunta extracto no confidenciales de lo requerido en providencia de 17 de junio 2022, en ID. Anexo 449960
241890	5/7/2022 16:36	INFORME NO. SCPM-INCCE-DNCCE-2022-005 actuaciones previas	15 de julio de 2022	Informe	Con Id. 241891 se adjunta extracto del Informe con Id. Anexo 447790
249956	12/9/2022 17:10	Plan de trabajo de investigación	26 de septiembre de 2022	Plan de trabajo	No corresponde generar un extracto no confidencial.
256977	2/11/2022 11:21	HORMIPLUS S.A. respuesta requerimiento de información	07 de noviembre de 2022	i) Listado de clientes, ii) listado de proveedores, iii) Plantilla hormigonera 2022 con Id. Anexo 475096	Con Id. 257502 de agrega el extracto no confidencial con Id. Anexo 476221
257579	10/11/2022 2 15:19	OCCIHORMIGON CIA.LTDA. respuesta requerimiento de información	22 de noviembre de 2022	Escrito y anexo con Id. 476388, 476389.	Con Id. 265374 se adjunta extracto no confidencial con Anexo Id. 494106. Mediante providencia de 14 de diciembre de 2022 se desclasifica el Id. 476388.
257605	10/11/2022 2 16:04	UNACEM ECUADOR respuesta requerimiento de información	22 de noviembre de 2022	Anexo al escrito con Id anexo 476426	En trámite con Id. 257605, con ID Anexo 497392.
258101	16/11/2022 2 12:14	UNICON UCUE CIA. LTDA - escrito alcance escrito con anexos	14 de diciembre de 2022	Actas de junta ordinarias y extraordinarias el anexo Id. 477458, contratos y adendas Id. 477457, facturas de venta de hormigón. Id. 477457.	En Anexo Id. 497391. Además, en providencia de 9 de febrero de 2023 se desclasifica Anexo Id. 477457, al igual que en providencia de 28 de febrero de 2023.
258368	18/11/2022 2 12:25	HORMIGONERA RC3 respuesta requerimiento de información	22 de noviembre de 2022	Anexo al escrito con Id anexo 478000.	Con Id. 265403 se adjunta el extracto del Anexo Id. 478000
260583	16/12/2022 2 11:40	GOVA HORMIGONES respuesta requerimiento de información	05 de enero de 2023	Porcentajes de los principales clientes y proveedores de hormigón Id. Anexo 483023	Con Id. 265370 se adjunta el extracto.



ID	Fecha	Documento	Providencia confidencialidad	Detalle	Extracto no confidencial
261166	27/12/2022 13:32	GOVAHORMIGONES alcance anexo en Excel	05 de enero de 2023	Plantilla 2, plantas de hormigón Id. Anexo 484499	Con Id. 265370 se adjunta el extracto
261820	5/1/2023 16:25	UNICON remitiendo extractos no confidenciales	13 de enero de 2023	Anexo escrito con Id. 486060, 486061	Se rechaza extractos no confidenciales del Id 486060, se prueba y acepta solo anexo Id. 486061
262443	12/1/2023 15:34	UNACEM remitiendo extractos no confidenciales	13 de enero de 2023	Anexo escrito con Id. 487445	En Anexo Id. 497391.
262823	18/1/2023 14:59	UNICON remitiendo extractos no confidenciales	20 de enero de 2023	Anexo Id. 488416, Anexo Id. 488417	Se aprueba y toma en cuenta el Id. 488417.
262860	18/1/2023 17:12	UNACEM ECUADOR S.A remitiendo extractos no confidenciales	20 de enero de 2023	Anexo al escrito con Id. 488483	Anexo Id. 488483.
264567	7/2/2023 16:45	ESCRITO - FIDEVAL S.A. contrato de suministro y cesión	09 de febrero de 2023	Anexo al escrito con Id. 492274	Se desclasifica en providencia de 28 de febrero el Id. 492274.
265142	13/2/2023 15:47	FIDEVAL S.A. - documentos notariados	15 de febrero de 2023	Anexos a escrito con Id Anexo: 493635 y 493636	Se desclasifica en providencia de 28 de febrero el Id. 493636
266309	1/3/2023 16:29	ACURIO Y ASOCIADOS informe de tasación	03 de marzo de 2023	Anexo a escrito con Id. 496332	En trámite con Id. 266645.
266734	7/3/2023 15:56	FIDEVAL S.A. FIDEICOMISO AQUA	08 de marzo de 2023	Contrato de suministro y transporte de hormigón Id. Anexo 497363	Anexo Id. 497364 del mismo trámite.
266873	8/3/2023 16:52	INFORME SCPM-IGT-INCCE-2023-004	08 de marzo de 2023	Informe	En Anexo Id.497585 del ID. 266874

[151] Conforme el detalle de la información constante en el cuadro *Ut Supra* es posible apreciar que la información de terceros que ha sido declarada como confidencial por la Intendencia corresponde a datos que sirven a dicha dependencia para determinar el volumen de negocios y las cuotas de participación de los distintos participantes en el mercado relevante,



información que, por obvias razones, resulta sensible para cada uno de los operadores que colaboraron con la SCPM en la entrega de información.

[152] En adición, esta Comisión observa que de las piezas procesales el operador económico UNICON Ecuador obtuvo copias del expediente sustanciado por la Intendencia en el que se remitió la información clasificada como reservada y entre las cuales se incluyeron los extractos de información no confidencial:

[153] Entre las actas de entrega de copias del expediente se encuentran las siguientes:

Acta de entrega de copias del expediente de 1 de noviembre de 2022

ACTA ENTREGA DE COPIAS CONCEDIDAS

De conformidad con lo dispuesto mediante providencia de 28 de octubre de 2022, a las 14h50, en la cual se conceden copias simples del expediente No. SCPM-IGT-INCCE-8-2022, en la ciudad de Quito, a la fecha del primero de noviembre de 2022, siendo las 16h30, se entregó al señor Emerson Patricio Lema Chanchay, con cédula de ciudadanía No. 1712838877, lo siguiente:

1. Versión digital del expediente No. SCPM-IGT-INCCE-8-2022, en CD, exceptuando la información declarada como confidencial.

Para constancia de tal, suscriben los presentes:

Entrega:


Ab. Gabriela Constante Banda
SECRETARIA DE SUSTANCIACION

Recibe:


Emerson Patricio Lema Chanchay
Por: Unión de Concreteras UNICON UCUE Cia. Ltda.

Acta de entrega de copias del expediente con corte al 17 de febrero de 2023 con número de ID 265571

ACTA ENTREGA DE COPIAS CONCEDIDAS

De conformidad con lo dispuesto mediante providencias de 09 y 10 de febrero de 2022, en la cual se conceden copias simples del expediente No. SCPM-IGT-INCCE-8-2022, en la ciudad de Quito, el 17 de febrero de 2023, siendo las 16h00, se entregó al señor Emerson Patricio Lema Chanchay, con cédula de ciudadanía No. 1712838877, lo siguiente:

1. Versión digital reservada del expediente No. SCPM-IGT-INCCE-8-2022, con corte al 17 de febrero de 2023, a las 10h02, en CD

Para constancia de tal, suscriben los presentes:

Entrega:


Ab. Gabriela Constante Banda
SECRETARIA DE SUSTANCIACION

Recibe:


Emerson Patricio Lema Chanchay
Por: Unión de Concreteras UNICON UCUE Cia. Ltda.

[154] Por lo que, resulta evidente que el operador económico, al ejercer su derecho a la defensa, efectivamente tuvo conocimiento de las piezas procesales, así como del extracto no



confidencial de la información confidencial constante en el expediente de instancia, por lo que pudo conocer de qué tipo de información trata cada documento.

- [155] Razón por la que esta Comisión rechaza la aseveración realizada por el operador económico respecto de que los extractos de información no confidencial no se encontraban en el expediente de instancia o que no tuvo acceso a los mismos.
- [156] Por otra parte, resulta especialmente importante señalar que la falta administrativa objeto de investigación en el presente caso trata específicamente respecto de la falta de notificación obligatoria a la SCPM de la concentración económica de UNICON Ecuador al comprar activos de las empresas CYMA y MEZCLALISTA, por lo que los elementos claves para la acusación de la Intendencia y descargo del operador económico, entre otros, versan respecto del conocimiento de la autoridad del proceso de concentración económica, el cumplimiento de los requisitos contenidos en la Ley para la notificación obligatoria y la efectiva falta de notificación¹¹.
- [157] Por las consideraciones anotadas esta Comisión no evidencia cómo el no tener acceso a información confidencial de terceros como son los volúmenes de ventas de los operadores económicos competidores afecta al ejercicio del derecho de la defensa del operador económico UNICON Ecuador, en consideración que la Intendencia no utilizó dicha información para formulación de cargo alguno en contra del operador económico o peor aún que hubiera sido utilizada como prueba en su contra.
- [158] En este sentido, la Comisión resalta los criterios adoptados por la Corte Constitucional al analizar la protección del derecho a la defensa. A modo de ejemplo nos referimos a la reciente sentencia dictada por la Corte con No. 3485-17-EP/22 que expresa:

*“21. La Corte ha determinado que la configuración del derecho a la defensa y sus distintas garantías corresponden al legislador, a través de la expedición de reglas procesales de trámite. Sin **embargo, la violación de dichas reglas no siempre implica una vulneración del derecho a la defensa, pues para que aquello ocurra se requiere que, además de la vulneración de una ley procesal, se haya provocado una real indefensión**, es decir que se haya menoscabado el principio del derecho a la defensa en su esfera constitucional.*

*22. **Este Organismo considera que, para verificar la violación del derecho a la defensa, se debe determinar si el accionante, en efecto, fue dejado en indefensión. Esto ocurre cuando, por ejemplo, en razón de un acto u omisión de la autoridad judicial, el sujeto no haya tenido la oportunidad procesal de hacer uso de los mecanismos de defensa que le faculta la ley, como presentar pruebas, impugnar una resolución, etc.**” (Énfasis añadido)*

- [159] Es decir, como bien lo establece la Corte, no basta la simple alegación de la afectación al derecho a la defensa, sino que, para que medie su vulneración, es necesario que exista una

¹¹ Lo indicado, en consideración que tanto para el operador económico como para la INCCE, conforme consta en su informe, el proceso de concentración económica no habría supuesto una afectación al mercado relevante.

efectiva indefensión en el momento procesal correspondiente, situación que no se refleja del alegato presentado por el operador económico respecto de la no entrega de información confidencial de terceros operadores; del cual, además no existe referencia alguna del porqué la falta de entrega de dicha información habría limitado su derecho a la defensa respecto del cargo acusado por la Intendencia, esto es la falta de notificación obligatoria y previa de la concentración económica por parte de **UNICON Ecuador** a la SCPM.

1.3. Falta de imparcialidad de los funcionarios de la intendencia en este expediente

[160] Respecto de este punto, el operador económico indicó, en lo principal, que existió falta de imparcialidad de los funcionarios de la INCCE, ya que los mismos servidores que conocieron el expediente No. SCPM-IGT-INCCE-018-2019, también lo habrían hecho en el expediente No. SCPM-IGT-INCCE-8-2022, en el que finalmente solicitaron se sancione a **UNICON ECUADOR**, conforme el detalle contenido en el siguiente cuadro elaborado por el operador:

Funcionarios	Expedientes		
	SCPM-IGT-INCCE-018-2019 INF. SCPM-INCCE-DNCCE-2022-005	SCPM-IGT-INCCE-8-2022 INF. SCPM-IGT-INCCE-2023-004	Conflicto de interés
Abg. Gabriela Constante	Elabora	Elabora	SI
Econ. Daniel Cedeño	Elabora	Elabora	SI
Econ. David Pozo	Revisa y Aprueba	Revisa	SI
Econ. Francisco Dávila	Participa	Participa y Aprueba	SI

[161] En este sentido, **UNICON ECUADOR**, mencionó que dichos servidores públicos habrían violado el principio de legalidad, a la seguridad jurídica y a la imparcialidad contraviniendo la Carta Magna, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Artículo 36 de la LORCPM y los Artículos 18 y 19 del COA, consideró que *“todos los actos desde el SCPM-IGT-INCCE-8-2022 de la Intendencia son nulos y así lo debe resolver.”*

[162] En particular, el operador económico manifestó que existiría falta de imparcialidad en los funcionarios de la INCCE al ser los expedientes Nos. SCPM-IGT-INCCE-018-2019 y SCPMIGT-INCCE-8-2022 conexos, por lo que tendrían que haberse excusado de oficio de conocer el expediente No. SCPM-IGT-INCCE-8-2022 y más aún cuando dictaron su Informe Final SCPM-IGT-INCCE-2023-004 y no lo hicieron.

[163] Al respecto, esta Comisión tiene en consideración que el expediente No. SCPM-IGT-INCCE-018-2019, corresponde a una notificación informativa voluntaria que, tal como se refleja del de la normativa vigente, esta no conlleva la realización de otra actuación de la



Intendencia que la elaboración de un informe y el acto de “tomar nota”¹² de la concentración informativa, actuaciones de simple administración que esta Comisión no evidencia como puede viciar la objetividad de los servidores públicos que laboran en la INCCE.

[164] De igual forma, esta Comisión no evidencia como la elaboración de un informe y menos aún el tomar nota de la notificación informativa realizada por el operador económico en el expediente No. SCPM-IGT-INCCE-018-2019 supone una razón de excusa de los servidores públicos dentro del expediente No. SCPM-IGT-INCCE-8-2022.

[165] En relación con lo indicado, las razones de excusa contenidos en el artículo 86 del COA son los siguientes:

Artículo 86.- Causales. Son causas de excusa y recusación las siguientes:

- 1. Tener interés personal o profesional en el asunto.*
- 2. Mantener relaciones comerciales, societarias o financieras, directa o indirectamente, con contribuyentes o contratistas de cualquier institución del Estado, en los casos en que el servidor público, en razón de sus funciones, deba atender personalmente dichos asuntos.*
- 3. Ser pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de cualquiera de los interesados, de su representante legal, mandatario o administrador.*
- 4. Tener amistad íntima, enemistad manifiesta, conflicto de intereses o controversia pendiente, con la persona interesada.*
- 5. Haber intervenido como representante, perito o testigo en el procedimiento del que se trate.*
- 6. Tener relación laboral con la persona natural o jurídica interesada en el asunto o haber prestado servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar, en el año inmediato anterior.*

[166] Por lo que las actuaciones realizadas por los servidores de la INCCE y DNICCE en la elaboración de informes y tomar nota no se ajustan a las causales descritas la norma transcrita del COA.

[167] Por las razones indicadas, esta Comisión no evidencia elementos que permitan identificar que los servidores de la INCCE encuentren viciada su objetividad o que deban haberse excusado de la sustanciación del expediente No. SCPM-IGT-INCCE-8-2022.

1.4. De los testimonios incompletos y la vulneración al debido proceso.

[168] El operador económico manifestó que conforme consta de fojas 63 a la 65 del Informe SCPM-IGT-INCCE-2023-004, el 20 y 21 de diciembre de 2022 se efectuaron los testimonios de HOLCIM ECUADOR S.A., OCCIHORMIGON, HORMIPLUS, y GOVA HORMIGONES, los que la Intendencia no habría transcrito íntegramente, a pesar de que **UNICON ECUADOR** lo solicitó en reiteradas ocasiones.

¹² Art. 37 del IGPA.



- [169] En este sentido, **UNICON ECUADOR** mencionó que la norma constitucional contenida en el artículo 76, numeral 7, literal d) habría sido ignorada, vulnerando su derecho al debido proceso al, no permitirle conocer el contenido íntegro de los testimonios, que son pieza fundamental para su defensa, así la Intendencia habría de forma parcializada utilizado solo una parte de los testimonios y omitido lo que le desfavorece.
- [170] Asimismo, expuso que, con respecto al testimonio de 20 de enero de 2023, la Intendencia no permitió a **UNICON ECUADOR** realizar preguntas al señor Guillermo Andrade, representante legal de CYMCA y MEZCLALISTA, siendo este el único testimonio en el cual no le fue permitido el ejercer su derecho a la contradicción, lo que no habría sucedido con los demás testimonios de fecha el 20 y 21 de diciembre de 2022.
- [171] Sin perjuicio de lo indicado, en este punto, la CRI revisará si efectivamente el operador económico **UNICON Ecuador** no pudo conocer de los testimonios que tuvieron lugar el 20 y 21 de diciembre de 2022, posteriormente revisará si el operador económico no pudo contradecir o argumentar respecto de la diligencia llevada a cabo el 20 de enero de 2023 con el señor al señor Guillermo Andrade.
- [172] Cabe señalar que, conforme consta en el informe SCPM-IGT-INCCE-2023-004 y de las piezas procesales constante en el expediente No. SCPM-IGT-INCCE-8-2022, el operador económico **UNICON ECUADOR** en escrito de 18 de noviembre de 2022¹³, solicitó la actuación de prueba testimonial de los operadores económicos, que fue atendida en providencia de 22 de noviembre del 2022, las 17h10.
- [173] Ahora bien, de la revisión de las grabaciones de los testimonios rendidos el 21 y 22 de Diciembre de 2022, el operador económico **UNICON ECUADOR** participó en cada uno de ellos, a continuación se muestran capturas de la toma de los testimonios:
- [174] Captura de la toma de Testimonio del señor Julio Valenzuela, representante legal de Hormigonera RC3, en la que se muestra la participación del abogado David Sperber, como abogado defensor del operador **UNICON Ecuador**¹⁴:

¹³ **UNICON ECUADOR** (2022). Escrito presentado el 18 de noviembre de 2022 a las 10h56, signado con número de anexo 477958 del número de trámite interno ID 258348.

¹⁴ Video contenido en el ID 260886.



[175] Captura de la toma de Testimonio del señor Esteban Pallares Palacios, representante legal de HORMIPLUS, en la que se muestra la asistencia y participación del abogado David Sperber, como abogado defensor del operador **UNICON Ecuador**¹⁵:



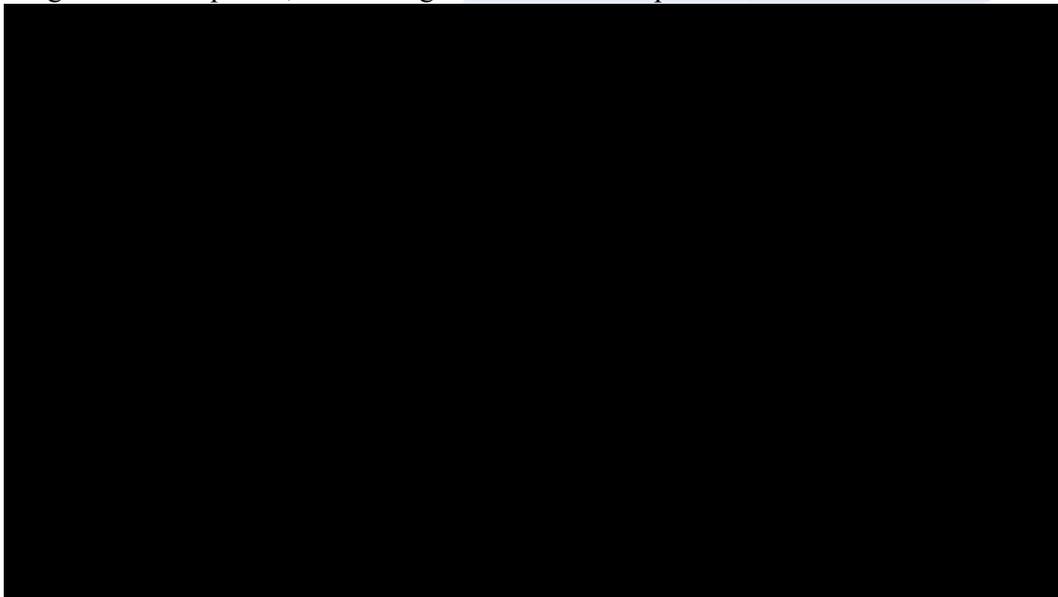
[176] Captura de la toma de Testimonio del señor Edison Fabricio González Valenzuela, representante legal de GOVA Hormigones, en la que se muestra la asistencia y

¹⁵ Video contenido en el ID 260942.

participación del abogado David Sperber, como abogado defensor del operador **UNICON Ecuador**¹⁶:



[177] Captura de la toma de Testimonio de Gabriela Jijón Chiriboga representante legal de Holcim Ecuador S.A. y Paul Montero en la que se muestra la asistencia y participación del abogado David Sperber, como abogado defensor del operador **UNICON Ecuador**¹⁷:

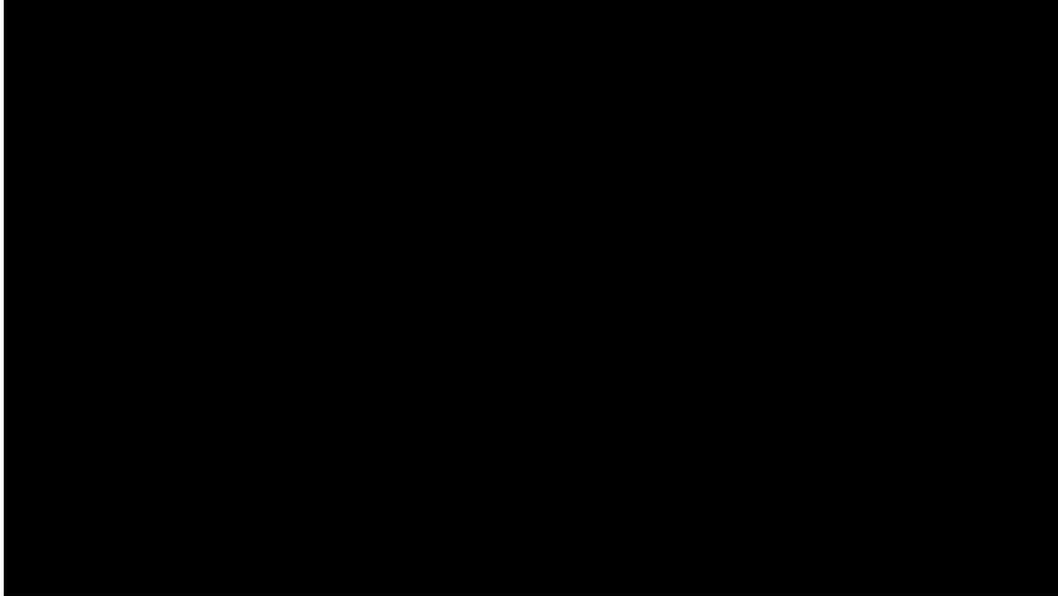


[178] Captura de la toma de Testimonio de José Franklin Cargua Vera representante legal de Hormigonera Equinoccial Occihormigon Cía. Ltda., en la que se muestra la asistencia y

¹⁶ Video contenido en el ID. 260943.

¹⁷ Video contenido en el ID. 261357.

participación del abogado David Sperber, como abogado defensor del operador UNICON Ecuador¹⁸:



- [179] Por las consideraciones anotadas esta Comisión evidencia que el operador económico efectivamente asistió y participó activamente en la toma de testimonios indicados, por lo que no es sostenible la afirmación de que la Intendencia no habría permitido acceder al operador económico el contenido íntegro de los testimonios solicitados por el propio operador económico dentro del expediente.
- [180] Adicionalmente, el operador económico alegó que la Intendencia debió transcribir los testimonios y que el no hacerlo afecta a su derecho constitucional a la defensa. Al respecto, esta Comisión resalta que la LORCPM, en su artículo 49 facultad a la SCPM el receptor declaración o testimonio y que para ello podrá utilizar los medios técnicos que considere necesarios para generar un registro completo y fidedigno de las declaraciones pudiendo para ello utilizar grabaciones magnetofónicas, grabaciones en video u otras similares.
- [181] Como se puede apreciar, dentro del expediente se encuentran grabadas en video los testimonios receptados, de los cuales el operador económico no solo que participó sino que además pudo (como de hecho lo hizo conforme consta en el expediente) obtener copias de las mismas.
- [182] Finalmente, esta Comisión expresa que ni la LORCPM, ni el COA establecen la obligatoriedad de la administración de realizar una transcripción de la toma de testimonios; por el contrario, el artículo 97 del COA establece: *“Los testimonios e informes periciales se aportarán al procedimiento administrativo por escrito mediante declaración jurada agregada a un protocolo público. El contrainterrogatorio deberá registrarse mediante medios tecnológicos adecuados”*, obligación que le corresponde al propio administrado de

¹⁸ Video contenido en el ID. 260935.



conformidad con el artículo 200 de la COA: “*Gastos de la práctica de la prueba. Los gastos de aportación y producción de las pruebas son de cargo del solicitante*”. Por lo que mal podría alegarse un incumplimiento de la Intendencia en la transcripción de la prueba solicitada por el operador económico cuando la normativa vigente exige una situación distinta.

