

**EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI 009-2018**

**SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.-** Quito D.M., 14 de marzo del 2018, a las 16h30.- **VISTOS.-** El Superintendente de Control del Poder de Mercado, designó al doctor Marcelo Ortega Rodríguez, Presidente de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, al doctor Agapito Valdez Quiñonez, Comisionado y al doctor Diego Xavier Jiménez Borja, Comisionado, mediante los actos administrativos correspondientes. Al respecto y por corresponder al estado procesal del expediente el resolver, para hacerlo se considera:

**PRIMERO.- COMPETENCIA.-** La Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante se podrá denominar también CRPI.), es competente conocer las operaciones de concentraciones, falta de notificación de una operación de concentración, así mismo podrá autorizar, denegar o subordinar la operación de concentración económica previo el cumplimiento de las condiciones legales, conforme lo señalado en el artículo 21 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante LORCPM), en concordancia con lo determinado en el artículo 16 literal g) del numeral 2.1., del Capítulo II, del Título IV del Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en adelante SCPM).

**SEGUNDO.- VALIDEZ DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.-**

2.1 El operador económico ICEBELL S.A., alega: "**NULIDAD ABSOLUTA EN EL INFORME SCPM-ICC-006-2018 DE FECHA 29 de ENERO DE 2018.**" para la CRPI., el informe emitido por el órgano sustanciador se encuentra dentro de los plazos establecido conforme establece el Art. 67 del Reglamento par al Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante RLORCPM), enmarcado dentro de los preceptos legales establecidos en la Ley Orgánica de Regulación del Poder de Mercado (en adelante LORCPM) y su RLORCPM., la SCPM., cuenta con norma propia, por consiguiente no es aplicable el Estatuto de Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva (ERJAFE) aduce además "(...) errores de la información brindada en cuadros del Informe SCPM-ICC-006-2018 de fecha 29 de enero de 2018" Al respecto se debe manifestar que por parte de la ICC., ha considerado como operador económico infractor al grupo económico al que pertenece la empresa ICEBELL S.A., de conformidad con el Art. 11 del RLORCPM., sin embargo la CRPI., de ser el caso tomará en cuenta en los criterios establecidos en la LORCPM., así como los criterios de la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante Junta de Regulación), advierte además (...) *Erróneo criterio de vinculación expuesto en Informe SCPM-ICC-006-2018 de fecha 29 de enero de 2018*" Al respecto en el informe de actuaciones previas realizadas por la Intendencia de Investigación de Control de Concentraciones Económicas (en adelante ICC) se evidencia que "(...) el control sobre la compañía ICEBELL S.A. (al momento de la transacción), lo ejercía la compañía DELI INTERNACIONAL S.A. con un total del 60% del paquete accionario, otorgándole este porcentaje facultades de dirección de la compañía. De igual manera, quien ejercía control sobre la empresa DELI INTERNACIONAL S.A., (al



momento de la transacción), era la compañía NECKIC Ltd., con un 97% del paquete accionario, lo cual le otorgó control sobre las dos compañías. Por otra parte, NECKIC Ltd., al momento de la transacción, mantenía el 60% del paquete accionario sobre la empresa SHEMLON S.A., lo cual constituye un criterio de vinculación de conformidad al artículo 17 de la LORCPM.” “(...) es importante aclarar que para el cálculo del volumen de negocios, a efectos de la sumatoria para determinar empresas vinculadas con los operadores económicos en cuestión, no se considera únicamente las empresas que se encuentran operando en el mismo mercado relevante, sino que en virtud del artículo 16 literal a) y artículo 17 de la LORCPM, se debe tomar en cuenta el total del volumen de negocios en el Ecuador del conjunto de los partícipes que en este caso son todas las empresas relacionadas, como se explicó con anterioridad. Por lo tanto, la ICC en ningún momento forzó el incremento del volumen de negocios de tal manera que supere el umbral establecido por la Junta de Regulación, sino que únicamente cumplió con el mandato legal de la sumatoria del volumen de negocios. Dice además: “(...) Otros errores que adolece el Informe SCPM-ICC-006-2018 de fecha 29 de enero de 2018.” Manifiesta la ICC., “(...) una vez revisado el expediente, se constató que mediante providencia de 05 de julio de 2017, el Intendente de Investigación y Control de Concentraciones Económicas solicitó información a las siguientes compañías: “Int Food Services Corp; Deli Internacional S.A.; Shemlon S.A.; Promotora ecuatoriana de café de Colombia S.A. Procafecol Ecuador; Ennova Group S.A.; Gourtmétrabands S.A.; Alimentos tradicionales industrializados Alitrin Cia. Ltda.; Producción y Eventos Novoeventos S.A.; Ecuafrostfood S.A.; Gastroport S.A.; Icebell S.A.; Recapitomsa S.A. (...)” con la finalidad de recabar información para la investigación que la ICC estaba llevando a cabo en la fecha mencionada.” “(...) es pertinente aclarar que en el análisis de la operación de concentración no notificada realizado por la ICC, se consideró únicamente la compra del negocio “DOLCE INCONTRO” mas no la compraventa de la compañía Recapitomsa S.A.(...)”. De acuerdo al cuadro del Volumen de negocio realizado por la Intendencia de Investigación de Control de Concentraciones Económicas (en adelante ICC), se determina que el operador económico DELI INERNATIONAL S.A., sus ingresos en el año 2013 fue de [REDACTED] Del operador económico SHEMLON S.A., sus ingresos en el año 2013 fue de [REDACTED] Del operador económico ICEBELL S.A., sus ingresos en el año 2013 fue de [REDACTED] Del operador económico RECAPITOMSA S.A., sus ingresos en el año 2013 fue de [REDACTED] dando una suma total del volumen de negocio de [REDACTED], concluyendo la ICC., que: “(...) Por lo tanto, es posible apreciar que el volumen de negocios de los operadores económicos involucrados (RECAPITOMSA S.A.; ICEBELL S.A. DELI INTERNACIONAL S.A. Y SHEMLON S.A.), supera el monto establecido por la Junta de Regulación en la Resolución 002 de 22 de octubre de 2013 (...)” “(...) Cabe señalar que el volumen de negocios fue calculado en base al ejercicio contable anterior a la operación de concentración, es decir del año 2013 y en estricto cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 17 de la LORCPM. (...)”. Alega ICEBELL S.A. “(...) LAS ETAPAS DEL PROCESO Y LA FALTA DE INVESTIGACIÓN”. En referencia se desprende del informe de la ICC., se encuadra dentro de los preceptos legales establecidos en la LORCPM y el RLORCPM, realizando una amplia investigación al ser una operación de concentración no notificada previo aplicar los criterios de decisión se debe realizar un análisis económico con el fin de determinar si la operación de concentración ejecutada creó, modificó o reforzó el poder de mercado, determinando “(...) la no existencia de un traslape que cree, modifique o refuerce el poder de mercado del operador adquiriente y sus compañías vinculadas, no fue necesario aplicar los criterios de decisión establecidos en el artículo 22, por cuanto la presente operación de concentración (no notificada) no tuvo efectos económicos en el mercado relevante identificado. Además es importante considerar que esta

*operación de concentración no fue sometida a un proceso de investigación dirigido a autorizar, condicionar o denegar la operación de concentración, si no a determinar qué efectos tuvo en el mercado y analizar si debía o no ser notificada de forma obligatoria. (...)*

2.2. En definitiva, el presente proceso por la falta de notificación de una operación de concentración económica requerida por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, ha sido tramitado de conformidad con las disposiciones contenidas tanto en la LORCPM como en el Reglamento de la LORCPM, observando las garantías constitucionales del debido proceso puntualizadas en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, por tanto no existe error, vicio o nulidad que declarar y que hubiere influido en la decisión del presente expediente, razón por la cual, se declara expresamente su validez.