- [183] No obstante de lo indicado, debido al principio de especialidad de la LORCPM y por cuanto esta norma no ha sido derogada, así como las características de su procedimiento, condiciones, términos, plazos, prevalecen sobre las reglas del COA¹⁹, esta Comisión agota su análisis en la constatación de que efectivamente **UNICON ECUADOR** tuvo conocimiento integral de los testimonios realizados y pudo actuar activamente en dichas diligencias así como que ejerció su derecho a la defensa dentro del expediente.
- [184] Con relación a la diligencia llevada a cabo el 20 de enero de 2023, respecto de la reunión de trabajo llevada a cabo con señor Guillermo Andrade, representante legal de CYMCA y MEZCLALISTA, esta Comisión al revisar las piezas procesales contenidas en el expediente de instancia observa que mediante providencia de 18 de enero de 2023, las 11h50, con número de ID 262795, la INCCE de oficio dispuso que tenga lugar una reunión de trabajo a fin de aclarar dudas de la propia Intendencia.
- [185] Posteriormente, mediante escrito de 20 de enero de 2023 con número de ID 262976, el operador económico **UNICON ECUADOR**, solicitó ser parte de la reunión de trabajo y que se le envíe el link y las credenciales requeridas para la celebración de la reunión de trabajo referida.
- [186] Incluso en un escrito posterior de la misma fecha con número de ID 262988, el operador económico **UNICON ECUADOR** solicitó que sean realizadas ciertas preguntas al operador económico:

¹⁹ De conformidad con lo establecido en el pronunciamiento del señor Procurador General del Estado contenido en el oficio No. 06578, de 11 de noviembre de 2019.



Dentro de la diligencia realizada, su Autoridad dispuso que por escrito su Autoridad realizará algunos requerimientos de información a CYMCA y MEZCLALISTA, ya que ambos, de conformidad a la respuesta otorgada por el representante de CYMCA, forman parte del mismo grupo económico.

II. PETICIÓN

En virtud de los antecedentes expuestos y con fundamento en el derecho constitucional de petición consagrado en el artículo 66/23 de la Constitución Nacional, se solicita a su Autoridad que requiera a CYMCA y MEZCLALISTA la contestación de las siguientes preguntas:

1. ¿El grupo económico CYMCA y MEZCLALISTA es propietaria a fecha de hoy, 20 de enero de 2023, de alguna o algunas plantas de hormigón premezclado?
2. En caso de que un tercero necesite hormigón premezclado y quiera contratar a CYMCA o MEZCLALISTA para ello. ¿ Puede el grupo económico de CYMCA y MEZCLALISTA de forma directa o indirecta, prestar la contratación requerida?

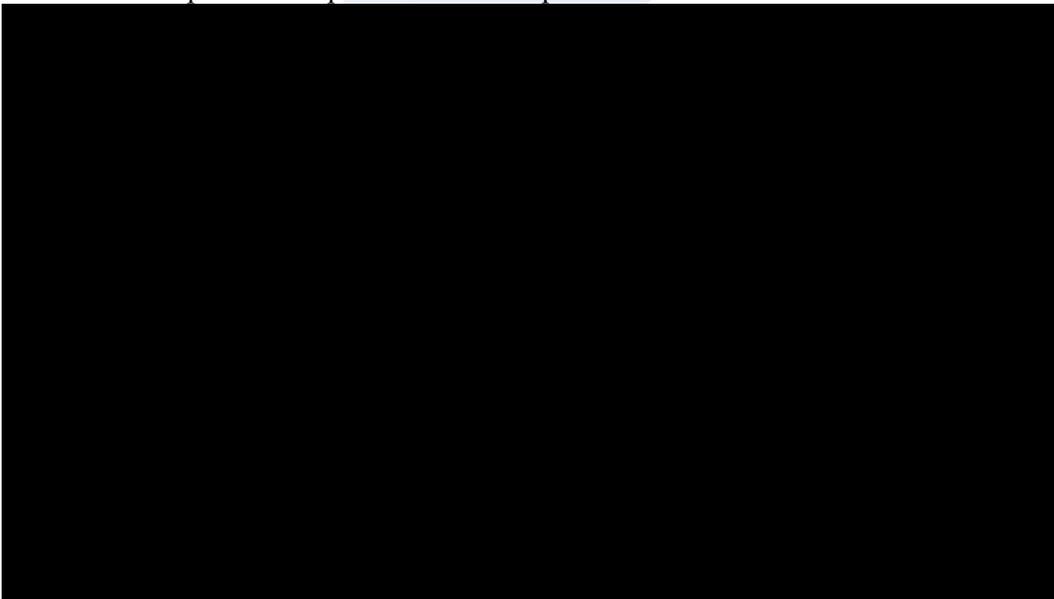
📍 Francisco Salazar E10-59 Y Av. 12 de octubre, Edificio Virtú. Piso 2. Quito – Ecuador.
☎ +593 99 891 2346 / +593 2 603 4466
🌐 www.salf.ec



[187] Situación que fue reiterada por el operador económico mediante escrito de 23 de enero de 2023, con número de ID 263157, en el que UNICON ECUADOR realizó preguntas adicionales fueron recogidas por la Intendencia en providencia de 20 de enero de 2023 y posteriores fueron trasladadas al gerente general de CYMCA y MEZCLALISTA.

[188] Finalmente, de la revisión de la reunión de trabajo, esta Comisión evidencia que el operador económico **UNICON ECUADOR** efectivamente participó en la reunión de trabajo:

Captura de la reunión de trabajo de la Intendencia con el señor Guillermo Andrade, el 20 de enero de 2023, en la que se muestra la asistencia del abogado David Sperber en representación del operador económico **UNICON ECUADOR**:





- [189] Ahora bien, esta Comisión tiene a bien señalar que la diferencia principal entre las diligencias de toma de testimonios a diferentes operadores y la reunión de trabajo con el gerente de CYMCA y MEZCLALISTA consiste en que las primeras fueron solicitadas por **UNICON ECUADOR** y en el cual se hicieron las preguntas específicas que formuló el propio operador.
- [190] Por otra parte, la reunión de trabajo tuvo lugar por una solicitud de oficio de la propia Intendencia; sin perjuicio de ello, el operador económico **UNICON ECUADOR** tuvo acceso a dicha diligencia y pudo formular preguntas por escrito las cuales atendidas oportunamente por la Intendencia y contestadas por el gerente general de MEZCLALISTA y CYMCA.
- [191] Por lo que, es posible concluir que de la revisión del expediente de instancia **UNICON ECUADOR** tuvo efectivo acceso y participó en los testimonios de los operadores HOLCIM ECUADOR S.A., OCCIHORMIGON, HORMIPLUS, y GOVA HORMIGONES, y que de igual manera accedió a la reunión de trabajo entre la Intendencia y el señor Guillermo Andrade, representante legal de CYMCA y MEZCLALISTA, siendo que **UNICON ECUADOR** en cada una de las actuaciones pudo realizar preguntas, las cuales fueron debidamente contestadas, garantizado así el efectivo ejercicio a su derecho al debido proceso.
- [192] Por las consideraciones anotadas, esta Comisión no observa que exista una vulneración del derecho al debido proceso y a la defensa del operador económico **UNICON ECUADOR** en los términos analizados en las diligencias de toma de testimonios y reunión de trabajo señalados.
- [193] Finalmente, esta Comisión tiene en cuenta la petición del operador económico **UNICON ECUADOR**, contenida en su escrito de alegatos, respecto que esta autoridad ordene a la Intendencia entregar a la CRPI la transcripción íntegra de todos los testimonios efectuados en este expediente, no obstante, como ha sido expuesto en el presente punto, el operador económico ha tenido pleno acceso a la toma de testimonios por lo que esta Comisión no encuentra procedente tal solicitud.
- [194] En adición a esto, de la revisión de la toma de testimonio realizada la CRPI puede observar que estos tuvieron como eje central el evidenciar la ausencia de efectos anticompetitivo en los mercados relevantes, situación que es considerada en el acápite correspondiente de la presente resolución.

Falta e incorrecta motivación del expediente SCPM-IGT-INCCE-8-2022, en particular respecto de la deficiente motivación sobre la conformación de la unidad económica entre CYMCA, MEZCLALISTA y UNICON ECUADOR

- [195] El operador económico **UNICON ECUADOR**, en lo principal manifestó que en providencia de 11 de diciembre de 2019, dentro del expediente No. SCPM-IGT-INCCE-018-2019 la Intendencia habría tratado a los operadores económicos CYMCA y MEZCLALISTA como operadores económicos individuales y separados, cuando en realidad pertenecerían a un mismo grupo económico, lo cual evidenciaría que al otorgar



una misma notificación informativa en resoluciones distintas mostraría la falta de motivación e imparcialidad con la que habría actuado la Intendencia.

[196] En este sentido el operador enfatizó que:

Como se puede evidenciar en los fundamentos de hecho expuestos, la providencia de 11 de diciembre de 2019, dentro del expediente No. SCPM-IGT-INCCE-018-20192 trata a los operadores económicos CYMCA y MEZCLALISTA como operadores económicos individuales y separados, lo cual es una falacia, ya que CYMCA y MEZCLALISTA pertenecen a un mismo grupo económico; lo cual fue aceptado de forma posterior en su Informe al reconocer,

Empero, esta afirmación se evidencia al otorgar una misma notificación informativa resoluciones distintas con criterios arbitrarios que evidencia la falta de motivación e imparcialidad con la que ha actuado la Intendencia en este proceso. En la resolución de CYMCA su Autoridad resolvió “tomar nota”, que no es un acto administrativo, como lo hemos visto, ya que nos consta en la LORCPM, mientras que, analizando MEZCLALISTA, resuelve que es posible un cometimiento de infracción; ello es contradictorio y por tanto existe error de motivación y violación del principio de interdicción de la arbitrariedad tipificado en el Artículo 18 del COA.

(...)

El principal argumento del Informe SCPM-INCCE-DNCCE-2022-005 establece que la unidad económica surge cuando un conjunto de personas jurídicas tiene como elemento central la unidad de control. No obstante, sorprende de manera sustancial que el mismo argumento utilizado en el Informe y que forma parte de la conclusión tercera del mismo se fundamente en una premisa que la misma Autoridad de competencia desconoció en el expediente No. SCPM-IGT-INCCE-018-2019.

Hay que recordar que el expediente de referencia es el fundamento del Informe SCPMINCCE-DNCCE-2022-005 y del expediente SCPM-IGT-INCCE-008-2022. De conformidad al anexo 1 que se adjunta, que su Autoridad tiene conocimiento desde la notificación voluntaria de 12 de septiembre de 2019 realizada por mi representada, CYMCA y MEZCLALISTA tienen los mismos administradores, los mismos accionistas y ambos tienen como objeto de mercado la construcción. Inclusive, el grupo económico es tan evidente que presentaron la notificación informativa de forma conjunta por CYMCA y MEZCLALISTA, lo cual no fue negado por la Intendencia. Por lo tanto, la Intendencia cometió un sustancial error en su motivación y resolución.

En resumen, fue un grave error -que conlleva a su nulidad- de la Intendencia separar a CYMCA y MEZCLALISTA cuando no lo pueden hacer, ya que estas dos empresas constituyen un solo operador económico; de lo contrario viola la SCPM sus propios precedentes evidenciando claramente la violación a la seguridad jurídica como principio fundamental de las actuaciones de las autoridades tanto administrativas como judiciales en el SCPM-IGT-INCCE-018-2019.



“En la resolución de CYMCA su Autoridad resolvió “tomar nota”, que no es un acto administrativo, como lo hemos visto, ya que nos consta en la LORCPM, mientras que, analizando MEZCLALISTA, resuelve que es posible un cometimiento de infracción ello es contradictorio y por tanto existe error de motivación y violación del principio de interdicción de la arbitrariedad tipificado en el Artículo 18 del COA.

A posteriori, el Informe SCPM-INCCE-DNCCE-2022-005, de 15 de julio de 2022, además de intentar justificar la existencia de una unidad económica por UNICON con base en pruebas extranjeras nulas que contravienen la normativa ecuatoriana, motiva el concepto de la unidad económica utilizando los siguientes argumentos:

c. A foja 16 párrafo 70 se manifiesta: “Una de las formas en que se determina que la matriz y sus filiales deben ser vinculadas a efectos del cálculo de volumen de negocios, es que la primera, disponga directa o indirectamente de más de la mitad del capital suscrito y pagado de otros operadores económicos, situación que efectivamente se ha verificado en el caso que nos ocupa, considerando que UNACEM S.A.A. (EMPRESA PERUANA) dispone de casi el 100% de sus filiales y demás subsidiarias.”

d. Más aún, a la luz de las nociones establecidas en los “Lineamientos para la interpretación de aspectos específicos de la Ley de Represión de conductas anticompetitivas” establecidos por el INDECOPI, es posible entender un grupo económico como; {...} al conjunto de personas jurídicas que tienen como elemento central que todas ellas están sujetas a una unidad de control (de decisión), que puede ser ejercida por una persona natural o jurídica, o un conjunto de agentes, guiada por un interés único, correspondiente a quien ejerce el control”.

El principal argumento del Informe SCPM-INCCE-DNCCE-2022-005 establece que la unidad económica surge cuando un conjunto de personas jurídicas tiene como elemento central la unidad de control. No obstante, sorprende de manera sustancial que el mismo argumento utilizado en el Informe y que forma parte de la conclusión tercera del mismo se fundamente en una premisa que la misma Autoridad de competencia desconoció en el expediente No. SCPM-IGT-INCCE-018-2019. ”

[197] Adicionalmente, **UNICON ECUADOR** señaló que:

“(…)

Con base a lo expuesto, dentro del proceso No. SCPM-IGT-INCCE-018-2019, UNICON de buena fe realizó una notificación informativa ante la SCPM por la compra de algunos activos pertenecientes a CYMCA y



MEZCLALISTA; es decir, UNICON no compró las compañías CYMCA y MEZCLALISTA y no tomó control de CYMCA, ni de MEZCLALISTA, ni de la unidad de negocio de hormigón ya que el grupo económico CYMCA – MEZCLALISTA sí presta el servicio de hormigón a hoy; UNICON solo compró algunos activos de las dos compañías lo que no ha sido tomado en consideración y por el contrario se ha alegado que la compra se ha dado por la totalidad para adecuar al arbitrio y decisión de la Intendencia desancionar a UNICON a cualquier costo, inclusive sacrificando garantías de debido proceso y de motivación de sus decisiones en detrimento de la posición de buena fe durante todo este proceso por parte de UNICON. Sobre ello, es importante recordar que el expediente en referencia es el fundamento del Informe SCPM-INCCE-DNCCE-2022-005 y del expediente SCPM-IGT-INCCE-008-2022 lo cual no puede ahora omitir la SCPM.

Por lo tanto, si UNICON presentó la concentración económica de CYMCA y MEZCLALISTA de forma unitaria, en ningún momento la Intendencia rechazó, negó o abrió un procedimiento correspondiente. Por lo tanto, sobre la compra de activos de UNICON a CYMCA la Intendencia tomó “nota al margen” de la petición realizada por UNICON, vulnerando de esta manera nuevamente la garantía de motivación consagrada en la CartaSuprema que tiene expresa vinculación con el derecho al debido proceso y derecho a la defensa. Por lo que, existe violación al debido proceso administrativo tipificado en el Artículo 33 del COA, que consagra el principio de favorabilidad y por consiguiente el principio general del derecho In dubio pro Administrado que “(...) En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.”

Asimismo, existe un enorme grado de incertidumbre en contra del administrado UNICON, ya que se desconoce cuál es el objetivo de la decisión adoptada por la Intendencia. Lo que vuelve a demostrar una inexistente motivación sobre la petición realizada por UNICON en su notificación informativa. Al respecto, la Corte Constitucional sostiene que, “Una argumentación jurídica es inexistente cuando la respectiva decisión carece totalmente de fundamentación normativa y de fundamentación fáctica”. Por ende, este expediente es nulo.”

[198] Al respecto, esta Comisión fija su atención en que el argumento principal del operador económico consiste en la existencia de una aparente contradicción entre lo manifestado por la Dirección Nacional de Control de Concentraciones Económicas dentro del expediente No. SCPM-IGT-INCCE-018-2019 y en su informe de actuaciones previas No. SCPM-INCCE-DNCCE-2022-005, de 05 de julio de 2022 y lo manifestado por la Intendencia en su Informe No. SCPM-IGT-INCCE-2023-004 de 8 de marzo de 2023.

[199] En esencia la contradicción tendría lugar porque la Dirección Nacional de Control de Concentraciones Económicas afirmó tanto dentro del expediente No. SCPM-IGT-INCCE-018-2019 y en su informe de actuaciones previas No. SCPM-INCCE-DNCCE-2022-005,



de 05 de julio de 2022 que CYMCA y MEZCLALISTA serían operadores económicos individuales y separados, sin embargo, la Intendencia en su informe No. SCPM-IGT-INCCE-2023-004 señala que los operadores económicos CYMCA y MEZCLALISTA pertenecen a un mismo grupo económico.

- [200] En virtud de lo indicado, **UNICON ECUADOR** considera que existiría un error de motivación aparente por incoherencia dado que a su criterio es *“el principal y único argumento para sustentar la supuesta infracción anticompetitiva se determina al momento de analizar la unidad económica, argumento incoherente, ya que es una clara contradicción emitida por el órgano administrativo -Intendencia- para verificar la unidad económica, además de omitir el testimonio del representante legal de CYMCA u MEZCLALISTA”* y genera incertidumbre en el administrado.
- [201] Ahora bien, esta Comisión resalta que, de conformidad con lo manifestado por el operador económico, no existiría un error en la motivación entre las premisas usadas por la Intendencia y las conclusiones arribadas en su informe No. SCPM-IGT-INCCE-2023-004; por el contrario, según **UNICON ECUADOR** el error devendría producto de las afirmaciones y posiciones adoptadas por el órgano de investigación en el expediente No. SCPM-IGT-INCCE-018-2019 y en su informe de actuaciones previas No. SCPM-INCCE-DNCCE-2022-005.
- [202] No obstante de que los referidos informes son expedidos por órganos distintos, los cuales pueden tener su propio criterio, esta Comisión procederá a revisar las principales actuaciones realizadas por la Intendencia y la Dirección, a fin de verificar la supuesta incongruencia.
- [203] El operador económico **UNICON ECUADOR**, mediante formulario, con ID 143891y anexos, de 12 de septiembre de 2019, las 16h52, presentó una notificación informativa respecto de la adquisición de activos de los operadores económicos MEZCLALISTA y CYMCA.
- [204] Producto de la notificación realizada por el operador económico **UNICON ECUADOR**, dentro el expediente No. SCPM-IGT-INCCE-018-2019, la DNICCE emitió el informe No. SCPM-INCCE-DNEECCE-2019-006 de 19 de noviembre de 2019.
- [205] Al respecto, la DNICCE dentro de sus conclusiones en el referido informe expresó que la compra de activos por parte de **UNICON ECUADOR** a CYMCA no constituye una operación de concentración económica en términos de la Ley. Adicionalmente, la Dirección manifestó que la compra de activos por parte de **UNICON ECUADOR** a MEZCLALISTA si es una operación de concentración económica, en términos de la LORCPM, la cual no habría sido debidamente notificada por lo que recomendó que se tome de la compra de activos a CYMCA y se abra un expediente en contra de **UNICON ECUADOR** por no haber notificado la totalidad de activos de MEZCLALISTA.
- [206] Para una mejor comprensión esta Comisión traslada el acápite correspondiente conclusiones y recomendaciones de la Intendencia:



SECCIÓN 6: CONCLUSIONES

77. En recuento del análisis y consideraciones antes desarrolladas, es posible concluir que:
- En cuanto a la transacción notificada para fines informativos por parte del operador económico UNICON Ecuador, consistente en la adquisición de activos de CYMCA, la misma **no constituye** una operación de concentración económica, con arreglo a lo previsto en el artículo 14 de la LORCPM.
 - En cuanto a transacción notificada para fines informativos por parte del operador económico UNICON Ecuador, consistente en la adquisición de **todos** los activos de MEZCLALISTA, la misma **sí constituye** una operación de concentración económica, con arreglo a lo previsto en el artículo 14 de la LORCPM.
 - La transacción que da lugar a la operación de concentración entre MEZCLALISTA y UNICON Ecuador ya habría sido ejecutada, en concordancia con lo señalado en el formulario de notificación con fines informativos, presentada por este último operador económico y ratificada por el operador económico MEZCLALISTA mediante escrito presentado el 13 de noviembre de 2019.
 - Dado que la operación de concentración económica entre UNICON Ecuador y MEZCLALISTA es de naturaleza horizontal y que el cálculo de volumen de negocios supera el monto fijado por la Junta de Regulación, se desprende que la operación de concentración económica cumple con la condición establecida en el artículo 16, letra a), de la LORCPM. Por tanto, la transacción antes especificada debió haber sido notificada de manera obligatoria, previa a su concreción.
 - Existen indicios del cometimiento de la infracción prevista en el artículo 18 de la LORCPM, que señala: *"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"*, en concordancia con el artículo 26 del RLORCPM.

[207] En sus recomendaciones la Dirección en su informe expresa:

SECCIÓN 7: RECOMENDACIONES

78. En función de las conclusiones antes desarrolladas y el análisis conducido por la Dirección Nacional de Estudios y Examen de Control de Concentraciones Económicas, se recomienda al Intendente Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas que:
- Tome nota de la transacción que consiste en la adquisición de activos de CYMCA por parte de UNICON Ecuador, de conformidad con el artículo 37(4) de la Resolución No. SCPM-DS-012-2017³⁰.
 - Inicie el procedimiento de investigación de operación de concentración económica no notificada, con respecto a la adquisición de la totalidad de los activos de MEZCLALISTA por parte de UNICON Ecuador, de conformidad con lo previsto en el artículo 22 del RLORCPM y artículos 37(4)(2) y 39 de la Resolución No. SCPM-DS-012-2017.



[208] Mediante memorando No. SCPM-IGT-INCCE-2022-080, de 26 de abril de 2022, la INCCE solicitó a la Intendencia General Técnica que autorice la apertura de un expediente de investigación de una presunta operación de concentración económica no notificada y una vez abierto el expediente No. SCPM-IGT-INCCE-8-2022, la Dirección emitió el informe No. SCPM-INCCE-DNCCE-2022-005, de 5 julio de 2022 en el concluyó lo siguiente:

SECCIÓN 6: CONCLUSIONES

- [77] **Conclusión 1:** La transacción analizada consistió en la compra en 2019 de los activos de MEZCLALISTA para la fabricación y comercialización de hormigón, por parte de UNICON, lo que produjo la eliminación de un competidor directo, generándose en consecuencia un cambio de control, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 14 de la LORCPM, letra e); y, por tanto, configurándose como una operación de concentración económica.
- [78] **Conclusión 2:** La operación de concentración económica constituyó una integración de naturaleza horizontal dado que UNICON y MEZCLALISTA competían en el mercado de hormigón premezclado y de naturaleza vertical ya que UNACEM, parte del grupo económico de UNICON, es proveedor de cemento, principal materia prima para la elaboración de hormigón premezclado.
- [79] **Conclusión 3:** De conformidad con 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 negocio calculado con información financiera de 2018, de los operadores afectados por la transacción fue de USD 166.325.170, superando así, el umbral determinado en la letra a) del artículo 16 de la LORCPM, establecido en 200.000 Remuneraciones Básicas Unificadas, equivalente a USD 78.800.000 en 2019.
- [80] **Conclusión 4:** Existen indicios de que UNICON, al ser la parte obligada a realizar la notificación, de conformidad con el artículo 16 de la LORCPM y 19 del RLORCPM, habría infringido lo establecido en el artículo 78, numeral 3, letra c) de la LORCPM, hecho que guarda concordancia con los 15 y 18 de la LORCPM y el artículo 26 del RLORCPM, al no someter la adquisición de activos del operador MEZCLALISTA al procedimiento de notificación previa obligatoria, previsto en el artículo 16 de la LORCPM.

SECCIÓN 7: RECOMENDACIÓN

- [81] Con mérito de los antecedentes, hechos y fundamentos de derecho desarrollados en el presente informe, la Dirección Nacional de Control de Concentraciones Económicas recomienda al señor Intendente Nacional de Control de Concentraciones Económicas continuar con el procedimiento de investigación, y, en tal virtud solicitar al operador económico Unión de Concreteras UNICON UCUE Cía. Ltda., que en el término de treinta (30) días presente las justificaciones de las que se considere asistido, respecto a la presunta falta de notificación de la operación de concentración económica, materia del presente informe, de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 26 del RLORCPM y el artículo 39 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativo de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

 Elaborado por:

[209] Informe que fue puesto en conocimiento de **UNICON ECUADOR**, mediante providencia de 15 de julio de 2022, a fin de que presente sus explicaciones y justificaciones.

[210] En este sentido, es importante anotar que hasta ese momento la Dirección consideró que el objeto de la posible falta de notificación de concentración económica devenía únicamente de la adquisición por parte de **UNICON ECUADOR** de los activos de MEZCLALISTA



- [211] Ahora bien, el operador económico **UNICON ECUADOR** presentó sus explicaciones el 26 de agosto de 2022, con número de ID 248565, en el que manifestó que CYMCA como MEZCLALISTA serían un solo operador económico por lo que no se los podía dividir.
- [212] Como resultado de dicha explicación la Intendencia, mediante providencia de 8 de septiembre de 2022, manifestó la necesidad de verificar si la adquisición por parte de **UNICON ECUADOR** de los activos de CYMCA generaría algún efecto sobre la concentración económica que objeto de su estudio.
- [213] En lo principal, la Intendencia manifestó:

- 4) *El presente expediente adolece de deficiencia e inexistencia motivacional, al afirmar la existencia de una unidad económica entre UNICON y UNACEM sin prueba; mientras que desconoce una misma unidad económica entre CYMCA y MEZCLALISTA con prueba.-*

Una vez más es importante recalcar que en la fase de actuaciones previas, en la que se encuentra el presente expediente, no se ha aportado prueba alguna, pues no es el momento procesal oportuno, por lo que no es correcta la afirmación que realiza UNICON referente a que se ha afirmado la existencia de una unidad económica "sin prueba".