### TERCERO.- ANTECEDENTES.-

3.1.- El 11 de septiembre de 2017, la CRPI resolvió 1) declarar no concluido el procedimiento de investigación dentro del expediente No. SCPM-ICC-005-2017; 2) Devolver el informe No. SCPM-ICC-037-2017 de 14 de julio de 2017 y 3) declara la nulidad de lo actuado en el procedimiento administrativo a partir del 13 de julio de 2017.

3.2.- El 24 de enero de 2018, las 16h57 mediante Auto Resolutorio resolvió: “(...) 1. **DECLARAR**, no concluido el procedimiento de investigación dentro del expediente No. SCPM-ICC-005-2017. 2. **DEVOLVER** el informe No. SCPM-ICC-070-2017 de 12 de diciembre de 2017, a la Intendencia de Investigación de Control de Concentraciones Económicas y el expediente No. SCPM-ICC-05-2017, a efectos de que su informe contenga todos las variables aplicables al caso, especialmente aquellas relacionadas con la resolución No. 012 de la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, de 22 de Septiembre de 2016, a fin de que la CRPI, adopte la resolución correspondiente. 3. **DECLARAR** la nulidad de lo actuado en el presente procedimiento administrativo a partir del 11 de diciembre de 2017. 4. De ser necesario la Intendencia de Investigación de Control de Concentraciones Económicas, prorrogará los términos conforme establece el artículo 26 del RLORCPM, a fin de que el informe que remita, cuente con todos los elementos, presupuestos y requisitos previstos en la normatividad vigente aplicable en esta materia (...)”

3.3.- La Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, mediante memorando SCPM-ICC-021-2018-M, de fecha 29 de enero de 2018, remite la Entrega del expediente Digital No. Digital No. SCPM-ICC-0005-2017 e informe No. SCPM-ICC-006-2018. En el que recomienda “(...) En función de las conclusiones detalladas en este Informe y considerando que la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas identificó la falta de notificación y ejecución no autorizada de una operación de concentración por parte del operador económico ICEBELL S.A., al adquirir los activos y pasivos del negocio “Dolce Incontro” el 9 de junio de 2014 a la compañía RECAPITOMSA S.A., a criterio de esta Intendencia se configura una infracción sujeta a sanción de conformidad a lo dispuesto en el artículo 18 de la LORCPM, por lo cual se recomienda a la Comisión de Resolución de Primera Instancia observar lo dispuesto en los artículos 78 y 79 de la LORCPM.(...)”



3.4.- La CRPI, en uso de sus atribuciones legales procede avocar el informe en el que refiere "(...) **RESUELVE: 1) AVOCAR CONOCIMIENTO** del Informe No. SCPM-ICC-006-2018 de 29 de enero de 2018, ingresado al sistema SIGDO, en (62) sesenta y dos páginas, relacionado con la notificación de concentración económica no Notificada realizada por el operador económico ICEBELL, en el año 2014. 2) Signar el presente expediente administrativo con el número de trámite **SCPM-CRPI-009-2018**. 3) Incorporar como parte del presente expediente el memorando No. SCPM-ICC-021-2018-M de 29 de enero de 2018, e **INFORME No. SCPM-ICC-006-2018**, de 29 de enero de 2018, suscrito por la economista Francis Gaona Reyes, Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas. 5) Con el Informe Técnico No. SCPM-ICC-006-2018 de 29 de enero de 2018, suscrito por la economista Francis Gaona Reyes, Intendente de Investigación y Control de Concentraciones Económicas de la Superintendencia de Poder de Mercado, córrase traslado por el término de cinco (5) días al operador económico ICEBELL., a fin de que se sirva pronunciar al respecto (...)"