Con respecto a la vinculación existente entre los operadores económicos Materiales de Construcción Quito S.A. (en adelante CYMCA) y Mezcladora y Distribuidora de Hormigón Mezclalista S.A. (en adelante MEZCLALISTA), señalada por UNICON, esta Intendencia considera oportuno analizarla a profundidad, a fin de determinar si dicha relación, o de cualquier otra empresa, tendría algún efecto sobre la operación de concentración económica que es objeto de la presente investigación, es decir, la adquisición de la unidad de negocios de producción y comercialización de hormigón premezclado por parte de UNICON a MEZCLALISTA.

- [214] Además concluyó:

CUARTO.- En virtud de que las explicaciones presentadas por el operador económico Unión de Concreteras UNICON UCUE Cía. Ltda., no han sido suficientes para desvirtuar la existencia de una operación de concentración económica no notificada, de acuerdo a lo previsto en el tercer inciso del artículo 26 del RLORCPM, **INÍCIESE** la investigación de la presunta operación de concentración económica referente a la adquisición por parte de UNICON de la unidad de negocios de producción y comercialización de hormigón premezclado a MEZCLALISTA, acorde al procedimiento previsto en el artículo 39 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM

QUINTO.- De conformidad con los artículos 48, 49 y 50 de la LORCPM, **INVESTÍGUESE** si los activos (vehículos pesados –mixers-) que vendió el operador económico CYMCA a UNICON, el 29 de mayo de 2019, forman parte de la presunta operación de concentración económica investigada en el presente expediente.

- [215] Finalmente, la Intendencia una vez realizada la investigación correspondiente y verificada la relación societaria, familiaridad de los accionistas, de administración entre CYMCA Y MEZCLALISTA y conforme las aseveraciones realizadas por el propio operador



económico, concluyó que ambas empresas son dos personas jurídicas diferentes que forman parte de un mismo grupo económico²⁰.

[216] En este sentido, esta Comisión evidencia que la Intendencia respecto de la relación de familiaridad entre los accionistas y la relación en la administración la Intendencia manifestó:

[141] *Del cuadro de accionistas precedente se desprende que en el caso de MEZCLALISTA, ningún accionista tiene por sí solo la capacidad de decidir respecto a las decisiones de la compañía, sino que al ser cuatro (4) accionistas minoritarios, se requiere al menos la voluntad de tres (3) de estos para tomar decisiones; por lo tanto, no se podría decir, que un solo accionista tiene la capacidad de tomar las decisiones de la compañía, creando así un “control” entre los tres (3) accionistas que se unan para tomar una decisión; por otro lado en el caso de CYMCA se colige que el señor Andrade Ochoa Cesar Guillermo, al ser accionista mayoritario con los votos necesarios para tomar decisiones de la compañía por sí solo, cuenta con el control exclusivo de la misma.*

[142] *Por lo tanto, no se puede determinar una vinculación de control accionarial directa ejercida por alguno de sus accionistas sobre la otra compañía, al menos de conformidad con los estatutos.*

[143] *Sin embargo, es evidente que el señor Andrade Ochoa Cesar Guillermo – controlante de CYMCA- no solo es uno de los cuatro accionistas minoritarios de MEZCLALISTA, sino que comparte apellido con los otros tres accionistas, lo cual nos da un indicio de que las empresas podrían tener una relación, que si bien es familiar, no es menor, si consideramos ambas circunstancias en conjunto, hacen que sea inverosímil que los intereses entre ellas sean disímiles. Así, además lo analizan otras agencias de competencia, las cuales han llegado a determinar que el parentesco al ser un estado jurídico permanente que se establece entre familiares, tiene influencia cuando estos se dedican a actividades económicas similares o iguales y han llegado a afirmar incluso que no existen elementos que permitan concluir que estas empresas serán competidores entre sí.*

[144] *En este punto es preciso añadir que el señor Pablo José Andrade Torres al momento de ejecución de las ventas de activos -de ambas compañías- ejercía el cargo de Gerente General de MEZCLALISTA y CYMCA, lo cual ejemplifica cómo se creó una posición de control sobre estas compañías.*

[217] Por las consideraciones anotadas, esta Comisión considera que la Intendencia de forma fundamentada y motivada, en el informe No. SCPM-IGT-INCCE-2023-004, de 08 de marzo de 2023 concluyó que CYMCA y MEZCLALISTA son parte de un mismo grupo económico, análisis que para esta Comisión se encuentra debidamente fundamentado y resulta coherente entre sus premisas y conclusiones.

²⁰ Análisis contenido entre las páginas 31 a la 36 del Informe.



- [218] Por otra parte, la CRPI no concuerda con el operador económico respecto de la existencia de la supuesta incoherencia motivacional entre lo manifestado por la Intendencia en el informe No. SCPM-IGT-INCCE-2023-004, de 08 de marzo de 2023, y lo analizado previamente por la DNICCE en el informe No. SCPM-INCCE-DNCCE-2022-005, de 5 julio de 2022 alegado por el **UNICON ECUADOR**, dado que, además de que la INCCE y la DNICCE son órganos diferentes que pueden tener criterios distintos, la INCCE analizó la posición de la Dirección y posteriormente se alejó de la misma en virtud del análisis de las distintas piezas procesales, incluidas de las presentada por **UNICON ECUADOR**²¹, las que le permitieron identificar claramente la relación de vinculación como grupo empresarial entre CYMCA y MEZCLALISTA.
- [219] En este sentido, la motivación realizada por la INCCE resulta coherente y suficiente para determinar la naturaleza de la concentración económica realizada por **UNICON ECUADOR** y de su análisis es posible advertir del proceso lógico realizado que permitió a dicha dependencia arribar a sus conclusiones.
- [220] Conclusiones que además devienen de la manifestación realizada por el propio operador económico investigado y que fue advertido oportunamente en la providencia de 8 de septiembre de 2022 por el que la Intendencia abrió la investigación, por lo que **UNICON ECUADOR** desde el inicio de la investigación conocía que dicho argumento sería objeto de análisis.
- [221] Por otra parte, el operador económico en su escrito de alegatos señala que el vicio en la motivación devendría de las conclusiones arribadas por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas en sus informes previos.
- [222] Al respecto, esta Comisión ya evidenció cómo la Intendencia en su providencia de inicio del procedimiento fijó como un elemento principal de la investigación la falta de notificación de la concentración económica realizada por **UNICON ECUADOR**, en la que incluyó expresamente la investigación de si la compra de activos a CYMCA por **UNICON ECUADOR** forma parte o no de la concentración económica objeto de análisis.
- [223] En sentido, resulta evidente que el operador económico **UNICON ECUADOR** conoció las líneas de investigación de la Intendencia y en particular aquella que tiene relación su alegación. En tal sentido, mediante un robusto análisis la INCCE confirmó la relación empresarial entre CYMCA y MEZCLALISTA y contrariamente a lo afirmado por el operador económico, **UNICON ECUADOR** tuvo pleno conocimiento de las actuaciones y conclusiones a las que arribó el órgano de investigación, lo que elimina cualquier “grado de incertidumbre” en el administrado.
- [224] Por las consideraciones anotadas, esta Comisión no concuerda en la alegación realizada por el operador económico en este punto.

²¹ Como es el caso de la declaración juramentada²¹ anexo al escrito presentado el 29 de agosto de 2022 a las 16h58, signado con número de anexo 460402 del número de trámite interno ID 248705.



2.2. Silencio administrativo positivo. Imposibilidad de conocer y resolver este expediente por la SCPM y del incorrecto análisis del silencio administrativo por la Intendencia²²

[225] El operador económico **UNICON ECUADOR** en su escrito de alegato señaló que de la notificación informativa realizada por la compra de activos de CYMCA y MEZCLALISTA el 12 de septiembre de 2019 no existió una resolución de aprobación, lo que entiende es un incumplimiento del artículo 21 de la LORCPM, y en tal virtud, conforme su criterio, operaría el silencio administrativo positivo contenido en el artículo 23 de la Ley.

[226] En particular el operador económico en su escrito alegó:

“En este sentido, la notificación del expediente SCPM-IGT-INCCE-018-2019 de 11 de diciembre de 2019 tenía que ser resuelta por la CRPI conforme el Artículo 21 de la LORCPM, al no hacerlo esta notificación fue aprobada tácitamente al configurarse silencio administrativo positivo a favor de UNICON”.

[227] En adición, en el punto 5.4 de su escrito el operado señaló:

Sin embargo, si analizamos la normativa citada, el silencio administrativo opera para reclamos o pedidos dirigidos a las administraciones públicas ya que forma parte del derecho de petición expresamente consagrado en el Art. 66 numeral 23 de la CRE y la SCPM, siendo la notificación informativa un pedido concreto dirigido a la SCPM cabe dentro de la normativa, estando la SCPM obligada a resolver a través de su órgano de resolución CRPI en el plazo determinado en la LORCPM o en el COA.

La Intendencia pretende hacernos creer que el silencio administrativo opera únicamente en ciertos casos, cuando esta acción no es un mero capricho de determinadas áreas del derecho sino que, por el contrario, pretende ser un aliado para el principio de seguridad jurídica en beneficio del administrado y frente a la inacción o demora de las autoridades. Justamente se incorporó al procedimiento administrativo para garantizar al requirente que la administración resuelva cualquier pedido en un término razonable, no siendo necesario que el reclamo o pedido pertenezca a un procedimiento en específico, hecho que no sucede en el caso en cuestión, ya que existe en la normativa la posibilidad de notificar de manera voluntaria.

La LORCPM en ninguna parte determina que no aplica el silencio administrativo positivo para notificaciones de carácter informativo, por ende, sí aplican los plazos del silencio en la LORCPM y el COA.

En función de este análisis, la CRPI estaba obligada a resolver la notificación informativa que realizó UNICON de manera clara y fundamentada como se

²² Contenido además en el punto 5.4 del escrito de alegatos.



establece en el Artículo 76, numeral 7, literal l) de la CRE y la misma LORCPM que ahora desconoce la Intendencia, al no haberse pronunciado siquiera, mucho menos haber iniciado el proceso investigativo dentro del tiempo la resolución por la CRPI en el plazo máximo establecido en la norma -LORCPM-, opera no solo la caducidad de la facultad de la Administración sino también o de manera subsidiaria como consecuencia de la inacción de la Autoridad, el silencio administrativo positivo en favor de UNICON.

[228] Al respecto, como primer elemento de análisis es necesario tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 23 de la LORCPM que establece:

Art. 23.- Autorización por silencio administrativo.- Transcurrido el término previsto en el artículo 21 sin que se haya emitido la resolución correspondiente, la operación se tendrá por autorizada tácitamente.

La autorización por silencio administrativo producirá en todos los casos los mismos efectos legales que la autorización expresa, sin que se requiera petición adicional alguna por el o los operadores económicos involucrados, quienes podrán continuar con la operación de concentración notificada.

[229] En este sentido, el artículo 23 de la LORCPM, determina que el silencio administrativo producirá los mismos efectos legales que la autorización expresa emitida por la autoridad, de conformidad con la remisión al artículo 21 de la Ley. Es decir, para todos los casos en que la SCPM deba aprobar o autorizar una concentración económica, sino lo hace en el término legal definido para ello, se entenderá que dicha concentración se encuentra tácitamente autorizada.

[230] En tal sentido, corresponde aclarar que, conforme ha sido manifestado por esta autoridad previamente, a la SCPM no le corresponde emitir un pronunciamiento aprobatorio o denegatorio derivado de notificaciones informativas.

[231] En relación con lo indicado, la LORCPM y su Reglamento establecen dos tipos de notificaciones de concentración diferenciadas, aquellas que son de notificación obligatoria por estar sujetas a la autorización previa de la SCPM y otro diferenciado para las notificaciones informativas.

[232] Respecto de las decisiones de la autoridad, el artículo 21 de la LORCPM establece:

*Art. 21.- Decisión de la Autoridad.- En todos los casos sometidos al procedimiento de notificación previa establecido **en este capítulo, excepto los de carácter informativo establecidos en el segundo inciso del artículo 16 de la presente Ley,** la Superintendencia, por resolución motivada, deberá decidir 15 dentro del término de sesenta (60) días calendario de presentada la solicitud y documentación respectiva:*

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



c) Denegar la autorización.

El término establecido en este artículo podrá ser prorrogado por una sola vez, hasta por sesenta (60) días término adicionales, si las circunstancias del examen lo requieren. (Énfasis añadido)

- [233] En el caso que nos atañe, la notificación de la concentración económica realizada por el operador **UNICON ECUADOR** fue de carácter informativa²³ y voluntaria, tipificada en el segundo inciso del artículo 16 de la LORCPM, de la cual, la SCPM por la excepción expresa contenida en el artículo 21 de la Ley no puede emitir una resolución que la apruebe, condicione o deniegue.
- [234] La facultad legal de aprobación o denegación es contemplada exclusivamente para las notificaciones obligatorias; por el contrario, la SCPM respecto de las notificaciones informativas de conformidad con el artículo 37 del Instructivo de Gestión Procesal, le correspondía tomar nota, situación que efectivamente tuvo lugar en el momento oportuno.
- [235] En este sentido, esta Comisión evidencia que el operador económico en su escrito de alegatos confunde las figuras de notificación obligatoria previa de una concentración económica y la notificación para fines informativos y voluntaria, de las cuales existen varias diferencias y entre las principales se encuentra que la facultad de aprobación o denegación se encuentra reservada únicamente para las primeras. Además, que la notificación obligatoria previa debe tener lugar antes de perfeccionar la concentración económica, situación que no tuvo lugar en el presente caso.
- [236] En este orden de ideas, esta Comisión considera que en el presente caso no se puede pretender que opere la figura del silencio administrativo producto de una resolución de aprobación que la SCPM, por disposición legal expresa, se ve impedida de realizar.
- [237] Por las consideraciones anotadas esta Comisión da por contestados los alegatos del operador económico respecto del silencio administrativo y se aleja de la posición fijada por el alegante.

7. PRUEBAS QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE DE INVESTIGACIÓN No. SCPM-IGT-INCCE-8-2022.

- [238] Las pruebas constantes en el expediente No. SCPM-IGT-INCCE-8-2022, son las siguientes:
1. La copia de la matrícula de cinco (5) camiones de propiedad de CYMCA y MEZCLALISTA, anexadas al escrito de 29 de agosto de 2022, las 16h24, signado con número de anexo 460375 del número de trámite interno ID 248697, presentado por el operador económico **UNICON ECUADOR** en el cual solicitó se incorpore como pruebas.

²³ Entre muchos otros ver página 37 y 38 del escrito de alegatos de **UNICON ECUADOR**.



2. La declaración juramentada del representante legal de MEZCLALISTA, presentada y solicitada como prueba mediante escrito de 29 de agosto de 2022, las 16h58, signado con número de anexo 460400 del número de trámite interno ID 248705, presentado por **UNICON ECUADOR**.
3. Mediante escrito de 29 de agosto de 2022, a las 16h58, signado con número de anexo 460400 del número de trámite interno ID 248705, el operador económico **UNICON ECUADOR** solicitó se incorpore como elementos de descargo lo siguiente:
 - 3.1 Materialización de las páginas web de la Superintendencia de Mercado de Valores del Perú.
 - 3.2 Se agregue el Expediente integro No. SCPM-IGT-INCCE-018-2019.
4. La copia íntegra de la grabación a través de la comunicación telefónica realizada entre los personeros de la SCPM y el personal de UNACEM ECUADOR dentro del expediente No. SCPM-IGT-INCCE-006-2019 que originaron los expedientes No. SCPM-IGT-INCCE-018-2019 y SCPM-IGT-INCCE-008-2022, solicitada su incorporación como prueba por **UNICON ECUADOR** en el escrito de 27 de septiembre de 2022, las 16h58, signado con número de anexo 465444 del número de trámite interno ID 251028.
5. Mediante escrito de 19 de octubre de 2022, las 16h58, signado con número de anexo 472752 del número de trámite interno ID 255908, **UNICON ECUADOR** solicitó la incorporación de los siguientes medios probatorios:
 - 5.1. Certificado de existencia legal de UNION DE CONCRETERAS UNICON UCUE CIA. LTDA emitido por el Registro Mercantil
 - 5.2. Certificado de existencia legal de MATERIALES PARA LA CONSTRUCCIÓN CYMCA emitido por el Registro Mercantil
 - 5.3. Materialización de los siguientes documentos:
 - 5.3.1 Certificado de cumplimiento de obligaciones CYMCA
 - 5.3.2 Certificado de cumplimiento de obligaciones de MEZCLALISTA
 - 5.3.3 Certificado de cumplimiento de obligaciones UNION DE CONCRETERAS UNICON UCUE CIA. LTDA.
 - 5.3.4 Registro Único de Contribuyentes RUC de CYMCA
 - 5.3.5 Registro Único de Contribuyentes RUC de MEZCLALISTA
 - 5.3.6 Registro Único de Contribuyentes RUC de UNION DE CONCRETERAS UNICON UCUE CIA. LTDA.
6. En escrito de 18 de noviembre de 2022, las 10h56, signado con número de anexo 477958 del número de trámite interno ID 258348, el operador económico **UNICON ECUADOR** solicitó la recepción de prueba testimonial de los siguientes operadores económicos:



- 6.1. El testimonio de RC3, tomado el 20 de diciembre de 2022, las 11h30, signado con número de anexo 483754 del número de trámite interno ID 260886.
- 6.2. El testimonio de OCCIHORMIGON, tomado el 21 de diciembre de 2022, las 10h30, signado con número de anexo 483920 del número de trámite interno ID 260935.
- 6.3 El testimonio de HORMIPLUS, tomado el 21 de diciembre de 2022, las 11h30, signado con número de anexo 483933 del número de trámite interno ID 260942.
- 6.4 El testimonio de GOVA HORMIGONES, tomado el 21 de diciembre de 2022 a las 11h30, signado con número de anexo 483934 del número de trámite interno ID 260943.
- 6.5. El testimonio de HOLCIM Ecuador S.A. el 29 de diciembre de 2022, a las 11h00, signado con número de anexo 484964 del número de trámite interno ID 261357.
7. Materialización Nro. 20231701005C00252, de fecha 16 de enero de 2023, realizada en la Notaria Quinta del Cantón Quito Dr. Wilmer Campana, que certifica la proforma de una Planta Dosificadora, el operador **UNICON ECUADOR** solicitó se incorpore como prueba mediante escrito de 26 de enero de 2023, las 29 de agosto de 2022, a las 16h58.

[239] Finalmente, de la revisión de la sección 9, del informe No. SCPM-IGT-INCCE-2023-004, esta autoridad observó que en cuanto a los elementos probatorios la Intendencia los clasifica de acuerdo con lo siguiente:

1. Respecto a que CYMCA y MEZCLALISTA son empresas que siguen activas, con activos a su nombre y que no existió un cambio o toma de control sobre estas empresas a favor de **UNICON ECUADOR**.
2. Respecto a que CYMCA y MEZCLALISTA son empresas que forman parte de un mismo grupo económico.
3. Elementos de descargo sobre mercado relevante y la inexistencia de afectación en el mercado relevante.
4. Respecto de los argumentos presentados por **UNICON ECUADOR** sobre la falta de notificación de la operación de concentración económica investigada.

8. DE LA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE DE INVESTIGACIÓN

[240] La CRPI, con la finalidad de valorar la prueba, tendrá en cuenta lo determinado en el numeral 5 del artículo 3 del IGPA de la SCPM, en concordancia con el numeral 4 del artículo 76 de la Constitución de la República, que establecen que únicamente la prueba



que fuera pedida, ordenada y practicada conforme con los principios del debido proceso tendrán eficacia probatoria. Caso contrario, estas no poseerán valor probatorio alguno.

[241] Se observará que todas las pruebas consten en originales, fiel copia del original, copias certificadas, o en caso de documentos digitales y otras diligencias, serán incorporados con las formalidades que establece la Ley.

[242] La valoración de la prueba es la siguiente:

[243] En relación con la prueba testimonial, esta comisión consideró lo establecido en el artículo 197 del Código Orgánico Administrativo, ya que al ser normativa supletoria de acuerdo con la Disposición General Primera de la LORCPM, es aplicable al caso que nos concierne:

“Art. 197.- Prueba pericial y testimonial. La administración o la persona interesada podrán contra interrogar a peritos y testigos cuando se hayan emitido informes o testimonios en el procedimiento. Para el efecto, la administración pública convocará a una audiencia dentro del periodo de prueba. En el contra interrogatorio se observarán las siguientes reglas:

1. Se realizarán preguntas cerradas cuando se refieran a los hechos que hayan sido objeto de los informes y testimonios.

2. Se realizarán preguntas abiertas cuando se refieran a nuevos hechos respecto de aquellos expuestos en sus informes y testimonios. No se presupondrá el hecho consultado o se inducirá a una respuesta.

3. Las preguntas serán claras y pertinentes.

Los testimonios e informes periciales se aportarán al procedimiento administrativo por escrito mediante declaración jurada agregada a un protocolo público. El contrainterrogatorio deberá registrarse mediante medios tecnológicos adecuados.”

[244] En este sentido, mediante el escrito presentado el 18 de noviembre de 2022, las 10h57, ID. 258348, por el operador económico **UNICON ECUADOR**, solicitó se recepte los siguientes testimonios:

1. EDISON FABRICIO GONZALEZ VALENZUELA, representante legal de GOVA.
2. JULIO CESAR VALENZUELA DÍAZ, representante legal de RC3
3. CARGUA VERA JOSE FRANKLIN, representante legal de HORMIGONERA EQUINOCCIAL OCCIHORMIGON CÍA. LTDA.
4. PALLARES PALACIOS ESTEBAN, representante legal de HORMIPLUS
5. CESAR EDUARDO TOAQUIZA, representante legal de HORMIGONERA ECUAKONCRETO.
6. HOLCIM ECUADOR S.A.



[245] Los testimonios fueron receptados en las siguientes fechas:

El testimonio de RC3, el 20 de diciembre de 2022, las 11h30, signado con número de anexo 483754 del número de trámite interno ID 260886.

El testimonio de OCCIHORMIGON, el 21 de diciembre de 2022, las 10h30, signado con número de anexo 483920 del número de trámite interno ID 260935.

El testimonio de HORMIPLUS, el 21 de diciembre de 2022, las 11h30, signado con número de anexo 483933 del número de trámite interno ID 260942.

El testimonio de GOVA HORMIGONES, el 21 de diciembre de 2022 a las 11h30, signado con número de anexo 483934 del número de trámite interno ID 260943.

[246] Es necesario mencionar que en la reunión anteriormente citada, la INCCE realizó la siguiente pregunta a al representante de GOVA HORMIGONES, respecto a si: “ (...) *tal vez usted ha tenido comunicaciones previas con el Dr. Sperber o con algún representante de la compañía UNICON previo a esta diligencia*”, Siendo la respuesta: “[s]i, el día efectivamente el día lunes tuve una llamada justo de David Sperber (...) [e]l contexto fue sobre las preguntas que me iba a hacer la Superintendencia, pero ahora veo que las mismas preguntas que está haciendo las está presentando el mismo, no sé cuál fue el motivo.” Por lo cual la Intendencia manifestó en la parte pertinente de su informe final que: “Con ello se puede verificar que existió contacto previo entre **UNICON ECUADOR** y GOVA HORMIGONES, lo cual puede ser interpretado como un intento del primero de influir o sesgar las respuestas del operador económico.”

[247] El testimonio de HOLCIM Ecuador S.A. el 29 de diciembre de 2022, a las 11h00, signado con número de anexo 484964 del número de trámite interno ID 261357.

[248] Por otra parte, con respecto al testimonio de Hormigonera Ecuakoncreto (Caiza), el operador económico no asistió a la toma de testimonio dispuesta por la Intendencia, mediante providencia de 22 de diciembre de 2022, a las 11h00, sin embargo, el operador económico **UNICON ECUADOR** manifestó que no es necesario una nueva convocatoria, por lo cual la INCCE no realizó una insistencia.

[249] En relación a la prueba documental contante en varias piezas procesales, las cuales han sido solicitadas se integren como medio probatorio por el operador económico **UNICON ECUADOR**, mediante los escritos de 29 de agosto de 2022, las 16h24, 29 de agosto de 2022, las 16h58, 19 de octubre de 2022, las 16h58, 18 de noviembre de 2022, las 10h56, 26 de enero de 2023, las 13h42, respectivamente han sido por la Intendencia incorporada como pruebas. La prueba documental indicada, es válida.

9. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS

9.1 De los fundamentos de Hecho

[250] El 12 de septiembre de 2019 **UNICON ECUADOR** realizó la notificación para fines informativos; y en consecuencia, la Dirección Nacional de Control de Concentraciones



Económicas elaboró el Informe No. SCPM-INCCE-DNCCE-2022-005, en el cual recomendó a la INCCE que: *“inicie el procedimiento de investigación de operación de concentración económica no notificada, con respecto a la adquisición de la totalidad de los activos de Mezcladora y Distribuidora de Hormigón MEZCLALISTA S.A. por parte de Unión de Concreteras UNICON UCUE CIA. LTDA.”*

- [251] En este sentido, mediante memorando No. SCPM-IGT-INCCE-2022-080, de 26 de abril de 2022, la INCCE solicitó a la Intendencia General Técnica: *“autorice, por medio del Sistema de Gestión Procesal, la apertura de un expediente de investigación de una presunta operación de concentración económica no notificada [...]”*
- [252] La providencia de 15 de julio de 2022, las 16H00, en la cual la INCCE acogió la recomendación constante en el Informe No. SCPM-INCCE-DNCCE-2022-005, y corrió traslado del mismo al operador económico **UNICON ECUADOR**, para que en el término de 30 días justifique la falta de notificación de la operación de concentración económica señalada. Las mismas que fueron presentadas por **UNICON ECUADOR** en el escrito de 26 de agosto de 2022.
- [253] Así, después del análisis de las explicaciones realizadas por el operador económico, mediante providencia de 08 de septiembre de 2022, las 16h50, la INCCE inició la investigación de la presunta operación de concentración referente a la adquisición por parte de **UNICON ECUADOR** de la unidad de negocios de producción y comercialización de hormigón premezclado a MEZCLALISTA, de acuerdo al procedimiento previsto en el artículo 39 del Instructivo de Gestión Procesa Administrativa de la SCPM.
- [254] Por lo que, en virtud de que las explicaciones presentadas por el operador económico **UNICON ECUADOR**, a criterio de la INCCE no fueron suficientes para desvirtuar la existencia de una operación de concentración económica no notificada y por lo tanto dicha dependencia elevó a conocimiento de la CRPI el informe No. SCPM-IGT-INCCE-2023-004, de 08 de marzo de 2023, sobre la presunta operación de concentración económica no notificada del operador económico **UNICON ECUADOR**, dentro del expediente No. SCPM-IGT-INCCE-8-2022.

9.2 De los fundamentos de Derecho

Constitución de la República del Ecuador:

Los artículos 213 y 226 de la Carta Magna determinan las facultades de las Superintendencias como órganos de control y regulación en actividades económicas, y la obligación de los servidores públicos.

“Art. 213.- Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control,



auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley.”

“Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.”

El artículo 304, numeral 6, el cual establece respecto a los objetivos de la política comercial:

*“Art. 304.- La política comercial tendrá los siguientes objetivos:
(...)*

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

Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado:

“Art. 1.- Objeto.- El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.”

“Art. 2.- Ámbito.- Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional (...).”

“Art. 14.- Operaciones de concentración económica.- A los efectos de esta ley se entiende por concentración económica al cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos, a través de la realización de actos tales como:

- a) La fusión entre empresas u operadores económicos.*
- b) La transferencia de la totalidad de los efectos de un comerciante.*



c) La adquisición, directa o indirectamente, de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda que den cualquier tipo de derecho a ser convertidos en acciones o participaciones de capital o a tener cualquier tipo de influencia en las decisiones de la persona que los emita, cuando tal adquisición otorgue al adquirente el control de, o la influencia sustancial sobre la misma.

d) La vinculación mediante administración común.”

e) Cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de un operador económico o le otorgue el control o influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de un operador económico.”

“Art. 15.- Control y regulación de concentración económica.- Las operaciones de concentración económica que estén obligadas a cumplir con el procedimiento de notificación previsto en esta sección serán examinadas, reguladas, controladas y, de ser el caso, intervenidas o sancionadas por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

En caso de que una operación de concentración económica cree, modifique o refuerce el poder de mercado, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá denegar la operación de concentración o determinar medidas o condiciones para que la operación se lleve a cabo. Habiéndose concretado sin previa notificación, o mientras no se haya expedido la correspondiente autorización, la Superintendencia podrá ordenar las medidas de desconcentración, o medidas correctivas o el cese del control por un operador económico sobre otro u otros, cuando el caso lo amerite, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar de conformidad con los artículos 78 y 79 de esta Ley.”

“Art. 16.- Notificación de concentración.- Están obligados a cumplir con el procedimiento de notificación previa establecido en esta Ley, los operadores económicos involucrados en operaciones de concentración, horizontales o verticales, que se realicen en cualquier ámbito de la actividad económica, siempre que se cumpla una de las siguientes condiciones:

a) Que el volumen de negocios total en el Ecuador del conjunto de los partícipes supere, en el ejercicio contable anterior a la operación, el monto que en Remuneraciones Básicas Unificadas vigentes haya establecido la Junta de Regulación.

b) En el caso de concentraciones que involucren operadores económicos que se dediquen a la misma actividad económica, y que como consecuencia de la concentración se adquiriera 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 en relación a terceros una vez cumplidas las previsiones de los artículos 21 o 23 de la presente Ley, según corresponda.”

“Art. 18.- Sanción.- *La falta de notificación y la ejecución no autorizada de las operaciones previstas en el artículo anterior, serán sancionadas de conformidad con los artículos 78 y 79 de esta Ley.”*

Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

“Art. 26.- Procedimiento de investigación de operaciones de concentración económica ejecutadas sin autorización previa.- *Si por cualquier medio llegare a conocimiento de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado la ejecución de una operación de concentración económica que debió ser autorizada previamente, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá efectuar actuaciones previas con el fin de determinar si concurren las circunstancias de notificación establecidas en los artículos 14 y 16 de la Ley Orgánica de Regulación de Control del Poder de Mercado.*

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

Vencido el término para presentar explicaciones, si la Superintendencia de Control del Poder de Mercado considera que no son satisfactorias y de haber



mérito para la prosecución de la investigación, iniciará el procedimiento de investigación que no podrá exceder el término de sesenta (60) días, prorrogables por sesenta (60) días adicionales por una sola vez.

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

“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.”

Instructivo de Gestión Procesal Administrativa

“Art. 39.- Investigación de la concentración económica no notificada.- Para la investigación de la concentración económica no notificada, se tomará en cuenta las siguientes consideraciones:

4.- Fase de Resolución.- De conformidad a lo establecido en el artículo 27 del RLORCPM, la CRPI deberá resolver motivadamente en el término de treinta (30) días, si la operación de concentración económica debió, de ser el caso, cumplir con el procedimiento obligatorio de notificación previa y, si dicha operación crea, modifica o refuerza el poder de mercado de los operadores económicos partícipes y los efectos anticompetitivos que se han producido en el mercado.

De haberse producido efectos económicos, en la misma resolución, la CRPI impondrá las medidas correctivas o medidas de desconcentración

necesarias para revertir los efectos generados, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar de conformidad con los artículos 78 y 79 de la LORCPM.”

9.3 Análisis de la conducta.

- [255] El análisis en la presente sección desarrollará la existencia de la operación de concentración, considerando los actos llevados a cabo por el operador económico investigado y, de configurarse la misma, se avanzará en establecer la obligatoriedad de procedimiento de notificación previa ante la SCPM de dicha concentración. Con este fin se partirá de la descripción de la presunta operación de concentración económica.

9.3.1 Descripción de los operadores económicos involucrados

Operadores económicos vendedores

Mezcladora y Distribuidora de Hormigón MEZCLALISTA S.A.

- [256] El operador económico **MEZCLALISTA** es una compañía constituida en Ecuador en marzo de 1983²⁴, su línea de negocio se enfocaba en la producción y comercialización de hormigón premezclado. Su estructura accionarial al 2019 estaba integrada de la siguiente forma:

Accionistas MEZCLALISTA 2019

ACCIONISTA	NACIONALIDAD	CAPITAL (USD)	%
Andrade Ochoa Cesar Guillermo	Ecuador	2.000	20%
Andrade Torres Mercedes Yolanda	Ecuador	2.000	20%
Andrade Torres Miguel Guillermo	Ecuador	3.000	30%
Andrade Torres Pablo José	Ecuador	3.000	30%
TOTAL CAPITAL SUSCRITO	10.000		100%

Fuente: Portal de información societaria de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

Materiales de Construcción Quito S.A. (CYMCA)

- [257] El operador económico **CYMCA** es una compañía constituida al amparo de la legislación ecuatoriana, el 19 de febrero de 1969, cuyo objeto social es la explotación de minas y canteras, así como la extracción de otros minerales²⁵. Su capital social se conformaba en 2019 de acuerdo a lo siguiente:

Accionistas CYMCA 2019

ACCIONISTA	NACIONALIDAD	CAPITAL (USD)	%
Andrade Ochoa Cesar Guillermo	Ecuador	7.592	75,92%
Andrade Torres Lina Rosa	Ecuador	16	0,16%
Andrade Torres Mercedes Yolanda	Ecuador	160	1,60%

²⁴ Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. Escritura de Constitución Mezcladora y Distribuidora de Hormigón MEZCLALISTA S.A. Consultado desde: www.supercias.gob.ec

²⁵ Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. Información General Materiales de Construcción Quito S.A. CYMCA. Consultado desde: www.supercias.gob.ec



ACCIONISTA	NACIONALIDAD	CAPITAL (USD)	%
Andrade Torres Miguel Guillermo	Ecuador	16	0,16%
Andrade Torres Pablo José	Ecuador	16	0,16%
Andrade Torres Sylvia Catalina	Ecuador	16	0,16%
Bermeo Rosales Rodrigo Alejandro	Ecuador	160	1,60%
Torres Ochoa Mercedes Yolanda	Ecuador	2.024	20,24
TOTAL CAPITAL SUSCRITO	10.000		100%

Fuente: Portal de información societaria de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

- [258] La INCCE informa que existen accionistas en común entre MEZCLALISTA y CYMCA y los operadores económicos PRODUCTORA DE MEZCLADOS DE HORMIGON PREMEZCLA S.A. y PROCESADORA INDUSTRIAL DE MEZCLAS Y AGREGADOS SA PRIMA., sin embargo, considerando que la operación de concentración consiste en la adquisición de una unidad de negocios, no será necesario detallar una descripción.
- [259] De acuerdo a lo expuesto, los operadores económicos MEZCLALISTA y CYMCA formarían parte de un mismo grupo económico, conforme lo establecido en el artículo 17 de la LORCPM, Este hecho ha sido incluso reconocido por los propios operadores económicos²⁶.

Operador económico adquirente y relacionados

Unión de Concreteras UNICON UCUE Cía. Ltda.

- [260] El operador económico **UNICON ECUADOR** es una compañía ecuatoriana constituida el 3 de diciembre de 1987²⁷, que se dedica a la producción y comercialización de hormigón premezclado en Quito y sus alrededores, contando actualmente con 3 plantas de hormigón²⁸. En 2019, los accionistas de **UNICON ECUADOR** fueron los siguientes:

Socios UNICON ECUADOR 2019

ACCIONISTA	NACIONALIDAD	%
UNIÓN DE CONCRETERAS S.A.	Perú	99,996%
Rizo Patrón de la Piedra Marcelo	Perú	0,004%
	TOTAL	100%

Fuente: Portal de información societaria de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros

- [261] Respecto a la conformación de este operador económico y sus empresas vinculadas la INCCE informó en base a información de la Superintendencia de Mercado de Valores de Perú²⁹ lo siguiente:

²⁶ A) Anexo ID. 460402 del escrito presentado el 29 de agosto de 2022, signado con ID 248705; y B) Reunión de trabajo mantenida entre CYMCA y la INCCE el 20 de enero de 2023, con número ID 263385

²⁷ Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. Escritura de Constitución Unión de Concreteras UNICON UCUE Cía. Ltda. Consultado desde: www.supercias.gob.ec

²⁸ **UNICON ECUADOR** (2022). Anexo al escrito presentado el 09 de junio de 2022 a las 14h29, signado con número de anexo 442854 del número de trámite interno ID 239494.

²⁹ Superintendencia de Mercado de Valores de Perú. Unión Andina de Cementos S.A.A y Subsidiarias. Estados Financieros consolidados al 31 de diciembre de 2018 y 2017. Copia apostillada de fecha 4 de noviembre de 2022 según sumilla, signado con número de anexo 480080 del trámite con ID. 259289.



*“Con base en información de la Superintendencia de Mercado de Valores de Perú al 31 de diciembre de 2019 y de 2018, se constata que el principal accionista de **UNICON ECUADOR** –Unión de Concreteras S.A. (en adelante UNICON Perú)– es una empresa subsidiaria de Inversiones en Concreto y Afines S.A. (en adelante INVECO), esta última empresa, es a su vez subsidiaria de Unión Andina de Cementos S.A.A. (en adelante UNACEM S.A.A.).*

***UNICON ECUADOR** registra como empresas vinculadas en Ecuador del mismo grupo económico a: UNACEM ECUADOR S.A. (en adelante UNACEM Ecuador) y a CANTERAS Y VOLADURAS S.A (CANTYVOL).*

Operadores económicos vinculados al adquirente en Perú

Unión de Concreteras S.A. (UNICON Perú)

En 2019, UNICON Perú era el principal accionista de UNICON ECUADOR; esta empresa de nacionalidad peruana fue creada en 1996 (...)

Según información que reposa en los archivos de la Superintendencia de Mercado de Valores de Perú, esta empresa en 2019 estaba controlada por INVECO, estructura de control se mantuvo igual hasta el 31 de diciembre de 2020 y de 2019.

Inversiones en Concreto y Afines S.A. (INVECO)

INVECO “[...] [e]s una empresa constituida en abril de 1996, subsidiaria directa de la Compañía quien posee el 93.38 por ciento de participación de las acciones de capital. Se dedica a invertir en empresas dedicadas principalmente al suministro de concreto, pre-mezclado, materiales de construcción y actividades afines, a través de su subsidiaria UNICON Perú, en la cual posee el 99.99 por ciento de participación, que a su vez es dueña de un 99.99 por ciento de CONCREMAX y el 100 por ciento de UNICON ECUADOR y UNICON Chile, todas ellas dedicadas a la misma actividad.”.

Unión Andina de Cementos S.A.A. (UNACEM S.A.A.)

UNACEM S.A.A. es una sociedad constituida en diciembre de 1967 y domiciliada en Perú, con más de 60 años de experiencia. Es una de las principales empresas en el sector cementero peruano, con presencia en cuatro países: i) Ecuador, ii) Chile, iii) Estados Unidos de América y iv) Colombia.

(...)

UNACEM S.A.A. al momento de la operación de concentración era propietaria del 93,38% del capital social de la empresa INVECO que controla a UNICON ECUADOR y del 100% del capital social de Inversiones Imbabura S.A. y no



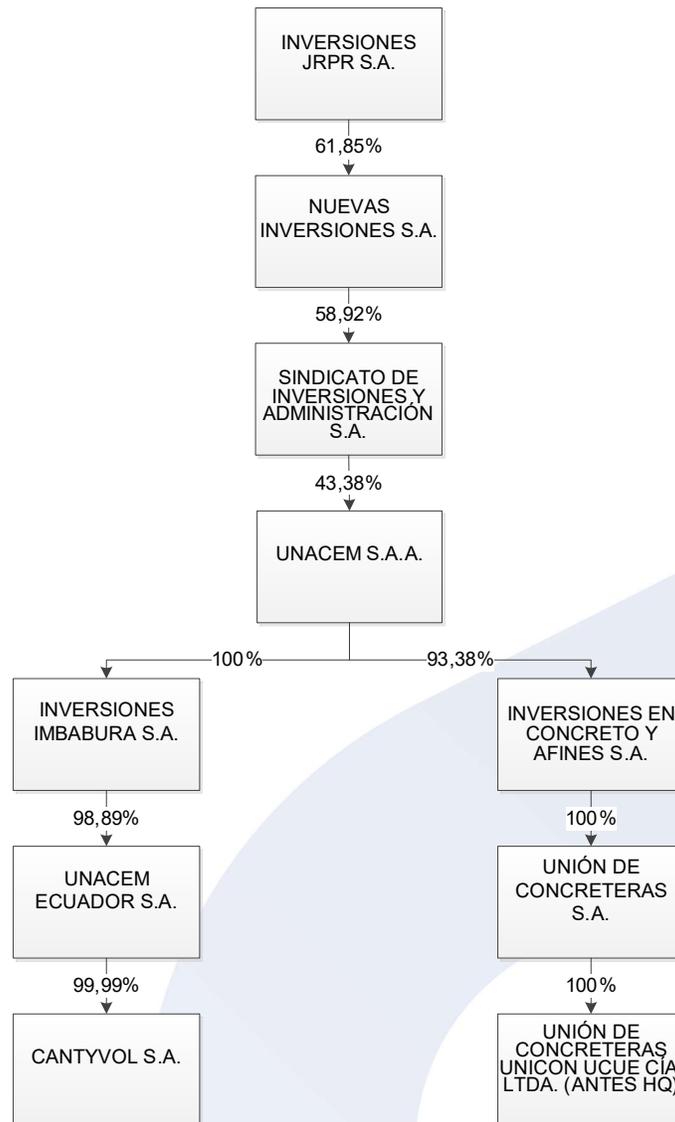
genera actividades económicas de manera directa en Ecuador, lo hace a través de UNACEM Ecuador.

Inversiones Imbabura S.A

Es una sociedad anónima constituida al amparo del ordenamiento jurídico peruano mediante escritura de 16 de julio de 2014, cuyo capital social es 100% de propiedad de UNACEM S.A.A. Su actividad principal es la inversión en valores en empresas domiciliadas en Ecuador. Sus subsidiarias son UNACEM Ecuador y CANTYVOL.

[262] Con base en la información presentada, la INCCE determinó que la estructura de control en 2019 del grupo económico de **UNICON ECUADOR**, respecto a las empresas del grupo que tienen actividad económica en Ecuador y las compañías que las controlan es el siguiente:

Estructura Grupo Económico UNACEM SAA 2019



[263] Conforme a lo presentado, se comprueba que **UNICON ECUADOR**, pertenece al grupo económico de UNACEM S.A.A.³⁰; en este sentido, guarda la misma relación con el resto de empresas de dicho grupo económico que tienen actividades en el país, las mismas que se individualizan a continuación:

UNACEM ECUADOR S.A.

[264] El operador económico UNACEM S.A.A ingresó al mercado ecuatoriano en 2014, con la adquisición indirecta de Lafarge Cementos S.A.³¹, empresa que posteriormente

³⁰ La INCCE señala que en el 2021 UNICON Perú transfirió la totalidad de acciones de **UNICON ECUADOR** a Inversiones Imbabura S.A., principal accionista de CANTYVOL y UNACEM Ecuador S.A., sin que esto haya implicado un cambio o toma de control en el grupo económico.

³¹ SCPM (2014). Expediente No. SCPM-ICC-EXP-2014-006.

cambiaría su razón social por UNACEM Ecuador. Esta empresa produce y comercializa marcas de cemento como: “Selvalegre”, “Campeón”, “Armaduro”, “Gladiador”, “Techcem”, “Magno HE” y Cemento HS”. Su planta central de producción se encuentra localizada en Otavalo, provincia de Imbabura. Los principales accionistas en 2019 de UNACEM Ecuador fueron:

Estructura Accionarial UNACEM Ecuador 2019

Razón Social	Nacionalidad	%
Inversiones Imbabura S.A.	Perú	98,89%
Congregación Educacional Del Verbo Divino En El Ecuador	Ecuador	0,21%
Consejo Gubernativo de los Establecimientos de Educación y de Enseñanza Hermanos Cristianos Ecuador	Ecuador	0,09%
Empronorte Overseas Inc. Ltd.	Inglaterra	0,03%
Otros Accionistas (627)	Varios	0,77%
Total		100%

Fuente: Portal de información societaria de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros

Canteras y Voladuras S.A. (CANTYVOL)

- [265] El operador económico UNACEM Ecuador S.A. posee el 99,99% del capital social emitido por la empresa ecuatoriana CANTYVOL. Esta fue constituida en Guayaquil, el 23 de diciembre de 1996³². Se dedica a la extracción de materias primas para la producción de cemento a nivel nacional. La estructura accionarial de CANTYVOL para el 2019, consta integrada de la siguiente manera:

Estructura Accionarial de CANTYVOL 2019

Nombre	Nacionalidad	Tipo Inversión	Capital	%
Inversiones Imbabura S.A.	Perú	Ext. Directa	100.00	0.005%
Unacem Ecuador S.A.	Ecuador	Nacional	2.139,800.00	99.995%
Total			2.139.900,00	100%

Fuente: Portal de información societaria de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros

- [266] De conformidad con lo expuesto, en Ecuador, **UNICON ECUADOR**, operador económico que actúa como comprador y por tanto es responsable de realizar la notificación de la operación económica, y las empresas UNACEM Ecuador y CANTYVOL forman parte de un mismo grupo económico.

9.3.2 Descripción de la presunta operación de concentración económica

- [267] De acuerdo con la información que constante en el expediente No. SCPM-IGT-INCCE-8-2022, la operación de concentración económica consiste en la adquisición por parte del operador económico **UNICON ECUADOR** de varios de los activos que conformaban la planta de producción y comercialización de hormigón, en la provincia del Pichincha, de

³² Escritura de constitución, Superintendencia de compañías, Valores y Seguros del Ecuador, 2019.



los operadores económicos **MEZCLALISTA** y **CYMCA**. Así como la cesión de contratos de provisión de dicho bien.

[268] El operador económico **UNICON ECUADOR** pretendió obtener a través de la transacción, la parte de los activos que eran utilizados por el operador económico **MEZCLALISTA** en sus actividades de fabricación y comercialización de hormigón, para a su vez repotenciar sus actividades en el mismo segmento.

[269] Los activos adquiridos por el operador **UNICON** se encuentran ubicados en la provincia de Pichincha y se tratarían de los siguientes 37 bienes:

Activos que fueron transferidos a UNICON ECUADOR

Propiedad	Activo	Detalle	Serie
MEZCLALISTA	Vehículo pesado	[REDACTED]	[REDACTED]
MEZCLALISTA	Vehículo pesado	[REDACTED]	[REDACTED]
MEZCLALISTA	Vehículo pesado	[REDACTED]	[REDACTED]
MEZCLALISTA	Vehículo pesado	[REDACTED]	[REDACTED]
MEZCLALISTA	Vehículo pesado	[REDACTED]	[REDACTED]
MEZCLALISTA	Vehículo pesado	[REDACTED]	[REDACTED]
MEZCLALISTA	Vehículo pesado	[REDACTED]	[REDACTED]
MEZCLALISTA	Vehículo pesado	[REDACTED]	[REDACTED]
MEZCLALISTA	Vehículo pesado	[REDACTED]	[REDACTED]
MEZCLALISTA	Maquinaria pesada	[REDACTED]	[REDACTED]
MEZCLALISTA	Equipo pesado	[REDACTED]	[REDACTED]
MEZCLALISTA	Equipo pesado	[REDACTED]	[REDACTED]
MEZCLALISTA	Equipo pesado	[REDACTED]	[REDACTED]
MEZCLALISTA	Equipo pesado	[REDACTED]	[REDACTED]
MEZCLALISTA	Equipo	[REDACTED]	[REDACTED]
MEZCLALISTA	Transformador	[REDACTED]	[REDACTED]
MEZCLALISTA	Equipo	[REDACTED]	[REDACTED]
MEZCLALISTA	Equipo	[REDACTED]	[REDACTED]
MEZCLALISTA	Silo	[REDACTED]	[REDACTED]
MEZCLALISTA	Silo	[REDACTED]	[REDACTED]
MEZCLALISTA	Equipo	[REDACTED]	[REDACTED]
MEZCLALISTA	Equipo	[REDACTED]	[REDACTED]
MEZCLALISTA	Equipo	[REDACTED]	[REDACTED]



MEZCLALISTA	Equipo	[REDACTED]	[REDACTED]
MEZCLALISTA	Equipo	[REDACTED]	[REDACTED]
MEZCLALISTA	Equipo	[REDACTED]	[REDACTED]
MEZCLALISTA	Equipo	[REDACTED]	[REDACTED]
MEZCLALISTA	Equipo pesado	[REDACTED]	[REDACTED]
MEZCLALISTA	Equipo pesado	[REDACTED]	[REDACTED]
MEZCLALISTA	Equipo pesado	[REDACTED]	[REDACTED]
MEZCLALISTA	Equipo pesado	[REDACTED]	[REDACTED]
CYMCA	Vehículo pesado	[REDACTED]	[REDACTED]
CYMCA	Vehículo pesado	[REDACTED]	[REDACTED]
CYMCA	Vehículo pesado	[REDACTED]	[REDACTED]
CYMCA	Vehículo pesado	[REDACTED]	[REDACTED]
CYMCA	Vehículo pesado	[REDACTED]	[REDACTED]
CYMCA	Vehículo pesado	[REDACTED]	[REDACTED]

Fuente: Informe No. SCPM-IGT-INCCE-2024-004 de 8 de marzo de 2023. A) Anexo con ID. 441985 del escrito presentado por MEZCLALISTA el 6 de junio de 2022, en trámite con ID. 239037; y, B) Anexo con ID. 483343 del escrito de CYMCA de 19 de diciembre de 2022, trámite con ID. 260706.

[270] La transferencia de estos activos presuntamente se habría acordado verbalmente entre las partes, el 29 de mayo de 2019³³. Asimismo, se ha señalado por parte de los vendedores³⁴ que los términos de la negociación de la compraventa de los activos también fueron verbales. Sin embargo, la INCCE ha identificado elementos que contradicen dicha circunstancia, al respecto en su informe señala:

“[162] Conforme han señalado los tres involucrados en la transacción, para la ejecución de la operación de concentración económica no se firmó ningún contrato, sino que se llevó a cabo mediante un acuerdo verbal entre las partes. UNICON ECUADOR indicó que el señalado acuerdo entre comprador y vendedores se dio el 29 de mayo de 2019, no obstante la evidencia a la cual ha tenido acceso esta Intendencia desmiente dicha afirmación, ya que la transferencia de los activos, la cesión de obligaciones contractuales y la desaparición del mercado de MEZCLALISTA, como un como un competidor

³³ De acuerdo a lo señalado en el formulario de notificación para fines informativos presentado por UNICON ECUADOR el 12 de septiembre de 2019.

³⁴ A) Anexo ID. 483346 del trámite presentado por MEZCLALISTA el 19 de diciembre de 2022, con ID. 260707; y, B) Anexo ID. 4883341 del escrito de CYMCA de 19 de diciembre de 2022, con ID. 260706.



activo, se empezó a llevar a cabo varios meses atrás. A fin de tener claridad de lo señalado, se constata a continuación las fechas de varios hitos relevantes:

i. El 25 de enero de 2019, se lleva a cabo la Junta General de Accionistas de MEZCLALISTA, mediante la cual se autorizó la venta de los activos de su propiedad.

Tal como informó MEZCLALISTA en escrito de 19 de diciembre de 2022, la autorización para la venta de los activos fue tramitada en Junta General de Accionistas “[...] [c]omo consecuencia del interés real de adquirir los activos demostrado por parte del operador económico Unión de Concretas UNICÓN UCUE Cía. Ltda [...]”.

ii. El mismo día que MEZCLALISTA, el 25 de enero de 2019, se llevaron a cabo tres (3) Juntas Generales Universales de Accionistas de CYMCA, en las cuales se autoriza la venta de seis activos, que posteriormente fueron transferidos a UNICON ECUADOR.

iii. El 31 de enero de 2019, Miracielo S.A., Fideicomiso “Shyris 18”, MEZCLALISTA y UNICON ECUADOR, suscriben un convenio de “Cesión de derechos y obligaciones de Contrato de Prestación de Servicios”, en la cual acuerdan que:

[...] (e)n forma libre y voluntaria, la compañía MEZCLADORA Y DISTRIBUIDORA MEZCLALISTA S.A., cede sus derechos y obligaciones que mantiene en el contrato de suministro y transporte de hormigón señalado en el literal a) de la cláusula precedente a favor de la compañía UNIÓN DE CONCRETERAS UNICON UCUE CÍA. LTDA. En tal virtud, la compañía MEZCLADORA Y DISTRIBUIDORA DE HORMIGÓN MEZCLALISTA S.A., es sustituida como CONTRATISTA, en el contrato de suministro y transporte de hormigón señalado, por la compañía UNIÓN DE CONCRETERAS UNICON UCUE CÍA. LTDA.

[...]

En consecuencia, la compañía MEZCLADORA Y DISTRIBUIDORA DE HORMIGÓN MEZCLALISTA S.A., no ostentará derechos y obligaciones respecto del contrato de suministro y transporte de hormigón suscrito el 18 de mayo de 2018, por cuanto éstos son cedidos, a partir de la fecha de suscripción de este documento, a favor de la compañía UNIÓN DE CONCRETERAS UNICON UCUE CÍA. LTDA.

iv. En la misma fecha –31 de enero de 2019–, se firma otro convenio de “Cesión de derechos y obligaciones de Contrato de Prestación de Servicios”, entre Miracielo S.A., Fideicomiso Aqua, MEZCLALISTA y UNICON ECUADOR, por medio de cual acuerdan:



[...] (e)n forma libre y voluntaria, la compañía MEZCLADORA Y DISTRIBUIDORA MEZCLALISTA S.A., cede sus derechos y obligaciones que mantiene en el contrato de suministro y transporte de hormigón señalado en el literal a) de la cláusula precedente a favor de la compañía UNIÓN DE CONCRETERAS UNICON UCUE CÍA. LTDA. En tal virtud, la compañía MEZCLADORA Y DISTRIBUIDORA DE HORMIGÓN MEZCLALISTA S.A., es sustituida como CONTRATISTA, en el contrato de suministro y transporte de hormigón señalado, por la compañía UNIÓN DE CONCRETERAS UNICON UCUE CÍA. LTDA.

[...]

En consecuencia, la compañía MEZCLADORA Y DISTRIBUIDORA DE HORMIGÓN MEZCLALISTA S.A., no ostentará derechos y obligaciones respecto del contrato de suministro y transporte de hormigón suscrito el 18 de mayo de 2018, por cuanto éstos son cedidos, a partir de la fecha de suscripción de este documento, a favor de la compañía UNIÓN DE CONCRETERAS UNICON UCUE CÍA. LTDA.

v. *Se identificó que los activos de MEZCLALISTA transferidos a UNICON ECUADOR fueron facturados en diferentes documentos tributarios, entre el 01 de marzo hasta el 31 de mayo de 2019. En ANEXO 2 se presenta el detalle de la totalidad de facturas de MEZCLALISTA.*

(...)

vi. *La última factura por concepto de venta de hormigón que registró MEZCLALISTA, conforme la información remitida por el mismo operador económico, fue de 11 de febrero de 2019.*

(...)

vii. *Mediante escrito, MEZCLALISTA indicó que: “tuvo actividad económica operacional solo hasta el mes de marzo del año 2019. A partir de esta fecha hasta la presente, la empresa está inactiva, por lo tanto, no ha tenido ninguna actividad económica operacional que pueda informar por estos años”.*

viii. *Se identificó que los activos de CYMCA transferidos a UNICON ECUADOR, fueron facturados individualmente, entre el 01 de febrero hasta 01 de noviembre de 2019.*

(...)

ix. *UNICON ECUADOR, registró en el Servicio de Rentas Internas, un tercer establecimiento comercial, que inició sus actividades el 27 de marzo de 2019, la dirección de dicho establecimiento está ubicada en la calle Bartolomé Sánchez N71-116 y José Enrique Guerrero, parroquia Carcelén, Quito, Pichincha, es decir, la misma dirección en donde operaba MEZCLALISTA, la*



cual fue verificada a través de las actas de Junta de Accionistas de la compañía en cuestión.

x. De acuerdo al informe de los auditores independientes de UNICON ECUADOR para el 2019:

Gráfico No. 4: Informe de Auditoría 2019 MEZCLALISTA

<p>26. ACUERDOS</p> <p><u>Condiciones particulares venta de activos</u></p> <p>Con fecha 29 de mayo de 2019, la Compañía firma un acuerdo; con el fin de adquirir maquinaria y vehículos de carga pesada para establecer un nuevo punto estratégico de producción (Carcelén, ubicado en el norte de la provincia de Pichincha).</p> <p>A través de este acuerdo la Compañía se sustituyó en la obligación de la provisión de hormigón en los siguientes contratos:</p> <ul style="list-style-type: none">• Fideicomisos Aqua y• Fideicomiso Shyris 18 (IQON)
--

Fuente: Expediente SCPM-IGT-INCCE-8-2022

Es preciso mencionar nuevamente que, en respuesta a sendos requerimientos de información, UNICON ECUADOR, MEZCLALISTA y CYMCA negaron la existencia de un acuerdo, a pesar de lo anotado por los auditores independientes.”

[271] Conforme lo indicado, queda establecido que, al menos cuatro meses antes al 29 de mayo de 2019, fecha en la que supuestamente habría ocurrido el acuerdo verbal, ya se había decidido la compraventa, y al menos dos meses antes, ya inició la transferencia de los activos, conforme la facturación de los operadores económicos. Finalmente, cabe resaltar que, el informe de auditoría del operador económico MEZCLALISTA señala la firma de un acuerdo con fecha 29 de mayo de 2019, con la consecuente cesión de contratos de provisión; sin embargo, existe evidencia que dicha cesión ocurrió en enero del mismo año.

[272] Esta situación resulta especialmente relevante dado que, de considerarse dicha transferencia de activos como una concentración económica de notificación obligatoria, constituiría una potencial infracción a la Ley.

9.3.2 Existencia de una operación de concentración económica

[273] La transacción de compraventa de activos productivos descrita entre UNICON ECUADOR, como compradora y MEZCLALISTA y CYMCA como vendedoras, se ajustaría, por sus características, al supuesto contenido en el artículo 14, letra e) de la LORCPM, esto es:

“Art. 14.- Operaciones de concentración económica.- A los efectos de esta ley se entiende por concentración económica al cambio o toma de control de una o



varias empresas u operadores económicos, a través de la realización de actos tales como:

(...)

e) Cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de un operador económico o le otorgue el control o influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de un operador económico.”

[274] Respecto del concepto de control, el artículo 12 del Reglamento a la LORCPM establece lo siguiente:

“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.”

[275] En este sentido, el artículo 14 de la LORCPM define a las operaciones de concentración económica como el cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos mediante cualquier acto que transfiera sus activos u otorgue influencia determinante sobre estos. Por tanto, para que se configure una operación de concentración económica necesariamente debe existir un cambio o toma de control.

[276] En este sentido, en el presente caso, se debe establecer si la transferencia de activos generó la existencia de dicho cambio o toma de control, para posteriormente analizar si se configura la obligación de notificar a la autoridad la operación realizada.

[277] En el caso particular de que el cambio o toma control devenga de la adquisición de bienes productivos de un competidor, es relevante determinar que dichos bienes sean relevantes y sustanciales, de forma que sean suficientes para producir una alteración en el mercado y en la estructura competitiva³⁵. Por su parte, la agencia de competencia japonesa presenta³⁶ una posición más restrictiva respecto a la compra de activos, estableciendo que esta debe constituir una parte sustancial del negocio, que podría funcionar como una unidad de negocio propia.

[278] En este sentido, la adquisición por parte de **UNICON ECUADOR** deberá evaluarse como una operación de concentración en tanto los activos conformen una unidad de negocio de producción y comercialización de hormigón, cuyo traslado a un operador competidor haya generado una variación del mercado.

³⁵ Fiscalía Nacional Económica. Guía de Competencia. Santiago. 2017, p. 26-27.

³⁶ Japan Fair Trade Commission (2019). *Guidelines To Application Of The Antimonopoly Act Concerning Review Of Business Combination*. Disponible en: <https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2019/October/191004gl.pdf>



Unidad de negocio de producción de hormigón propiedad de los vendedores

- [279] Conforme se individualizó en la subsección previa, los bienes transferidos a **UNICON ECUADOR** corresponden a activos productivos relacionados con la producción de hormigón, de los cuales una parte pertenecen a **CYMCA** y otros a **MEZCLALISTA**. En este marco es relevante analizar la configuración de una única unidad de negocio, la que será objeto de cambio de análisis, para caracterizar la transacción.
- [280] En primer lugar, conviene establecer el grupo económico que conforman los vendedores, **CYMCA** y **MEZCLALISTA**, para determinar que los bienes de estas empresas se destinaban a una misma actividad económica.
- [281] En complemento con la descripción de los operadores económicos realizada previamente (sección 9.3.1 de la presente resolución), con la finalidad de determinar la vinculación entre estas empresas, la INCCE realizó un análisis sobre los estatutos de las compañías, vigentes al momento de la transacción, y respecto el comportamiento de las mismas. Los principales resultados de la Intendencia son los siguientes:

“(...) se constató que las decisiones de las compañías eran tomadas en el caso de MEZCLALISTA, de acuerdo con el artículo décimo primero de su estatuto, con una mayoría de votos que represente, por lo menos el setenta por ciento (70%) del capital pagado, salvo en caso de aumento y disminución del capital social, en el cual sería por unanimidad; y, en el caso de CYMCA, de conformidad con el artículo vigésimo tercero de su Estatuto en las que eran tomadas por mayoría simple, es decir el cincuenta por ciento (50%) más uno (1).

(...)

[141] Del cuadro de accionistas precedente se desprende que en el caso de MEZCLALISTA, ningún accionista tiene por sí solo la capacidad de decidir respecto a las decisiones de la compañía, sino que al ser cuatro (4) accionistas minoritarios, se requiere al menos la voluntad de tres (3) de estos para tomar decisiones; por lo tanto, no se podría decir, que un solo accionista tiene la capacidad de tomar las decisiones de la compañía, creando así un “control” entre los tres (3) accionistas que se unan para tomar una decisión; por otro lado en el caso de CYMCA se colige que el señor Andrade Ochoa Cesar Guillermo, al ser accionista mayoritario con los votos necesarios para tomar decisiones de la compañía por sí solo, cuenta con el control exclusivo de la misma.”

- [282] Conforme lo expuesto, no se establecería una vinculación de control accionarial directa. Sin embargo, es evidente la influencia del accionista César Guillermo Andrade Ochoa, socio mayoritario de **CYMCA**, sobre el operador económico **MEZCLALISTA**, como uno de sus cuatro accionistas minoritarios. En adición, la INCCE resalta la probable vinculación familiar de los socios accionistas de **MEZCLALISTA**, mismos apellidos, para sugerir la inverosimilitud de diferencias entre los intereses entre los socios y por



tanto, respecto de los operadores económicos. En este sentido es probable la vinculación por propiedad³⁷.

[283] En complemento, la INCCE señaló lo siguiente:

“(...) el señor Pablo José Andrade Torres al momento de ejecución de las ventas de activos -de ambas compañías- ejercía el cargo de Gerente General de MEZCLALISTA y CYMCA, lo cual ejemplifica cómo se creó una posición de control sobre estas compañías.

Dicha suposición, fue confirmada por MEZCLALISTA, mediante declaración juramentada de 29 de agosto de 2022, en la cual voluntariamente declaró:

[...] MATERIALES DE CONSTRUCCIÓN QUITO S.A., CON RUC: 1791421361001, TIENE POR NOMBRE COMERCIAL CYMCA O CYMCA S.A. DOS. MEZCLADORA Y DISTRIBUIDORA DE HORMIGÓN MEZCLALISTA S.A., TIENE POR NOMBRE COMERCIAL MEZCLALISTA TRES. MEZCLALISTA Y CYMCA SON EMPRESAS VINCULADAS, POR CAPITAL ACCIONARIO, PARTE DEL MISMO GRUPO, CON LOS MISMOS ADMINISTRADORES, ACCIONISTAS Y DOMICILIO TRIBUTARIO. [...]

[...] MEZCLALISTA Y CYMCA SON ADMINISTRADAS Y CONTROLADAS POR LA FAMILIA ANDRADE TORRES [...]

Como se aprecia, según el propio operador económico -acorde a su realidad económica- reconoció expresamente que CYMCA y MEZCLALISTA poseen los mismos accionistas, domicilio y administradores, por cuanto pertenecen al mismo grupo económico y actúan como una unidad económica de decisión al ser controlados por la familia Andrade Torres.”

[284] Es evidente entonces que los operadores económicos forman parte de un mismo grupo económico³⁸, tal como el propio operador económico ha reconocido en su declaración

³⁷ CODIFICACIÓN DE RESOLUCIONES MONETARIAS, FINANCIERAS, DE VALORES Y SEGUROS. TITULO XVIII: EMPRESAS VINCULADAS. CAPITULO I: GRUPO ECONÓMICO Y EMPRESAS VINCULADAS, establece en el artículo 3:

“Art. 3.- Vinculación por propiedad: Se entenderá que existe vinculación por propiedad entre personas, cuando: 1. Una persona natural o jurídica tiene, directa o indirectamente, una participación representativa en el capital social o en el patrimonio de otra persona jurídica. 2. El pariente de uno de los accionistas o socios de una de las personas jurídicas tiene participación representativa, directa o indirecta, en el capital social de otra persona jurídica.”

³⁸ Confirmado también por el operador económico CYMCA en reunión de trabajo mantenida con la INCCE el 20 de enero de 2023, con número ID 263385.



juramentada, y como se destaca de la vinculación por gestión³⁹ por mantener administradores comunes.

[285] Una vez establecido el grupo económico vendedor **CYMCA-MEZCLALISTA** conviene avanzar en la determinación de la unidad de negocio que fue trasferida a **UNICON ECUADOR**. A estos fines conviene considerar como se manejaba el negocio de los vendedores. De acuerdo al informe de la INCCE se establecen las siguientes características:

“(...) el operador económico CYMCA en reunión de trabajo mantenida con la INCCE, el 20 de enero de 2023, respecto a preguntas realizadas por la Intendencia, señaló:

Pregunta: [...] ¿para qué utilizaban justamente estos 5 mixers y este camión furgón y si con estos activos generaban algún tipo de ingresos? tal vez si nos puede dar un poco el contexto de ¿cómo ocupaban esta maquinaria?.

CYMCA: Si, para mí es simple explicarles, CYMCA MEZCLALISTA anterior a (audio inentendible)... son empresas de un mismo grupo, un mismo grupo familiar, que realmente era muy a discreción del dueño de la empresa o de los dueños el decir: ¿saben qué? compremos los equipos pero compremos a nombre de CYMCA o compremos a nombre de MEZCLALISTA o a nombre de alguna otra de las otras empresas. Las utilizaba la que ese momento hacía de hormigonera, en ese caso era MEZCLALISTA.

Un poco me puedo ir a la historia de esto, estos equipos se compró cuando MEZCLALISTA se fue a trabajar en el canal de riego de Tabacundo, en el año 98, 99, con los equipos viejos que teníamos, hubo la posibilidad de comprar estos nuevos camiones y realmente se los puso a nombre de CYMCA porque alguna vez se pensó que CYMCA iba a continuar con hormigón, pero a la final no incursiono en el hormigón CYMCA, se dedicó a lo suyo de los materiales pero los utilizaba MEZCLALISTA, como propios digamos.

³⁹ CODIFICACIÓN DE RESOLUCIONES MONETARIAS, FINANCIERAS, DE VALORES Y SEGUROS. TITULO XVIII: EMPRESAS VINCULADAS. CAPITULO I: GRUPO ECONÓMICO Y EMPRESAS VINCULADAS, establece en el artículo 4:

“Art. 4.- Vinculación por gestión: Se entenderá que existe vinculación por gestión entre personas jurídicas cuando: 1. Uno o más de los miembros de su directorio o de sus organismos administrativos, ejerzan funciones en ambas. 2. Una persona natural, miembro del directorio o de los organismos administrativos de una de las personas jurídicas, haya ejercido alguno de tales cargos en alguna oportunidad, durante el último año o tiene, directa o indirectamente, una participación representativa en el capital social de la otra persona jurídica. 3. El pariente de uno de los miembros del directorio o de uno de los miembros de los organismos administrativos es miembro del directorio o de los organismos administrativos de la otra.”



INCCE: En este caso, solo para aclarar, estos 5 mixers los utilizaba MEZCLALISTA y los ingresos netamente no son para CYMCA, del tema de hormigón, sino estarían asociados al giro de negocio de MEZCLALISTA ¿Sería algo así verdad?

CYMCA: Los ingresos por venta de hormigón sí, porque CYMCA sus ingresos eran la venta de los materiales a MEZCLALISTA, entonces ahí era donde se compensaban, si quiere decirlo así, pero básicamente así es, es del mismo dueño.

INCCE: Y en este caso contablemente, nunca tuvieron un ingreso por la utilización de estos 5 mixers y camión furgón sino estos únicamente los utilizaba MEZCLALISTA como parte del grupo económico CYMCA-MEZCLALISTA.

CYMCA: Contablemente un ingreso, digamos un alquiler contable, una factura por eso, no, pero implícitamente en la venta de material pasaba para allá.

[148] De este extracto de la reunión, queda claro cómo se manejaba -al año en el que ocurrieron las transacciones- este negocio familiar, en el que sus socios (con vinculación familiar) tomaban decisiones, y utilizaban indistintamente a cualquiera de las dos empresas para las negociaciones o registro de activos, así, como también que, cada una mantenía una especialización en su actividad económica, siendo CYMCA la empresa que expendía la materia prima (material de canteras) y MEZCLALISTA la unidad de negocio que comercializaba el hormigón premezclado.”

[286] Conforme lo explicado por el operador económico **CYMCA**, dentro del grupo económico existía una organización de actividades productivas, entre las que se destaca la unidad de negocio de hormigón premezclado, que desarrollaba **MEZCLALISTA** usando indistintamente los activos de las empresas del grupo, por ejemplo los camiones de **CYMCA**. Al respecto la INCCE señala que en 2018 **MEZCLALISTA** realizó un avalúo de sus activos productivos relativos a la producción y comercialización de hormigón, en los cuales se incluyen bienes de **CYMCA**. Los activos transferidos a **UNICON ECUADOR** fueron evaluados en dicha tasación, lo cual indicarían que estos, de forma íntegra, conformaban la unidad de negocio de hormigón del grupo económico.

[287] La unidad de negocio de hormigón de los vendedores incluía para su operación una serie de bienes⁴⁰, que se encuentra descritos en el apartado 9.3.2., de esta resolución, corresponden a los bienes desinvertidos. Respecto de este grupo de activos productivos la INCCE valoró:

⁴⁰ Con respecto a la importancia de los bienes el operador **UNICON ECUADOR** alegó que los mismos fueron una parte y no la totalidad de bienes de manera que el operador vendedor tendría la posibilidad de diversificar su operación, con los activos que posee.



“A manera ejemplificativa, la cisterna, bomba, planta dosificadora, silo, tambor, equipo de laboratorio, entre otros, son indispensables para la producción del hormigón, por otro lado, los mixer’s se utilizan para la comercialización de este producto, mientras que la planta de luz, generador eléctrico, transformador trifásico, son maquinaria complementaria que permite el funcionamiento del negocio de hormigón. Es por ello que se puede considerar que los activos vendidos a UNICON ECUADOR admiten la continuidad de la actividad económica de producir y comercializar el hormigón.

A través de información secundaria, también se verifica esto, ya que los activos requeridos para establecer una planta dosificadora de hormigón como giro de negocio, están correlacionados con los que se vendieron a UNICON ECUADOR:

(...)

Lo expuesto, es confirmado por CYMCA quienes, a la pregunta formulada por la INCCE, referente a si el grupo económico CYMCA y MEZCLALISTA es propietaria a la fecha de 20 de enero de 2023, de alguna o algunas plantas de hormigón premezclado, el operador respondió que “NO DISPONEN EN SUS ACTIVOS plantas de hormigón premezclado”. Esto quiere decir, de manera indudable, que posterior a la venta de activos a UNICON Ecuador, grupo económico CYMCA y MEZCLALISTA salieron del mercado de hormigón, en el cual ya no disponían de activo para su producción y comercialización.

(...)

A todo esto se suma que el 31 de enero de 2019, MEZCLALISTA cedió a UNICON ECUADOR sus derechos y obligaciones sobre los contratos de prestación de servicio de provisión de hormigón, suscritos con los Fideicomisos Shirys 18 y Aqua, lo que revela que, la venta de los activos generó que UNICON ECUADOR continúe con la actividad económica de MEZCLALISTA.”

[288] A fin de complementar la característica de relevancia y sustancialidad del grupo de bienes que conformaban la unidad de negocio del grupo económico, la INCCE analizó el nivel de ingresos que se derivaban de las actividades productivas de dicha unidad. Al respecto, el informe anotó lo siguiente:

“(…) con revisar los estados financieros de la empresa MEZCLALISTA (como ya se ha detallado esta es la empresa encargada de la producción y comercialización del hormigón), en los cuales se puede constatar que, en 2018, las ventas de las compañía eran de [REDACTED], al respecto como se ha indicado previamente, la última facturación asociada a venta de hormigón de la compañía fue en febrero de 2019, a partir de esta fecha, la compañía no registró ventas de hormigón ni productos asociados.



Gráfico No. 1: Ingresos y Costos MEZCLALISTA 2019

MEZCLADORA Y DISTRIBUIDORA DE HORMIGÓN, MEZCLALISTA S.A.			
ESTADOS DE RESULTADOS INTEGRALES			
POR LOS AÑOS TERMINADOS EL 31 DE DICIEMBRE DE 2019 Y 2018			
Expresados en dólares de los Estados Unidos de América			
INGRESOS	Notas	2019	2018
Ventas netas	20		
Costo de ventas	20		

Fuente: Expediente SCPM-IGT-INCCE-8-2022

(...)

(...) en los Estados Financieros Auditados 2020, se observa que el subtotal de maquinaria, equipos, vehículos

ii) producto de la venta de la maquinaria, equipos, vehículos, entre otros, MEZCLALISTA dejó de vender producto y ser una empresa con actividad económica en el mercado, es por ello que, a partir de su venta en 2019 –hasta la actualidad– la empresa no registra ingresos ordinarios; y, iii) como consecuencia de lo anterior, se evidencia que los ingresos de MEZCLALISTA estuvieron asociados a los activos que esta empresa escindió a UNICON ECUADOR, los mismos que, resultaron relevantes para el giro de negocio.

(...)”

[289] El cúmulo de información expuesta permite corroborar la existencia de un grupo económico entre las dos empresas vendedoras, que se organizaron para que una de ellas lleve a cabo la unidad de producción y comercio de hormigón, usando para el efecto un grupo de activos propiedad del grupo. Así también, el conjunto de bienes transferidos a **UNICON ECUADOR** eran relevantes y sustanciales para la operación de producción y comercio de hormigón del grupo económico vendedor, en este contexto, dichos activos conformaban la unidad de negocio, que al ser transferida ocasionó el cese de actividades productivas del grupo en este segmento.

Cambio de control sobre la unidad de producción de hormigón

[290] Ha quedado plenamente establecido que los activos productivos transferidos a **UNICON ECUADOR**, eran utilizados por **MEZCLALISTA** con el fin de desarrollar actividades en la producción y comercialización de hormigón premezclado. La operación de la venta de estos activos, que conforma una unidad de negocio, se configura como una operación de concentración económica, en tanto su efectiva implementación haya concedido a **UNICON ECUADOR** la posibilidad de ejercer control o influencia sustancial o determinante sobre dicha unidad de negocios y la consecuente salida de los vendedores del segmento.



[291] Conforme se describió previamente, los tres involucrados en la transacción han afirmado que no se firmó ningún contrato, aludiendo a un acuerdo verbal entre comprador y vendedores de fecha 29 de mayo de 2019⁴¹. Sin embargo, la INCCE recopiló una serie de actuaciones que evidencian que el acuerdo se pactó, meses antes, desmintiendo dicha afirmación; aquellas han sido referenciadas en la descripción de la operación económica. Al respecto, la INCCE señaló en su informe:

“(...) queda claro que previo al 25 de enero de 2019, UNICON ECUADOR ya había mostrado su interés en adquirir los activos de la línea de negocio de venta de hormigón, perteneciente a MEZCLALISTA, tan avanzada estuvo esa negociación, que el 25 de enero de 2019, las juntas de accionistas de MEZCLALISTA y CYMCA aprueban dicha venta. Seis días después, el 01 de febrero de 2019, queda registrada las primeras facturas de venta de tres mixers que se encontraban registrados a nombre de CYMCA.

*Más allá de las fechas en las que tributariamente quedo registrado el traspaso de los bienes muebles a UNICON ECUADOR (facturas), es evidente que al 31 de marzo de 2019 se habían transferido ya la mayoría de los activos, lo que imposibilitó que MEZCLALISTA siga operando en el mercado, esto considerando que la última factura que emitió por concepto relacionado a la venta de hormigón fue el 11 de febrero de 2019 y que tal como indicó el propio operador económico mantuvo actividad económica operacional únicamente hasta marzo de dicho año. En este sentido, los elementos con los que cuenta esta Intendencia permiten señalar que al 31 de marzo de 2019, **UNICON ECUADOR** ya poseía la posibilidad de ejercer una influencia sustancial o determinante sobre la línea de negocio de producción y comercialización de hormigón que poseía MEZCLALISTA y en general el grupo económico.”*

[292] De lo señalado, el acuerdo fue establecido con anterioridad a lo indicado por los operadores económicos, a partir del 25 de enero de 2019, así como también se ha comprobado que este no obedeció únicamente a un acuerdo verbal. La implementación de la transacción se desarrolló en los meses siguientes, de manera que, al menos, a partir del 31 de marzo de 2019 el operador económico **UNICON ECUADOR** alcanzó capacidad de ejercer control sobre la unidad de negocios de producción y comercio de hormigón premezclado, pues ya contaba con la mayoría de activos necesarios.

[293] En adición, es pertinente señalar que existe constancia⁴² que a partir del 27 de marzo de 2019 **UNICON ECUADOR** ocupó las mismas instalaciones donde previo a la transacción operaba el operador económico **MEZCLALISTA** para realizar sus actividades económicas, que demuestra la fehaciente implementación de la concentración económica.

⁴¹ Formulario de Notificación presentado por **UNICON ECUADOR** el 12 de septiembre de 2019, en el expediente No. SCPM-IGT-INCCE-018-2019, remitido en copia certificada el 27 de octubre de 2022 en trámite ID. 256590.

⁴² A) Materialización del 28 de febrero de 2023, signado con ID.266111, respecto del registro de establecimiento comercial de **UNICON ECUADOR**; y B) Escrito presentado por MEZCLALISTA el 19 de diciembre de 2022, signado con ID. 260707.



- [294] En este punto es importante anotar que el operador económico en su escrito de alegatos, especialmente en el punto 5.1, señaló que la utilización de **UNICON ECUADOR** de las instalaciones de MEZCLALISTA en calidad de arriendo no puede ser considerado como una concentración económica, así como *“que la Intendencia no puede determinar que la disminución en ventas de MEZCLALISTA se debió supuestamente a la transacción realizada por UNICON cuando existen otros factores que redujeron ventas, siendo un ejemplo conocido, la crisis sanitaria de COVID 19 que afectó a la mayoría de negocios entre 2019 y 2021”*⁴³.
- [295] En relación con lo indicado, esta Comisión resalta que los hechos aislados señalados por el operador económico por sí mismos no prueban *per se* una concentración económica; sin embargo, de la revisión de la integralidad de los elementos del caso, es posible señalar, el efecto que tuvo la transacción económica entre las partes y en particular de MEZCLALISTA.
- [296] En este sentido, la Comisión destaca que la transacción tuvo como consecuencia la salida del grupo económico vendedor del segmento de venta de hormigón premezclado. Con este fin las partes ya habían acordado previamente la cesión de derechos y obligaciones de dos contratos de prestación de servicios que poseía **MEZCLALISTA** como oferente⁴⁴. El hecho de la salida también queda verificado en los registros contables⁴⁵, como de los pronunciamientos⁴⁶ del propio operador económico **MEZCLALISTA**, que, como se señaló en el análisis previo, era la parte del grupo económico encargado de la ejecución de estas actividades.
- [297] En este punto cabe hacer énfasis en que, a pesar de haber comprobado la salida de **MEZCLALISTA** del segmento de producción y comercio de hormigón, se puede verificar que los operadores económicos **CYMCA** y **MEZCLALISTA**⁴⁷ continuaron existiendo jurídicamente sin participar en este segmento en fechas posteriores al 31 de marzo de 2019.
- [298] Al respecto el operador económico **UNICON ECUADOR** ha argumentado que la salida del grupo vendedor no se debe considerar como tal; en particular, en sus alegatos señala⁴⁸:

⁴³ En referencia del alegato contenido en el 5.1 del escrito de alegato p. 34.

⁴⁴ El 31 de enero de 2019 se firman los dos convenios: a) Con MIRACIELO S.A., Fideicomiso “Shyris 18”, MEZCLALISTA y **UNICON ECUADOR**, respecto al contrato de suministro y transporte de hormigón a favor de UNICON; y b) Entre MIRACIELO S.A., Fideicomiso Agua, MEZCLALISTA y **UNICON ECUADOR**, por medio de cual acuerdan la cesión del contrato de suministro y transporte de hormigón a favor de **UNICON ECUADOR**.

⁴⁵ A) Escrito y anexo presentados por el operador económico MEZCLALISTA el 10 de enero de 2023, trámite con ID. 262220, y B) Estados financieros públicos recopilados de la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros, desde: www.supercias.gob.ec/.

⁴⁶ Anexo ID. 483346 presentado por el operador económico MEZCLALISTA el 19 de diciembre de 2022, con escrito signado ID. 260707.

⁴⁷ La INCCE señaló que esta compañía mantuvo su actividad comercial de venta de materiales de cantera.

⁴⁸ Lo indicado con relación al punto 3 del escrito de alegatos: *“Sobre la errónea afirmación de la existencia de una concentración económica obligatoria y su deficiente motivación”. Al respecto esta Comisión ya se pronunció respecto de la actuación de tomar nota por parte de la Intendencia de la notificación informática y como después de un análisis posterior, producto de las propias alegaciones del operador económico constató que tanto **CYMCA** como **MEZCLALISTA** son parte de un mismo grupo económico.*



“1. UNICON en ningún momento adquirió la totalidad de los bienes de MEZCLALISTA para la fabricación y distribución de hormigón premezclado. Conforme consta en el Anexo No. 2, se evidencian los bienes de MEZCLALISTA que siguen en su dominio y que los mismos son utilizados en el mercado relevante o pueden ser utilizados en el mercado relevante. Por ende, no se eliminó un competidor como ya lo afirmó la misma MEZCLALISTA (véase testimonio del señor Guillermo Andrade representante legal de MEZCLALISTA de 20 de enero de 2023).

2. MEZCLALISTA es un operador económico que en su giro ordinario de su negocio determinó prudente ampliar su margen de acción para satisfacer la demanda del mercado de asfalto. Por lo tanto, es incorrecto afirmar que UNICON adquirió la totalidad de activos, que en virtud de este hecho, existe una concentración económica.

3. CYMCA vendió activos a UNICON en el mismo momento que MEZCLALISTA, siguiendo el mismo errado concepto de la Intendencia, entonces UNICON también habría comprado la totalidad de sus activos cuando no lo hizo y la realidad procesal que consta del expediente así lo demuestra.

4. UNICON compró ciertos bienes de CYMCA y de MEZCLALISTA – mismo grupo económico-. Por lo tanto, si la Intendencia pretende fundamentar la existencia de una concentración económica por la adquisición de ciertos bienes, es necesario que esta analice caso por caso como bien lo expone el mismo argumento jurídico utilizado previamente por la misma Intendencia. El referido impacto en la competencia es fácil de establecer en aquellos casos en que todos los activos de un agente económico son adquiridos, mientras que requerirán un análisis caso a caso en las adquisiciones de solo parte de dichos activos, o de activos que han dejado o dejaran de ser económicamente operativos”⁴⁶. El hecho de mantener dichos activos por parte de MEZCLALISTA demuestra la intención y deseo de este operador económico de seguir operando en este mercado relevante, lo que demuestra fehacientemente una clara inexistencia de impacto en el mercado o en la competencia, agregando que sí puede atender hoy a un cliente en este mercado.

5. Del mismo modo, no existe prohibición para que MEZCLALISTA, desde la venta de activos o en el futuro, opere en dicho mercado; más aún cuando el testimonio del administrador y representante legal de CYMCA y MEZCLALISTA afirmó que sí puede atender hoy y de inmediato a un cliente de hormigón premezclado.

6. CYMCA y MEZCLALISTA constituyen un solo operador económico; con lo cual, la Intendencia no puede tratarlos de forma diferente; o a los dos “tomó nota” (lo cual es ilegal) o a los dos les abre un expediente por supuesta falta de notificación de concentración económica, lo cual no ocurrió en este expediente. Esta contradicción hace que este expediente sea nulo por falta de congruencia”



- [299] En este sentido, el operador económico **UNICON ECUADOR** resalta el hecho de que los operadores CYMCA y MEZCLALISTA no habrían vendido, en conjunto, la totalidad de sus activos⁴⁹, resaltando que para que tenga lugar una concentración económica por la adquisición de ciertos bienes, es necesario que exista un análisis profundo del caso.
- [300] En relación con lo indicado, esta Comisión estima que los operadores CYMCA y MEZCLALISTA dentro del proceso concentración económica vendieron efectivamente los activos indispensables para el desarrollo de su ejercicio económico, esta situación que se ve refrendada justamente, por las afirmaciones realizadas por el señor Guillermo Andrade, en calidad de representante legal de MEZCLALISTA “en el testimonio escrito”⁵⁰ constante en documento de fecha 2 de febrero de 2023, en el que señala que: “... En el mercado de hormigón premezclado si se puede alquilar mixers y el equipo necesario para operar.”
- [301] Afirmación que se relaciona también, con lo manifestado por el propio señor Guillermo Andrade en escrito de 23 de enero de 2023 en el que señaló:

Respecto a este requerimiento debo informar que tanto MEZCLADORA Y DISTRIBUIDORA DE HORMIGÓN MEZCLALISTA S.A., RUC 1790588661001 cuanto MATERIALES DE CONSTRUCCIÓN QUITO S.A. CYMCA con RUC 1791421361001 si están en capacidad legal de prestar los servicio de contratación para proveer hormigón premezclado a un tercero.

En caso de que el grupo económico CYMCA Y MEZCLALISTA sea requerido para proveer hormigón premezclado, mis representadas no tendrán inconveniente en adquirir maquinaria para mezclar hormigón premezclado, o en su defecto, alquilar o arrendar la maquinaria para cumplir con el referido fin.

Debo señalar además que mis representadas CYMCA Y MEZCLALISTA estatutariamente están en capacidad legal de producir y comercializar hormigón premezclado, ya que el objeto social contempla precisamente esta actividad y sus Estatutos no han sido modificados hasta la presente fecha.

En atención a lo que disponen los Art. 3, literal d) y Art. 7 de La Resolución No. SCPM-DS-2020-41 de 5 de octubre de 2020, la presente información lo considero como no confidencial, por tanto, se servirá proceder de acuerdo a la citada Resolución.

- [302] Como se puede observar, conforme el “testimonio escrito” del representante legal de CYMCA y MEZCLALISTA, en el caso de que fueran requeridas para proveer hormigón premezclado, éstas estarían en la capacidad de **adquirir nuevamente la maquinaria o en su defecto alquilarla**, hecho que permite concluir que la activos no vendidos a **UNICON ECUADOR**, y que por tanto conservan dichas empresas como grupo económico, no son suficientes para llevar a cabo su actividad económica.

⁴⁹ Lo indicado con relación a la prueba de 29 de agosto de 2022, las 16h24, en que se adjunta la copia de la matrícula de 5 camiones de propiedad de CYMCA y MEZCLALISTA antes y después de la compra de activos.

⁵⁰ Con relación la alegación realizada en el punto 1.1 del escrito de alegatos respecto de: “Sobre las violaciones de derecho por las prueba utilizadas para la configuración del informe NO. SCPM-INCCE-DNCCE-2022-005.” Documento que es tenido en cuenta en la presente resolución.



- [303] En otros términos, más allá del criterio de la Intendencia, la respuesta del señor Guillermo Andrade permite identificar de forma diáfana que los activos que dichas empresas vendieron a **UNICON ECUADOR** son aquellos esenciales para su funcionamiento y giro de negocio y que, como resultado de su enajenación hasta la fecha **MEZCLALISTA** no ha participado nuevamente en el segmento de producción y comercio de hormigón premezclado⁵¹.
- [304] Al respecto, la CRPI considera que efectivamente la entrada de un operador económico a este segmento no es imposible^{52, 53} más aún si tiene experiencia previa. Sin embargo, conforme el análisis de la INCCE, la salida se originó por las pérdidas financieras del grupo económico en estas actividades, que desencadenaron la venta de los activos para recuperar la inversión (Pág. 29 del informe). Por otra parte, a partir de la salida del operador **MEZCLALISTA** han transcurrido un poco más de cuatro años, tiempo más que suficiente para reingresar al mercado; no obstante, no hay respaldos de una materialización de la intención de ejecutar la misma. En síntesis, lo mencionado por el investigado se considera una posibilidad que carece de verosimilitud de cara a la realidad del presente caso.
- [305] En tal virtud, es importante anotar que el artículo 14 de la LORCPM define a la concentración económica como el cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos. En este sentido, la letra e) del indicado artículo establece como un medio para que tenga lugar la concentración económica: *“Cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de un operador económico”*, situación que efectivamente tuvo lugar en el presente caso y que además conllevó a la salida del circuito comercial al operador económico **MEZCLALISTA**, configurándose así lo estipulado en el referido artículo.
- [306] En conclusión, con base en el análisis presentado, la compra por parte de **UNICON ECUADOR** de los activos productivos del grupo **CYMCA-MEZCLALISTA** generó un cambio de control de la actividad económica de producción y comercialización de hormigón premezclado realizada por el operador económico **MEZCLALISTA** esto es, la operación descrita se caracteriza como una concentración económica de acuerdo con lo establecido en la letra e) del artículo 14 de la LORCPM.

⁵¹ Es importante tener en cuenta que a pesar de que el operador económico **UNICON ECUADOR** manifestó que **CYMCA** y **MEZCLALISTA** podría atender de manera inmediata la solicitud de un cliente de hormigón armado (alegato contenido en el punto 3, págs. (27- 29), esta atención estaría subordinada a la adquisición de activos o su eventual arrendamiento.

⁵² Al respecto en el Memorando No. Memorando SCPM-IGT-INCCE-2023-069 de 12 de abril de 2023, la INCCE señaló:

*“En relación a la evaluación de barreras de entrada, en el punto 9.5, letra g, “Respecto de los argumentos presentados por **UNICON ECUADOR** sobre la falta de notificación de la operación de concentración económica investigada” del INFORME, el operador económico manifestó que la compra de activos no generó barreras de entrada ni tampoco el mercado dispone de tal condición.”*

⁵³ En consideración además de que las empresas a día de hoy mantienen su existencia legal, conforme las pruebas aportadas en escrito de 14 de octubre de 2022, por parte del operador económico **UNICON ECUADOR**.



9.3.3 Obligatoriedad de notificar la operación de concentración económica

[307] En concordancia con el artículo 16 de la LORCPM, se deben cumplir dos requisitos para que se genere la obligación de notificar de forma previa una operación de concentración económica, a saber:

Que se trate de una operación de concentración horizontal o vertical

[308] Conforme las actividades económicas desarrolladas por **UNICON ECUADOR** y el grupo económico **CYMCA-MEZCLALISTA**, se pueden establecer las siguientes relaciones:

[309] El operador económico **UNICON ECUADOR** y **MEZCLALISTA** actuaban en el año 2019 en el negocio de la producción, distribución y comercialización de hormigón en Quito y sus alrededores, de manera que la transacción presenta traslapes horizontales.

[310] En adición, se ha identificado que **UNACEM**, empresa que produce, distribuye y comercializa cemento en Ecuador, forma parte del mismo grupo económico de **UNICON ECUADOR**, como previamente fue señalado (Sección 9.3.1 de esta resolución). Considerando que el cemento constituye la principal materia prima para la elaboración de hormigón, la operación de concentración también se caracteriza como una integración vertical.

[311] De conformidad con lo anterior, estamos frente a una operación de concentración de tipo vertical, debido a la integración que presenta la adquiriente, así como de tipo horizontal, ya que las empresas concentradas están ubicadas en el mismo nivel de la cadena productiva.

[312] En síntesis, la operación de concentración económica analizada cumple con el primer requisito establecido en el artículo 16 de la LORCPM.

Que cumpla alguna de las dos condiciones establecida en los literales a) y b) del artículo 16 de la LORCPM.

a) Que supere el umbral de volumen de negocios de conformidad con el literal a) del artículo 16 de la LORCPM.

[313] Considerando lo establecido en los artículos 6 y 17 de la LORCPM, así como en los artículos 5 y 14 del RLORCPM, corresponde verificar la información de los estados financieros de los operadores económicos involucrados en la operación de concentración con actividades en el país y sus vinculados, con corte al 31 de diciembre de 2018, al corresponder al año anterior a la concentración.

[314] En el caso particular del grupo **CYMCA-MEZCLALISTA**, dado que la operación de concentración consistió en la adquisición de activos asociados a una de sus unidades de negocio, el cálculo del volumen de negocio considera únicamente los ingresos por ventas

relacionadas a la producción y comercialización de hormigón en 2018, en cumplimiento del artículo 14 del RLORCPM⁵⁴.

- [315] De esta manera, el cálculo del volumen de negocios para el año inmediato anterior a la transacción, es el siguiente:

Volumen de Negocios en Ecuador para 2018

OPERADOR ECONÓMICO	INGRESOS ACTIVIDADES ORDINARIAS	OPERACIONES CON PARTES RELACIONADAS	VOLUMEN DE NEGOCIOS
UNION DE CONCRETERAS S.A.	0	0	-
INVERSIONES EN CONCRETO Y AFINES S.A.	0	0	-
INVERSIONES IMBABURA S.A.	0	0	-
UNICON			
UNACEM ECUADOR S.A.			
CANTERAS Y VOLADURAS CANTYVOL S.A.			
MEZCLALISTA ⁵⁵			
CYMCA ⁵⁶	0	0	-
TOTAL VOLUMEN DE NEGOCIOS (USD)			166.325.168,62

- [316] El volumen de negocios de la operación de concentración para 2018 es de USD \$166.325.168,62, es decir, superior al monto establecido por la Junta de Regulación⁵⁷ a 2019, esto es: 200.000 Remuneraciones Básicas Unificadas (USD \$394.00), equivalente a USD 78,800,000. Por lo tanto, la operación de concentración económica superó el umbral establecido, cumpliendo con lo previsto en el literal a) del artículo 16 de la LORCPM.
- [317] Por su parte el operador económico UNICON Ecuador ha argumentado entre sus alegatos que existe un incorrecto análisis de la obligación de notificación, en específico se argumentó respecto al cumplimiento de las condiciones lo siguiente:

“Con respecto al primer elemento, la Intendencia determina que es una operación horizontal; sobre el segundo elemento, determina que el volumen de

⁵⁴ “Fijación del volumen de negocios: [...] Cuando la operación de concentración consista en la adquisición de una rama de actividad, unidad de negocio, establecimiento o, en general, de una parte de uno o más operadores económicos y con independencia de que dicha parte tenga personalidad jurídica propia, sólo se tendrá en cuenta, en lo que corresponde a la adquirida, el volumen de negocios relativo a la parte objeto de la adquisición.”

⁵⁵ Escrito y anexo presentados por MEZCLALISTA el 10 de enero de 2023, signado con ID 262220.

⁵⁶ Escrito presentado por CYMCA el 17 de enero de 2023, signado con ID 262697.

⁵⁷ Resolución No. 009, de 25 de septiembre de 2015, emitida por la Junta de Regulación de la LORCPM.



mercado que es de USD 166.325.169 en 2018 sobrepasando el umbral determinado en la letra a) del artículo 16 de la LORCPM establecido en 200 000 Remuneraciones Básicas Unificadas, equivalente a USD 78 800 000, concluyendo erróneamente que la operación de concentración económica debía ser notificada.

Sobre lo anterior, UNICON ya fundamentó y probó que la operación no implicó un cambio de control sobre el giro de negocio de producción, distribución y comercialización de hormigón del grupo económico CYMCA - MEZCLALISTA ya que sí pueden operar en el mercado relevante conforme está probado del testimonio del señor Guillermo Andrade.

Ahora bien, este no es el único error en el que ha incurrido la Intendencia al determinar la obligatoriedad de notificar la concentración económica, ya que analizando el primer requisito, la Intendencia ha determinado que la operación es de índole horizontal, sin embargo, para analizar el segundo requisito se ha tomado en cuenta erróneamente al operador económico UNACEM ECUADOR S.A. quien no es parte de la operación horizontal, ya que no opera en el mercado de hormigón, no actúa dentro de la operación; por lo que, su volumen de mercado es irrelevante al momento de definir la obligatoriedad de notificar la operación. Además, existe una notificación informativa que la Intendencia pretende omitir.

Lo correcto sería sumar los volúmenes de negocios de UNICON, MEZCLALISTA y CYMCA, que asciende a USD 18'443.168,62, valor que se encuentra por debajo del umbral determinado en la letra a) del artículo 16 de la LORCPM; por tanto, no acarrea la obligatoriedad de notificar.

No es posible que, frente a lo evidente, la Intendencia pretenda incorporar a un nuevo operador que ni siquiera forma parte del mercado que estaba siendo analizado en el expediente que ahora nos atañe, con el único fin de pretender justificar su análisis vulnerando así toda consideración técnica y legal que debería justificar su accionar y sus resoluciones.”

[318] En cuanto al argumento de que existe un error respecto a la configuración de la operación de concentración económica pues esta no implicaría un cambio de control sobre la unidad de negocio de CYMCA-MEZCLALISTA, ya que dicho grupo estaría en la posibilidad de operar nuevamente en el mercado relevante, al respecto fue analizado en la sección 9.3.3 de la presente resolución el cumplimiento de preceptos que permiten definir la transacción como una operación de concentración económica.

[319] Cabe resaltar que, justamente considerando el criterio del señor Guillermo Andrade, la CRPI ha encontrado que el señalar que el reingreso al mercado es posible siempre que se adquieran o adquieran los equipos necesarios, que fueron transferidos a **UNICON Ecuador**, aportó a establecer el cambio de control derivado de la transacción. Por lo cual, el argumento del operador económico no tiene asidero.



- [320] Con respecto a su argumento de que se ha considerado erróneamente la inclusión del volumen de negocios de UNACEM Ecuador en el cálculo, cuando la INCCE ha argumentado la existencia de una operación de concentración únicamente de índole horizontal, caben dos precisiones.
- [321] En primer lugar, conforme la información detallada en el apartado 9.3.1 de la presente resolución, ha quedado plenamente establecido que los operadores económicos UNACEM Ecuador y UNICON Ecuador pertenecen al mismo grupo económico. Así también que sus actividades económicas se refieren a la producción y comercio de cemento a nivel nacional, y la producción y comercio de hormigón premezclado en Quito y sus alrededores, respectivamente.
- [322] En segundo lugar, el informe de la INCCE claramente señala que la operación de concentración es de índole tanto horizontal como vertical, en el mismo sentido que ha sido expuesto al inicio de esta sección. Esto porque la transferencia de activos se generó entre competidores del mismo segmento de la cadena productiva, configurando la operación de concentración como horizontal, y al mismo tiempo, al considerar que el operador económico adquirente UNICON Ecuador forma parte del mismo grupo económico al que pertenece UNACEM Ecuador, que actúa en un eslabón aguas arriba en la producción y comercio de cemento, elemento que constituye la principal materia prima para el mercado de hormigón, en consecuencia la operación se define como una integración vertical.
- [323] En complemento, para aclarar la justificación de la inclusión en el cálculo de los valores de volúmenes de negocio de los operadores económicos relacionados al adquirente nos remitimos a lo analizado por la INCCE en su informe final⁵⁸:

“Cuadro No. 1. Cálculo del volumen de negocios del Grupo Económico al que pertenece UNICON ECUADOR, MEZCLALISTA y CYMCA

Artículo 17 de la LORCPM	
<i>a) La empresa u operador económico en cuestión</i>	<i>1. UNICON ECUADOR (adquirente en Ecuador) 2. MEZCLALISTA (activos escindidos) 3. CYMCA (no se toma en cuenta el volumen de negocios de la empresa dado que la actividad ordinaria de la misma no era la producción, distribución y comercialización de hormigón como se detalló previamente)</i>

⁵⁸ Conforme lo establecido en el artículo 17 de la LORCPM y 11 del RLORCPM.



<i>b) Las empresas u operadores económicos en los que la empresa o el operador económico en cuestión disponga, directa o indirectamente: 1) De más de la mitad del capital suscrito pagado. 2) Del poder de ejercer más de la mitad de los derechos de voto. 3) Del poder de designar más de la mitad de los miembros de los órganos de administración, vigilancia o representación legal de la empresa u operador económico; o, 4) Del derecho a dirigir las actividades de la empresa u operador económico</i>	<i>N/A</i>
<i>c) Aquellas empresas u operadores económicos que dispongan de los derechos o facultades enumerados en el literal b) con respecto a una empresa u operador económico involucrado</i>	<i>1. Inversiones en Concreto y Afines S.A. (Perú, no dispone de ventas directas en Ecuador) 2. UNACEM S.A.A (Perú, no dispone de ventas directas en Ecuador)</i>
<i>d) Aquellas empresas u operadores económicos en los que una empresa u operador económico de los contemplados en el literal c) disponga de los derechos o facultades enumerados en el literal b)</i>	<i>1. Inversiones Imbabura S.A. (Perú, no dispone de ventas directas en Ecuador) 2. UNACEM Ecuador (Ecuador) 3. Cantyvol (Ecuador)</i>
<i>e) Las empresas u operadores económicos en cuestión en los que varias empresas u operadores económicos de los contemplados en los literales de la a) a la d) dispongan conjuntamente de los derechos o facultades enumerados en el literal b)</i>	<i>N/A</i>

Elaboración: INCCE”

[324] Bajo estas consideraciones, el volumen de negocios de **UNACEM ECUADOR** no resulta irrelevante de cara a la transacción, como se ha argumentado por **UNICON ECUADOR**, y debe ser incluido dentro del cálculo de volumen de negocios total. En este sentido, se ratifica que la operación de concentración económica supera el umbral el volumen de negocios.

[325] Que la operación se trate de una concentración tanto horizontal como vertical, y que se supere el umbral de volumen de negocios, son requisitos suficientes para determinar que **UNICON ECUADOR** debía cumplir con la obligatoriedad de la notificación previa de la operación de concentración económica.

9.4 Mercado Relevante

[326] La definición del mercado es una herramienta fundamental dentro de la política de competencia, que incluye el estudio de las diferentes conductas que la constituye, entre estas, los acuerdos entre empresas, abusos de posiciones dominantes y concentraciones.



- [327] En este sentido, la Comisión Europea señala que el principal objetivo de la definición de mercado es:

“(...) determinar de forma sistemática las limitaciones que afrontan las empresas afectadas desde el punto de vista de la competencia. La definición de mercado tanto desde el punto de vista del producto como de su dimensión geográfica debe permitir identificar aquellos competidores reales de las empresas afectadas que puedan limitar el comportamiento de éstas o impedirles actuar con independencia de cualquier presión que resulta de una competencia efectiva (...)”

- [328] La determinación del mercado relevante exige un análisis previo de los fundamentos técnicos y jurídicos que sustenten dicha definición. De acuerdo al artículo 5 de la LORCPM, se debe considerar 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.

- [329] Respecto al mercado de producto en el caso que nos concierne consistiría en los bienes o servicios involucrados en la producción y comercialización de hormigón premezclado, puesto que es la actividad desarrollada por **UNICON ECUADOR** y **MEZCLALISTA** en el año 2019, además, la transacción habría tenido una relación vertical en la producción y comercialización de cemento, actividad realizada por **UNACEM Ecuador**, empresa perteneciente al grupo económico de **UNICON ECUADOR**.

Mercado de Producto

- [330] Respecto al mercado de producto en el caso que nos concierne consistiría en los bienes o servicios involucrados en la producción y comercialización de hormigón premezclado, puesto que es la actividad desarrollada por **UNICON ECUADOR** y **MEZCLALISTA** en el año 2019, además, la transacción habría tenido una relación vertical en la producción y comercialización de cemento, actividad realizada por **UNACEM Ecuador**, empresa perteneciente al mismo grupo económico de **UNICON ECUADOR**.

- [331] Los bienes ofertados por los involucrados se desenvuelve en el sector de materiales para la construcción, siendo el producto relevante en la transacción la fabricación de hormigón que es uno de los materiales más utilizado en infraestructuras civiles. En el siguiente grafico se presenta un esquema de la cadena productiva de este producto en Ecuador.

Grafico No. 1.- Cadena de valor de la fabricación de hormigón



[332] El primer eslabón de la cadena de valor corresponde a los proveedores de insumos. Inicia con la extracción de cantera, procesamiento y adquisición de los materiales como: cemento, áridos (grava, gravilla y arena), agua y aditivos; así como su posterior transporte hacia la planta de producción de hormigón.

[333] El siguiente eslabón concierne a la recepción y el procesamiento de los insumos, en la elaboración del hormigón, que implica su dosificación y mezclado, obteniendo del proceso hormigón en estado fresco.

[334] Finalmente, el último eslabón corresponde a su distribución en camión *mixer* que lo conservará, transportará y entregará al cliente, en el lugar solicitado dentro de un radio determinado.

Mercado de producto aguas arriba: Producción y comercialización de cemento

[335] La principal actividad económica de UNACEM Ecuador, radica en la elaboración y comercialización de cemento, y su planta de producción está ubicada en Imbabura. Ahora bien, el cemento es utilizado como material para construcción y es utilizado como insumo principal para la producción de hormigón premezclado.

[336] El cemento es uno de los materiales de construcción más utilizados, por sus propiedades de resistencia a la compresión, durabilidad y estética. La Intendencia señala⁵⁹: que su proceso de producción comprende los siguientes pasos:

- i. extracción de materia prima o minería de una cantera;
- ii. preparación y mezcla de la materia prima;
- iii. preparación de un polvo muy fino llamada harina cruda o crudo;

⁵⁹ Informe SCPM-IGT-INCCE-2023-004 de 08 de marzo de 2023



- iv. convertir al crudo a través de una reacción físico-química con el uso de un horno en clínker (principal componente del cemento ya que le da sus características hidráulicas.);
- v. molienda y mezcla de clínker con yeso u otros componentes para obtener el producto de cemento deseado; y
- vi. almacenamiento y manipulación del cemento, incluyendo envío.

- [337] Existen varios tipos de cementos, dentro de su proceso de producción; sin embargo, todos derivan de la materia prima clínker, por otro lado, de acuerdo con la demanda existen dos tipos de cemento, el cemento gris y el cemento blanco, es importante mencionar que en casos precedentes se ha determinado que estos tipos de cemento conforman mercados separados.
- [338] La diferencia entre estos dos tipos de cementos radica en que el cemento gris es utilizado en la construcción y el blanco principalmente con fines decorativos; ambos tienen características similares en cuanto a durabilidad, fuerza y funcionamiento.
- [339] Otra de las diferencias está en que el cemento blanco se produce en cantidades más limitadas que el cemento gris y su precio es sensiblemente superior.
- [340] En este sentido el tipo de cemento gris se subdivide en varios tipos diferentes dependiendo de varios factores entre los principales la resistencia, naturaleza, preferencia de los consumidores, envases entre otros.
- [341] Por el lado de la oferta, las cementeras pueden producir diferentes tipos de cemento como el blanco y gris en distintas calidades y presentaciones, de acuerdo a su capacidad instalada.
- [342] Por lo cual, en relación a la sustituibilidad en el caso del cemento no existen sustitutos cercanos al mismo.
- [343] La CRPI concuerda con la INCCE en que el mercado relevante es la producción y comercialización de cemento.

Mercado de producto aguas abajo: Producción y comercialización de hormigón

- [344] En De conformidad con la normativa ecuatoriana, el hormigón premezclado es:

“3.1.7 Hormigón Premezclado. Mezcla de cemento Pórtland o cualquier otro cemento hidráulico, áridos, agua, con o sin aditivos, dosificado y mezclado previamente, entregado en estado fresco listo para colocar en la obra.”⁶⁰”

- [345] En el 2019, **UNICON ECUADOR** y **MEZCLALISTA**, operaban en el mercado del hormigón premezclado y ambos tenían su planta de producción en la ciudad de Quito. Así, el hormigón es un material de construcción derivado del cemento al mezclarse este con áridos, agua y aditivos, en este mercado su estructura se encuentra integrada de

⁶⁰ NORMA TÉCNICA ECUATORIANA NTE INEN 1 855-1:2001.



manera vertical, varias empresas que ofertan hormigón disponen de canteras de extracción de áridos para autoabastecerse o también comercializar a terceros.

[346] Entre los principales usos se distinguen infraestructuras como: puentes, túneles, grandes edificios, y pavimentos. Dependiendo de su elaboración, puede clasificarse en dos categorías:

- i. Hormigón de obra o *in situ*: se elabora directamente en obra y debido a sus condiciones de calidad y coste, su utilización puede ser limitada, requiere de mano de obra y no es homogéneo; y,
- ii. Hormigón industrial: constituye el hormigón premezclado, sus componentes se mezclan en las plantas de producción y después se traslada en hormigoneras (*mixer*) hasta la obra en construcción.

[347] En cuanto a la demanda el hormigón tradicional es utilizado cuando no es primordial la rapidez y calidad o es requerido en pequeñas cantidades. Por su parte el hormigón premezclado se comercializa semihúmedo y es perecedero teniendo una duración de pocas horas para su utilización por lo que resulta importante que se prepare cerca del lugar en donde se vaya a utilizar. Dentro de esta categorización también se diferencian hormigón preparado *-ready-mix-* y hormigón seco, siendo este último el más costoso y de fácil utilización por los consumidores.

[348] El mercado del hormigón pre mezclado constituye un mercado separado y no posee sustitutos por sus características físicas como: la resistencia, durabilidad, calidad, precio y usos por parte de los demandantes.

[349] En cuanto a su producción, se diferencia del hormigón seco ya que las empresas que lo fabrican utilizan distintas instalaciones equipos y maquinarias a las utilizadas en la fabricación del hormigón premezclado, de igual manera la diferencia entre los dos precios-cantidad es elevado, por lo tanto la sustitución por el lado de la oferta es limitada, lo cual indicaría que ambos tipos de hormigón son mercados separados.

[350] La CRPI comparte el criterio de la INCCE, en que el mercado relevante es la producción y comercialización de hormigón premezclado⁶¹.

Mercado geográfico

[351] Dadas las características particulares de los productos materia de análisis, en especial el hormigón premezclado, es importante analizar la influencia geográfica de los operadores económicos involucrados en la operación

Mercado geográfico aguas arriba: Producción y comercialización de cemento a nivel nacional

[352] La INCCE señala en su informe, respecto al análisis de este mercado, lo siguiente:

⁶¹ Análisis que se compagina con la prueba actuada por el operador económico UNICON ECUADOR, en escrito de 26 de enero de 2023.



“ En casos precedentes se determinó, que el mercado geográfico de la producción y comercialización de cemento, dado que es un producto de larga duración y puede su distribución abarca extensiones amplias de territorios sin perder su calidad, es a nivel nacional porque las empresas que operan en este sector como son: HOLCIM ECUADOR S.A., UNACEM Ecuador, Induatenas S.A. y Unión Cementera Nacional UCEM S.A. tienen la capacidad de entregar sus productos ya sea por medios propios o por la logística externa de sus clientes en todo el territorio Ecuatoriano⁶²”.

[353] Conforme lo señalado, el mercado geográfico del cemento pertenece a todo el territorio ecuatoriano.

[354] La CRPI, considera acertado definir el alcance geográfico de este mercado a todo el territorio ecuatoriano, por tanto, el ámbito geográfico es de alcance nacional.

Mercado geográfico aguas abajo: Producción y comercialización de hormigón premezclado a nivel local

[355] Al tratarse de un producto de corta duración que con el paso del tiempo pierde consistencia y calidad, aun con el uso de aditivos, el hormigón premezclado debe ser transportado de manera inmediata al lugar donde será aplicado. En este sentido, existen dos elementos a considerar para la delimitación del área geográfica de influencia:

- 1) La ubicación de las plantas de producción.
- 2) La distancia máxima de conservación durante su traslado.

[356] Con estas consideraciones, es posible descartar que el mercado geográfico sea a nivel nacional. El análisis corresponde entonces, al alcance local de las plantas de producción de hormigón premezclado involucradas en la operación de concentración económica.

[357] Es determinante la ubicación de las plantas de producción de hormigón premezclado tanto de **UNICON ECUADOR** como de MEZCLALISTA, así en el 2019 y de acuerdo con el cuadro número 14 elaborado por INCCE en su informe final se exponen 3 plantas de producción:

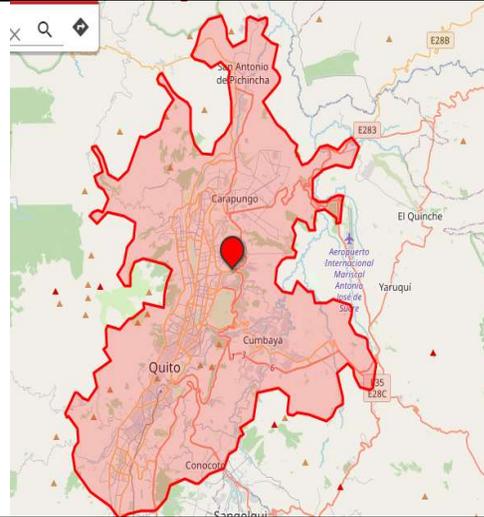
Empresa	Fábrica de Hormigón	Provincia	Ciudad	Dirección
UNICON ECUADOR	Planta Norte	Pichincha	Quito	Av. Simón Bolívar e Interoceánica, Km 4 1/2
	Planta Sur	Pichincha	Quito	Av. Simón Bolívar y Av. Morán Valverde
MEZCLALISTA	Planta Carcelén	Pichincha	Quito	Bartolomé Sánchez N71-116 y José Enrique Guerrero

⁶² Informe SCPM-IGT-INCCE-2023-004 de 08 de marzo de 2023

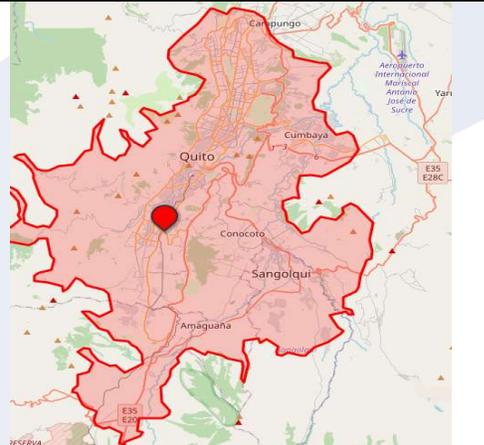


[358] Es importante señalar que utilizando el aplicativo Openroute Service, considerando un área de 25 km la Intendencia identificó dentro de su informe final las siguientes áreas donde ofertan el hormigón:

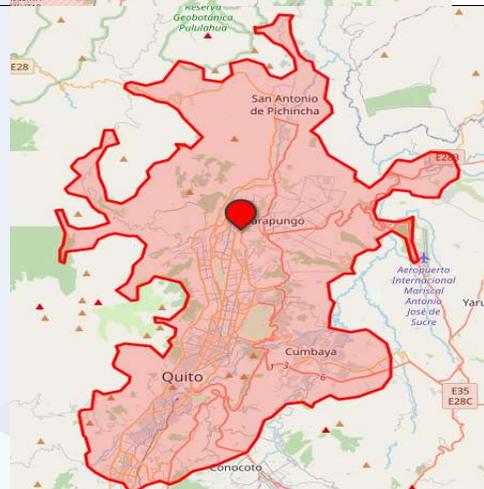
**Gráfico No. 7: Área de Influencia
Planta Norte**



**Gráfico No. 8: Área de Influencia
Planta Sur**



**Gráfico No. 9: Área de Influencia
Planta Carcelén**



[359] Por su ubicación geográfica y en virtud de la duración del producto el área de distribución del mismo corresponde a la ciudad de Quito, y sus alrededores⁶³.

Definición del Mercado Relevante

[360] Bajo las consideraciones expuestas, la CRPI determina que el procedimiento de concentración económica analizada se extiende a los siguientes mercados relevantes:

- 1) Producción y comercialización de cemento a nivel nacional.
- 2) Producción y comercialización de hormigón en Quito y sus alrededores.

9.5 Efectos de la operación de concertación sobre el mercado relevante

[361] En cuanto a los efectos derivados de la operación de concentración la INCCE presentó en su informe el siguiente análisis:

“En lo referente al mercado relevante aguas arriba se obtuvo las siguientes participaciones:

Cuadro No. 15. Cuotas de participación en el mercado de cemento a nivel nacional 2018-2021

Operador Económico	2018	2019	2020	2021
UNACEM Ecuador S.A.	[20 – 30]%	[20 – 30]%	[20 – 30]%	[20 – 30]%
Otras 3 operadores económicos*	[70 – 80]%	[70 – 80]%	[70 – 80]%	[70 – 80]%

Fuente: Exp. SCPM-IGT-INCCE-8-2022

Elaboración: INCCE

**SCVS. Información obtenida de los balances financieros de INDUATENAS S.A. correspondientes a ventas ordinarias.*

Se observa que UNACEM Ecuador en 2018, mantuvo una participación de [20-30]%. Por otro lado, el principal competidor del mercado relevante fue HOLCIM con una cuota superior al 40%. El liderazgo de HOLCIM se mantuvo para los años 2019, 2020 y 2021. Si bien UNACEM Ecuador es el segundo actor relevante en el mercado de cemento, su participación no le permite generar efectos verticales sobre el mercado aguas abajo, ya que no podría tener la capacidad e incentivo para aquello, (...) como se verificó, posterior a 2019, las cuotas de mercado se mantuvieron relativamente

⁶³ Al respecto, el operador económico manifestó que es posible analizar “los cuatro mercados relevantes geográficos que se encuentra dividida la provincia de Pichincha (40 km a la redonda desde la planta física)” se evidencia que en el 75% de los mercados geográficos o zonas se ha incorporado al menos un nuevo competidor a los ya existentes previamente como se demuestra a continuación” Sin embargo, esta afirmación no está dirigido a desacreditar la definición del mercado geográfico definido por la Intendencia y recogido por esta autoridad, por el contrario dicho argumento está relacionado con la falta de un efecto pernicioso en el mercado producto de la concentración económica, situación que es analizada el punto correspondiente de esta Resolución.

estables, indicativo que no existió un cambio estructural sobre las ventas de UNACEM Ecuador.

En lo concerniente al mercado de hormigón premezclado en Quito y sus alrededores, para la cuantificación de la cuota de participación, la INCCE requirió información de ventas a empresas que participan en el mercado, obteniendo los siguientes resultados:

Cuadro No. 16. Cuotas de participación en el mercado de hormigón en Quito y sus alrededores 2018-2021

Operadores Económicos	Cuotas 2018	Cuotas 2019	Cuotas 2020	Cuotas 2021
UNICON ECUADOR+MEZCLALISTA	[20-30]	[20-30]%	[20-30]%	[20-30]%
UNICON	[10-20]%	[20-30]%	[20-30]%	[20-30]%
MEZCLALISTA	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Otros 10 operadores económicos	[70-80]%	[70-80]%	[70-80]%	[70-80]%

Fuente: Expediente SCPM-IGT-INCCE-8-2022

Elaboración: INCCE

La participación que disponía MEZCLALISTA y UNICON ECUADOR eran de [0-10]% y [10-20]%, respectivamente, mientras que combinando ambos negocios resultaba en una cuota equivalente al [20-30]%. Posteriormente, en 2019, los ingresos de MEZCLALISTA se redujeron, a consecuencia de la transacción, ya que dejaron de participar en el mercado, su participación fue del [0-10]%, mientras que UNICON ECUADOR, ya con los activos escindidos incrementó sus cuota en [0-10]%. Posterior a este año, las cuotas combinadas de UNICON ECUADOR con los activos del grupo económico MEZCLALISTA-CYMCA, se mantuvieron relativamente constantes.

En cuanto a la presión competitiva del mercado relevante, se observa que existen aproximadamente 10 competidores que abarcan entre el [70-80]%, para el periodo de análisis, lo cual da cuenta de la contestabilidad que existe en el sector. Cabe mencionar que el líder del mercado desde 2019 es HOLCIM, con una participación superior al 25%. Igualmente en el mercado relevante participa UCEM, y Hormigonera de los Andes. Esta última ha tenido un crecimiento en los últimos 4 años.

Cuadro No. 17. Indicadores de Concentración 2019

Indicadores de Concentración	Indicador
HHI Ex Ante	[1000-2000]
HHI Ex Post	[2000-3000]
Índice de Dominancia	[40-50]%

Fuente: Expediente SCPM-IGT-INCCE-8-2022

Elaboración: INCCE



Complementando el análisis esbozado, de acuerdo al Índice de Dominancia calculado para este mercado, cuyo valor es de [40-50]% en 2018, se verifica que UNICON ECUADOR no ostenta posición de dominio en el mercado, por lo cual, efectos derivados de la transacción resultarían inexistentes, algo que se comprueba de manera estructural, con la evolución de cuotas de participación del operador en cuestión, en vista que no ha existido un acaparamiento de demanda y al encontrarnos con un mercado de bienes homogéneos, donde la participación es un reflejo de la intensidad competitiva, se puede descartar posibles efectos unilaterales.

[231] Por los hechos previamente detallados, esta Intendencia concluye que la operación de concentración analizada no creó, modificó o reforzó el poder de mercado en ninguno de los mercados relevantes estudiados, ni tampoco generó una sensible disminución, distorsión u obstaculización de la competencia, razón por la cual no es necesario extender la investigación en este aspecto.”

[362] Bajo las consideraciones expuestas, la CRPI determina que el procedimiento de concentración económica analizada no generó cambios significativos en la estructura competitiva, si bien se produjo la eliminación de un operador competidor en el mercado aguas abajo, la cuota trasladada al operador económico comprador no era suficiente para generar preocupaciones de posibles efectos negativos, tanto porque la participación del operador adquirente no ostenta posición de dominio, como por la contestabilidad⁶⁴ en dicho mercado.

[363] Respecto a este punto el operador económico **UNICON ECUADOR**, entre sus alegatos, señaló que los testimonios rendidos entre el 20 al 29 de diciembre de 2022⁶⁵, demuestran la existencia de mercado competitivo, por lo cual no existiría impacto y/o afectación sobre el mercado relevante derivado de la compra de activos de **UNICON ECUADOR** a **MEZCLALISTA** y **CYMCA**⁶⁶.

[364] En consecuencia, esta Comisión valora los elementos aportados entre ellos, la toma de testimonios realizada por la Intendencia y **UNICON ECUADOR**, por lo posible establecer que la operación de concentración analizada no creó, modificó o reforzó el poder de mercado en ninguno de los mercados relevantes estudiados, ni tampoco generó una sensible disminución, distorsión u obstaculización de la competencia en los mercados relevantes⁶⁷.

⁶⁴ La INCCE señaló, en el Memorando No. SCPM-IGT-INCCE-2023-069 de 12 de abril de 2023, lo siguiente:

“(…) existen más de diez empresas que generan actividad económica, siendo un mercado con alta concentración (medido a través del índice Herfindahl Hirschman), no obstante, entre el 70 y 80% de participación del mercado, se distribuye entre 10 operadores económicos, siendo un indicativo de que es un mercado contestable.”

⁶⁵ De conformidad con la prueba solicitada por el operador económico UNICON ECUADOR en escrito de 18 de noviembre de 2022.

⁶⁶ Situación que fue confirmada por la Intendencia en el memorando No. SCPM-IGT-INCCE-2023-069 y ratificada por **UNICON ECUADOR** en escrito de 18 de abril de 2023.

⁶⁷ Posición que es concordante el operador económico en su escrito de alegatos, página 31.



[365] Con respecto a este punto, **UNICON ECUADOR** se refirió en su escrito de alegatos que el señor Guillermo Andrade representante legal de CYMCA y MEZCLALISTA mencionó que el activo más importante es el know how y no los bienes materiales, razón por lo que la transferencia de activos realizada por el investigado no habría afectado el mercado relevante.

[366] En particular en su escrito de alegatos el operador económico manifestó:

*Dada la importancia del know how dentro de un negocio, no sorprende que en el testimonio rendido por el señor Guillermo Andrade representante legal de CYMCA y MEZCLALISTA el 20 de enero de 2023 menciona que lo importante no son los activos vendidos a UNICON, sino la cartera de clientes, reputación y know how, lo que no **compró UNICON a CYMCA y MEZCLALISTA. Para CYMCA y MEZCLALISTA la transferencia de activos a UNICON no modifica su participación en el mercado, pues, para este operador económico, el activo más importante es el know how y no los bienes materiales, por lo que, la transferencia que se realizó a UNICON sobre algunos de sus camiones y mixers no afectó al mercado relevante, como mal trata de determinar la Intendencia. Ello omite la Intendencia por lo que yerra en su Informe y así lo debe resolver la CRPI.** (Énfasis añadido)*

[367] Al respecto, llama la atención de esta Autoridad el que operador económico defina como elemento más importante de la empresa al Know How, cuando en el presente caso producto objeto de análisis (hormigón premezclado) tiene características relativamente homogéneas y estandarizadas en el mercado. Por lo que, esta Comisión no logra entender cuál es la real importancia de dicho ítem en relación a otros⁶⁸ para operar en el mercado, en consideración de las particularidades del producto.

[368] Sin perjuicio de lo indicado, esta CRPI tiene en consideración que el argumento realizado por el operador económico **UNICON ECUADOR** se encuentra dirigido a resaltar que “*la transferencia que se realizó a UNICON sobre algunos de sus camiones y mixers no afectó al mercado relevante*”, situación que, como ha sido expresado por esta Comisión la operación de concentración analizada no distorsionó significativamente el mercado relevante, por lo que dicho alegato no cambia el análisis realizado por esta Comisión.

Aplicación de los criterios del artículo 22 de la LORCPM

[369] Al respecto, la Intendencia en su memorando No. SCPM-IGT-INCCE-2023-069 de 12 de abril de 2023, manifestó:

(...)

En atención a lo requerido informamos lo siguiente con respecto a los numerales 1, 3 y 4 del artículo 22 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de

⁶⁸ Además de la revisión del expediente, en la respuesta otorgada por



Mercado (en adelante LORCPM), analizados dentro del informe SCPM-IGT-INCCE-2023-004 de 08 de marzo de 2023 (en adelante INFORME):

1.- El estado de situación de la competencia en el mercado relevante.

Con base en información proporcionada por los operadores económicos del mercado de cemento y hormigón se cuantificó las cuotas de participación tanto en el mercado relevante aguas arriba (producción y comercialización de cemento a nivel nacional) y aguas abajo (producción y comercialización de hormigón en Quito y sus alrededores), como una medida cuantitativa de la estructura competitiva de los mismos, siendo esta una aproximación la de situación de la competencia, donde se identificó para el primero caso, que existen cuatro empresas que rivalizan por el mercado de cementos en Ecuador, en el que se evidencia que la compañía que dispone de una mayor incidencia sobre el mismos es HOLCIM ECUADOR S.A.

Por otro lado, en el mercado de hormigón, existen más de diez empresas que generan actividad económica, siendo un mercado con alta concentración (medido a través del índice Herfindahl Hirschman), no obstante, entre el 70 y 80% de participación del mercado, se distribuye entre 10 operadores económicos, siendo un indicativo de que es un mercado contestable.

Lo mencionado se puede revisar en la Sección 8 del INFORME, desde el párrafo 224 hasta el 230.

3.- La necesidad de desarrollar y/o mantener la libre concurrencia de los operadores económicos, en el mercado, considerada su estructura así como los actuales o potenciales competidores.

El tercer criterio establecido en el artículo 22 de la LORCPM hace alusión a una evaluación de barreras de entradas, además de considerar la estructura del mercado.

Con respecto a esta última, en la Sección 8 del INFORME se realiza una explicación detallada sobre la estructura de los mercados relevantes como se refirió anteriormente.

En relación a la evaluación de barreras de entrada, en el punto 9.5, letra g, “Respecto de los argumentos presentados por UNICON ECUADOR sobre la falta de notificación de la operación de concentración económica investigada” del INFORME, el operador económico manifestó que la compra de activos no generó barreras de entrada ni tampoco el mercado dispone de tal condición.

En párrafo 310 del INFORME, la INCCE indicó “Al determinarse que la operación de concentración económica ejecutada por UNICON ECUADOR no generó efectos perjudiciales al mercado, no es necesario profundizar en el análisis de barreras de entrada, por lo tanto, al no ser un hecho controvertido, no es necesario emitir un criterio al respecto”, por lo cual, esta dependencia con base en lo analizado en la sección 8 del INFORME, y la ausencia de efectos económicos derivados de la



transacción, no profundizó sobre la determinación de barreras de entrada o la necesidad de desarrollar y/o mantener la libre concurrencia de los operadores económicos

4.- La circunstancia de si a partir de la concentración, se generare o fortaleciere el poder de mercado o se produjere una sensible disminución, distorsión u obstaculización, claramente previsible o comprobada, de la libre concurrencia de los operadores económicos y/o la competencia.

Tal como se señaló previamente, en la Sección 8 del INFORME se realiza una explicación detallada sobre la estructura de los mercados relevantes. Con base en la información del mercado y la utilización complementaria y referencial del indicador de dominancia, se concluyó en el párrafo 231:

Por los hechos previamente detallados, esta Intendencia concluye que la operación de concentración analizada no creó, modificó o reforzó el poder de mercado en ninguno de los mercados relevantes estudiados, ni tampoco generó una sensible disminución, distorsión u obstaculización de la competencia, razón por la cual no es necesario extender la investigación en este aspecto.

[370] Al respecto, el operador económico en escrito de 18 de abril de 2023, manifestó su acuerdo con las conclusiones de la Intendencia. En particular manifestó:

En virtud de la aplicación del Artículo 164 del COGEP, apreciando las pruebas en conjunto, queda demostrado que la compra de determinados activos de MEZCLALISTA y CYMCA no amplía la capacidad de UNICON, ni produjo una disminución, distorsión, ni obstaculización de la libre concurrencia, por lo que UNICON concuerda con el análisis realizado por la Intendencia en este punto.

[371] En tal sentido, esta Comisión en aplicación del artículo 22 de la LORCPM, en concordancia con el artículo 26 del Reglamento a la Ley considera:

1.- El estado de situación de la competencia en el mercado relevante

[372] Del análisis del informe presentado por la INCCE, y con sustento en la información proporcionada por los operadores económicos en el mercado de cemento y hormigón, fue posible identificar que en el mercado aguas arriba da una apariencia de ser un mercado competitivo en el que compiten cuatro empresas, siendo el operador preponderante HOLCIM ECUADOR S.A. De igual forma en el mercado aguas abajo (producción y comercialización de hormigón en Quito y sus alrededores) en el que se evidencia la existencia de cerca de 10 competidores que en conjunto abarcan del 73 al 76% del mercado en el periodo analizado.

2.- El grado de poder de mercado del operador económico en cuestión y el de sus principales competidores

[373] Como fue expresado previamente en la presente resolución, en el mercado aguas arriba el grado de poder del mercado del operador económico en cuestión y el de sus principales competidores, en la temporalidad analizada, se resume en el siguiente gráfico:

Operador Económico	2018	2019	2020	2021
UNACEM Ecuador S.A.	[20-30]%	[20-30]%	[20-30]%	[20-30]%
Otras 3 operadores económicos*	[70-80]%	[70-80]%	[70-80]%	[70-80]%

[374] De igual manera, el grado de poder de mercado aguas abajo es el siguiente:

Operadores Económicos	Cuotas 2018	Cuotas 2019	Cuotas 2020	Cuotas 2021
UNICON ECUADOR+MEZCLALISTA	[20-30]	[20-30]%	[20-30]%	[20-30]%
UNICON	[20-30]%	[20-30]%	[20-30]%	[20-30]%
MEZCLALISTA	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Otros 10 operadores económicos	[70-80]%	[70-80]%	[70-80]%	[70-80]%

[375] Por lo que es posible concluir que **UNICON ECUADOR** no ostentó posición de dominio en los mercados relevantes.

3.- La necesidad de desarrollar y/o mantener la libre concurrencia de los operadores económicos, en el mercado, considerada su estructura así como los actuales o potenciales competidores

[376] Como ya ha sido expresado por esta Comisión los mercados tanto aguas arriba como aguas abajo no han reportado tener operadores con cuotas alarmantes, por lo que la concentración económica no notificada previamente no genera una afectación al mercado, ni a la libre concurrencia de los operadores económico actuales o potenciales

[377] Finalmente, esta Comisión coincide con las alegaciones realizadas por el operador económico **UNICON ECUADOR** respecto de que el mercado relevante no presenta a priori barreras de entrada significativas⁶⁹. Así como que, mediante la concentración económica de **UNICON ECUADOR** con MEZCLALISTA y CYMCA no fueron creadas barreras de entrada a nuevos operadores económicos, ni produjo un efecto negativo en los mercados relevantes⁷⁰.

4.- La circunstancia de si a partir de la concentración, se generare o fortaleciere el poder de mercado o se produjere una sensible disminución, distorsión u obstaculización, claramente previsible o comprobada, de la libre concurrencia de los operadores económicos y/o la competencia

[378] De conformidad con lo analizado en la presente resolución la CRPI concluye que la operación de concentración entre **UNICON ECUADOR** con MEZCLALISTA y CYMCA no creó, modificó o reforzó el poder de mercado en ninguno de los mercados

⁶⁹ Página 30 del escrito de alegatos.

⁷⁰ Página 2 del escrito de Alegatos de **UNICON ECUADOR**



relevantes, así como tampoco ha generado una sensible disminución, distorsión u obstaculización de la competencia, ni creo efectos anticompetitivos en el mercado.

- [379] Por otra parte, esta Comisión estima que, por tratarse de un expediente producto de un procedimiento de investigación de operaciones de concentración económica ejecutadas sin autorización previa -y no la autorización de una nueva concentración- no tiene lugar el análisis correspondiente del punto 5 del artículo 22 de la LORCPM
- [380] Finalmente, esta Comisión estima que de conformidad con el punto 9.3.3 de la presente resolución, la concentración económica entre **UNICON ECUADOR** con **MEZCLALISTA** y **CYMCA** debía cumplir con la obligatoriedad de la notificación previa contenida en el primer inciso y letra a) del artículo 16 de la LORCPM, situación que no fue realizada, lo cual constituye una infracción a la Ley.
- [381] Por otra parte, como ha sido expresado en párrafos previos dicha concentración económica no produjo efectos económicos en el mercado, dado que no creó, modificó o reforzó el poder de mercado en ninguno de los mercados relevantes, así como tampoco ha generado una sensible disminución, distorsión u obstaculización de la competencia, ni creo efectos anticompetitivos en el mercado, por lo que en el presente caso no es necesario imponer medidas de desconcentración, o medidas correctivas necesarias para revertir dichos efectos, sin perjuicio de las sanciones que tengan lugar de conformidad con los artículos 78 y 79 de la Ley.

CÁLCULO DE LA MULTA

- [382] Una vez determinada la infracción a la LORCPM, se procede calcular la correspondiente multa; sin embargo, esta Comisión de forma previa procederá a revisar el alegato final del operador económico sobre el tema.
- [383] Al respecto, **UNICON ECUADOR**, en lo principal, manifestó en cuanto al cálculo de la multa, que la Intendencia consideró los atenuantes y agravantes en los que incurrió el operador económico en el transcurso de la notificación; sin embargo, la INCCE no habría considerado ciertos atenuantes: 1) la notificación informativa realizada por **UNICON ECUADOR**, **MEZCLALISTA** y **CYMCA**, 2) la colaboración realizada por **UNICON ECUADOR** con la SCPM, al entregar toda la documentación solicitada.
- [384] En adición el operador económico expuso que en el informe de la Intendencia no existe un cálculo aproximado del valor a imponer por la supuesta violación al Artículo 16 de la LORCPM, por lo que el informe estaría incompleto lo cual violaría el derecho a la defensa de **UNICON ECUADOR** y conllevaría a la nulidad del informe.
- [385] En razón de lo manifestado por el operador económico, esta autoridad considera que efectivamente **UNICON ECUADOR** mediante notificación informativa puso en conocimiento de la SCPM la existencia de la concentración económica entre dicho operador y los operadores **CYMCA** y **MEZCLALISTA**, lo que esta Comisión, de conformidad con el artículo 82 de la LORCPM, lo tendrá en cuenta al realizar el cálculo de la multa correspondiente.



- [386] Por otra parte, a diferencia de lo argumentado por el operador económico, esta autoridad considera que no existió una colaboración plena de UNICON Ecuador para con la investigación realizada por la Intendencia, conforme se desprende del análisis realizado en el acápite de Cálculo de la Multa.
- [387] Por otra parte, respecto de la afirmación consistente en que la Intendencia no habría calculado el importe de la multa, a diferencia de lo sucedido en otro caso sustanciado por la Intendencia de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos Restrictivos de la Competencia esta Comisión aclara a **UNICON ECUADOR** que el Instructivo de Gestión Procesal Administrativo (IGPA) establece como requisito que las Intendencias en los informes finales que tengan lugar producto de una investigación por conductas anticompetitivas deban necesariamente proponer el cálculo sanción a ser impuesta, lo indicado consta en los artículos 15 y 29 de la referida norma.
- [388] Por el contrario, el presente expediente inició por la falta de notificación previa de una concentración económica, procedimiento que se encuentra regulado en el artículo 39 del (IGPA) y del que la norma no exige que la Intendencia de Control de Concentraciones Económicas proponga el cálculo de la posible sanción. Por lo que no tiene asidero la alegación de nulidad realizada por el operador económico.

Cálculo de la Multa

- [389] En aplicación de la Metodología para la Determinación del Importe de Multas por el Cometimiento de Infracciones a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, figuran las siguientes consideraciones, variables y cómputos:
- [390] La conducta por la que sanciona es aquella constante en la letra c, numeral tercero del artículo 78 de la LORCPM, es decir, la ejecución de actos o contratos efectuados por el operador económicos resultante de una operación de concentración sujeta a control antes de haber sido notificada a la Superintendencia o antes de que haya sido autorizada de conformidad con las previsiones de la LORCPM, se constituye como una infracción muy grave en los términos de esa misma Ley.
- [391] **Volumen de Negocio en el Mercado Relevante (VNMR):** Se considera el VNMR total de los operadores económicos que participan en el mercado relevante, durante el 2019, conforme con el señalamiento de la resolución SCPM-DS-2021-19, es decir, el valor de USD 59.113.329,87.

Cuota de participación de mercado del operador económico infractor (λ): Corresponde a la cuota de participación del operador económico infractor.

- [392] En este caso, la Intendencia de Control de Concentraciones Económicas ha indicado que la cuota del infractor equivaldría a [REDACTED], considerando únicamente el volumen de negocios de UNICON, sin el de MEZCLALISTA. En este punto, esta Comisión se separa de tal propuesta y procede a calcular la cuota conjunta de ambos operadores económicos para el año 2019.



- [393] Por tanto, con un volumen de negocios conjunto dentro del mercado relevante de USD [REDACTED] y con un volumen de negocios total de ese mercado de USD 59.113.329,87, la cuota de mercado corresponde al valor de [REDACTED].
- [394] **Parámetro de calibración según el tipo de infracción (β):** Dado que se emplearán 4 argumentos en la sección exponencial de la fórmula, y dado que la infracción en análisis es muy grave, este parámetro tomará el valor de 0,45.
- [395] **Alpha (α):** Constituye el coeficiente (en porcentaje) del volumen de negocios de todos los operadores económicos dentro del (los) mercado (s) relevante (s) y el monto total del volumen de negocios o ingresos según el respectivo CIU en su revisión más actual a seis dígitos, es decir el valor de 0,0803.
- [396] **HHI^M:** Constituye el índice HHI del mercado relevante, incluyendo la información de MEZCLAISTA, que tal como ha señalado la intendencia, considerando la participación conjunta de ambos operadores económicos, asciende a [REDACTED], en consecuencia para fines del cálculo del importe de la sanción se tomará en cuenta el valor de [REDACTED].
- [397] **EC:** Toma el valor de 1 dado que el HHI supera el valor del 1500.
- [398] **Alcance de la Infracción (ϕ):** Dado que el mercado abarca parte de la provincia de Pichincha, esta variable tiene el valor de [REDACTED].
- [399] **Efectos sobre consumidores o usuarios (ϵ):** Dado que, de acuerdo con la Intendencia, la operación de concentración no ha reportado efectos económicos dentro del mercado, se considerará a esta variable con el valor de cero.
- [400] **Beneficios obtenidos como consecuencia de la infracción (ω):** Dado que, de acuerdo con la Intendencia, la operación de concentración no ha reportado beneficios extraordinarios, se considerará a esta variable con el valor de cero.
- [401] **Duración de la infracción (τ):** El periodo de la infracción ha sido calculada en función a lo señalado en el artículo 98 del reglamento a la LORCPM, considerando que para periodos inferiores a un semestre se contarán como medio año. Por tanto el valor de esta variable será de [REDACTED].
- [402] **Criterio de ponderación (η):** Considerando la variable anterior Tau (τ), y lo señalado en el literal k de la resolución SCPM-DS-2021-19, esta variable corresponde a [REDACTED].
- [403] **Agravantes y atenuantes (ψ):** En relación con los agravantes, la Intendencia manifiesta:

[325] *La INCCE considera como agravante: i) la comisión reiterada de infracciones tipificadas en la presente Ley, dado que es la segunda ocasión que UNICON Ecuador realiza el cambio de control sobre otra empresa sin haber notificado previamente a la autoridad, y, ii) la falta de colaboración prestada por parte de UNICON Ecuador, a lo largo de la investigación de la operación de concentración económica no notificada,*



específicamente las reiteradas ocasiones en la demora en la entrega de información. Se solicitó información mediante providencia de 13 de enero de 2023; sin embargo, posteriormente, al no obtener respuesta de UNICON Ecuador, devinieron varias actuaciones procesales, a saber: a) se concedió prórroga para la entrega de la misma mediante providencia de 20 de enero de 2023; b) mediante providencia de 09 de febrero de 2023 se insistió en la entrega de la información; c) mediante providencia de 13 de febrero se concedió la prórroga para su entrega; d) mediante providencia de 16 de febrero se insistió en la entrega de la información; y, e) finalmente en providencia de fecha 17 de febrero de 2023 se negó la solicitud de una nueva prórroga y se otorga 1 día para la entrega de la providencia. En varios casos la información tuvo que ser obtenida de diferentes fuentes debido a la falta de entrega oportuna de la información requerida por parte de UNICON Ecuador, dilatando el ejercicio de investigación de esta Intendencia.

[326] *En tal virtud, mediante providencia de 24 de febrero de 2023, ya que definitivamente UNICON Ecuador no presentó la información requerida mediante providencia de 13 de enero de 2023, se dispuso la elaboración de un informe respecto del presunto incumplimiento de entrega de información.*

[404] Al respecto del primer agravante propuesto por la Intendencia, esta Comisión señala que la identidad subjetiva aclamada por ella no es clara, es decir que en el antecedente en el que se sancionó por falta de notificación de concentración económica el operador económico era **UNACEM**, que, aunque forma parte del mismo grupo económico tiene una identidad subjetiva distinta al de **UNICON Ecuador**; por lo que no resulta cierto que es la segunda vez que “*UNICON Ecuador realiza el cambio de control*” sin notificar; por tanto, se descarta este agravante.

[405] En relación con el segundo agravante, esta CRPI declara que la falta de colaboración del operador UNICON Ecuador es clara acerca del tiempo transcurrido entre la solicitud inicial de información y las prórrogas sucesivas relacionadas con ésta. Por tanto, esta Comisión coincide con la Intendencia en cuanto a la consideración de este agravante.

[406] En adición, esta CRPI señala que la LORCPM otorga un tiempo muy reducido a la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas en el desarrollo de sus investigaciones, las que deben durar lo menos posible, con la finalidad de volver lo más expeditivas posibles la ejecución de concentraciones económicas en Ecuador. Por tanto, la falta de colaboración de un operador económico a esta Intendencia perjudica a todos los operadores económicos sujetos a un control –incluso en otros expedientes– durante ese momento, porque entorpece la labor de la ésta y amplía los tiempos de respuesta de la misma, generando demoras en su despacho.

[407] En alusión a los atenuantes, el operador económico alega:



La Intendencia no toma en cuenta como atenuante que UNICON, MEZCLALISTA y CYMCA notificaron voluntariamente a la SCPM de la concentración económica, acción que puede enlistarse en el tercer supuesto que menciona, la realización de actuaciones tendientes a reparar el supuesto daño causado, sin embargo, la Intendencia ha hecho caso omiso mostrando la falta de imparcialidad con la que ha actuado a lo largo de todo el proceso.

- [408] Sobre este alegato, la CRPI manifiesta que difiere del criterio de la defensa del operador, por cuanto no considera que haber presentado una notificación voluntaria tienda a reparar un daño causado.
- [409] No obstante, el artículo 82 de la LORCPM, admite más atenuantes que los constantes expresamente: en tal virtud, esta Comisión considera que la presentación voluntaria (aunque tardía) de la operación de concentración alertó a esta institución de control a emprender la investigación que ahora se está resolviendo, generándole ahorros en la administración de sus recursos investigativos, ergo, dicha presentación será considerada en este Resolución como un atenuante a la luz de la Ley.
- [410] En síntesis, la variable de atenuantes y agravantes involucrada en el cómputo de la multa tendrá el valor de uno.

Cómputo del importe de la sanción:

$$\kappa_t = \frac{\text{[Redacted]}}{\text{[Redacted]}}$$

$$\text{Importe de la multa} = \{ [\text{Redacted}] * [\text{Redacted}] * [\text{Redacted}] \} * (\text{Redacted}) * [\text{Redacted}] * [\text{Redacted}]$$

$$\text{Importe total de la multa} = \min\{ [\text{Redacted}], [\text{Redacted}] \}$$

De los límites legales

- [411] De acuerdo con el artículo 79 de la LORCPM y del artículo 97 del Reglamento a la misma Ley, esta Comisión calculará el límite legal del 12 % del volumen de negocios del operador económico infractor con la mejor data disponible.
- [412] De forma adicional se mostrará la aplicación de ese mismo porcentaje al monto del volumen de negocios del operador económico infractor dentro del mercado relevante definido.



Importe de sanción (en USD)	(1) Porcentaje del volumen de (2) negocios total del año 2019. (3) Porcentaje del volumen de negocios total del año 2021 ⁷¹ . (4) Porcentaje del volumen de negocios del mercado relevante.
159.397,73	(1) [1-5]%
159.397,73	(2) [1-5]%
159.397,73	(3) [1-5]%

[413] Luego del cálculo de la multa, y del chequeo de los límites legales, esta Comisión manifiesta que el monto de la sanción por la ejecución de actos o contratos efectuados por el operador económicos resultante de una operación de concentración sujeta a control antes de haber sido notificada a la Superintendencia o antes de que haya sido autorizada de conformidad con las previsiones de la LORCPM, asciende a USD 159.397,73.

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

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR la falta de notificación y la ejecución no autorizada de una operación de concentración económica por parte del operador económico **Unión de Concreteras UNICON UCUE Cía. Ltda**, al haber este último adquirido activos de los operadores CYMCA S.A. MEZCLALISTA S.A.

SEGUNDO.- DECLARAR al operador económico **Unión de Concreteras UNICON UCUE Cía. Ltda**, infractor de los artículos 15, 16 y 78, numeral 3, letra C de la LORCPM por la no notificación obligatoria de concentración económica.

TERCERO.- IMPONER al operador económico **Unión de Concreteras UNICON UCUE Cía. Ltda**, la multa de ciento cincuenta y nueve mil trescientos noventa y siete Dólares de Estados Unidos de América, con setenta y tres centavos (USD 159.397,73), en aplicación del artículo 79 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y la Metodología para la Determinación del Importe de Multas por el Cometimiento de Infracciones a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

El pago del importe de la multa deberá ser cancelado al día siguiente de la notificación de la presente resolución. Los valores serán depositados en la cuenta corriente No

⁷¹ Obtenido del portal de la Superintendencia de Compañías Valores y seguros, del perfil del operador económico Unión de Concreteras UNICON UCUE CIA. LTDA, del documento auditoria externa de 2021, página 41, visto por última vez el 20 de abril de 2023 en:
<https://appscvsconsultas.supercias.gob.ec/consultaCompanias/societario/informacionCompanias.jsf>

7445261 del Banco del Pacífico, a nombre de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, debiendo remitir el comprobante del depósito a la CRPI en el término de tres (3) días contado a partir de la realización del pago.

CUARTO.- DECLARAR la presente resolución como confidencial.

QUINTO.- EMITIR la versión no confidencial de la presente resolución.

SEXTO.- AGREGAR al expediente en su parte confidencial la presente resolución.

SEPTIMO.- AGREGAR al expediente la versión no confidencial.

OCTAVO.- NOTIFICAR operador económico **Unión de Concreteras UNICON UCUE Cía. Ltda** con la versión confidencial de la presente resolución

NOVENO.- NOTIFICAR con la presente resolución a la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas y a la Intendencia General Técnica y a la Dirección Nacional Financiera de la SCPM para los fines legales pertinentes, con la versión no confidencial de la presente resolución.

**PABLO
RENE
CARRASCO
TORRONTE
GUI
COMISIONADO**

Firmado digitalmente por PABLO
RENE CARRASCO TORRONTEGUI
DN: CN=PABLO RENE CARRASCO
TORRONTEGUI, SERIALNUMBER
=090621111646, OU=ENTIDAD DE
CERTIFICACION DE
INFORMACION, O=SECURITY
DATA S.A. 2, C=EC
Razón: Soy el autor de este
documento
Ubicación:
Fecha: 2023.04.20 16:42:28-05'00'
Foxit PDF Reader Versión: 12.0.0

Firmado electrónicamente por:
**CARL MARTIN PFISTERMEISTER
MORA**
Razón: Resolución expediente SCPM-CRPI-004-2023
Localización: Quito - Ecuador
Fecha: 2023-04-20T16:52:06.056959-05:00

COMISIONADO



Firmado electrónicamente por:
**EDISON RENE TORO
CALDERON**

PRESIDENTE

 Superintendencia de Control del Poder de Mercado	FORMATO DE RAZÓN	CÓDIGO: FO-SG-01-06
	SECRETARÍA GENERAL	VERSIÓN: 01 FECHA: 01/01/2020

RAZÓN
EXPEDIENTE NO. SCPM-CRPI-004-2023

RAZÓN.- Siento por tal que, a los veinte (20) días del mes de abril de 2023, las 16:26 minutos, se emitió la resolución en su versión no confidencial signada con ID 270329, anexo 505576, constante en ciento diez y seis (116) páginas, cuyas firmas originales constan en la resolución versión confidencial signado con ID 270329, anexo 505575.-
CERTIFICO.-


Abg. Verónica Vaca Cifuentes
SECRETARIA AD-HOC CRPI