3.5.- La CRPI, con providencia de fecha 20 de febrero de 2018, dispone agregar los siguientes escritos a favor del operador económico ICEBELL S.A. en el que presenta sus alegaciones al informe al Informe No. SCPM-ICC-006-2018 de 29 de enero de 2018, presentado por la Intendencia de Investigación de Control de Concentraciones Económicas en el cual refiere: "(...)Agregar al expediente el escrito presentado por Ana Ximena Ruiz Illescas en calidad de liquidadora, administradora y Representante Legal del operador económico ICEBELL S.A., (en adelante "ICEBELL S.A."), recibido en Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en adelante SCPM) , el 09 de febrero de 2018, a las 13h53, constante en seis (6) páginas. ii) Agregar al expediente el escrito presentado por el operador económico ICEBELL S.A., recibido en Secretaría General de la SCPM, el 09 de febrero de 2018, a las 14h01, constante en ocho (8) páginas. iii) Agregar al expediente el escrito presentado por el operador económico ICEBELL S.A., recibido en Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el 09 de febrero de 2018, a las 14h05, constante en diez (10) páginas. iv) Agregar al expediente el escrito presentado por el operador económico ICEBELL S.A., recibido en Secretaría General de la SCPM, el 09 de febrero de 2018, a las 14h10, constante en diez (10) páginas. v) Agregar al expediente el escrito presentado por el operador económico ICEBELL S.A., recibido en Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el 09 de febrero de 2018, a las 14h14, constante en diez (10) páginas. vi) Agregar al expediente el escrito presentado por el operador económico ICEBELL S.A., recibido en Secretaría General de la SCPM, el 09 de febrero de 2018, a las 14h18, constante en cuatro (4) páginas. vii) Agregar al expediente el escrito presentado por el operador económico ICEBELL S.A., recibido en Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el 09 de febrero de 2018, a las 14h26, constante en ocho (8) páginas. viii) Agregar al expediente el escrito presentado por el operador económico ICEBELL S.A., recibido en Secretaría General de la SCPM, el 02 de febrero de 2018, a las 14h27, constante en cuatro (4) páginas. ix) Agregar al expediente el escrito presentado por el operador económico ICEBELL S.A., recibido en Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el 02 de febrero de 2018, a las 14h29, constante en seis (6) páginas. x) Agregar al expediente el escrito presentado por el operador económico ICEBELL S.A., recibido en Secretaría General de la SCPM, el 09 de febrero de 2018, a las 14h31, constante en diez (10) páginas. xi) Agregar al expediente el escrito presentado por el operador económico

ICEBELL S.A., recibido en Secretaría General de la SCPM, el 09 de febrero de 2018, a las 14h36, constante en dos (2) páginas (...)"

3.6.- Con providencia de fecha 26 de febrero de 2018, a las 09h00, la CRPI., dispone: "(...)  
2 a) Que el artículo 76 numeral 7, letras c) y h) de la Constitución de la República del Ecuador, entre los derechos de las personas a la defensa, contempla como garantías básicas "Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones", y "Presentar en forma verbal las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes (...)". b) Que el inciso segundo del artículo 71 del Reglamento de Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, señala que "(...) Si el órgano de sustanciación y resolución lo estimare conveniente, ordenará que se convoque a audiencia pública señalando día y hora de la misma. Los interesados podrán alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes (...)". En mérito de los antecedentes expuestos anteriormente, esta Comisión 3) Convocar a las partes intervinientes en el presente procedimiento administrativo a **audiencia pública que tendrá lugar el día jueves (1) de marzo de 2018, a las 15h00, en una de las Salas de la SCPM, ubicada en las calles José Bosmediano E15-68 y José Carbo de esta ciudad de Quito (...)"**

3.7.- La Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, mediante memorando No.SCPM-ICC-046-2018-M de 26 de febrero de 2018 se solicitó prórroga por el término de 3 días la cual fue otorgada mediante memorando providencia de 28 de febrero de 2018, concediéndonos 3 días desde la fecha de la solicitud y 1 día desde la fecha de la providencia.

3.8.- La Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, mediante Memorando No. SCPM-ICC-051-2018, memorando de fecha 1 de marzo de 2018, solicita una nueva prórroga hasta el lunes 5 de marzo de 2018 para remitir el informe con el que se da respuesta a los 9 escritos presentados por el abogado patrocinador de la compañía ICEBELL S.A.

3.9.- La Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, remite a la CRPI., el informe No. SCPM-ICC-010-2018, de fecha 02 de marzo 2018. Sobre el informe en contestación al Memorando SCPM-CRPI-2018-0114 de 21 de febrero de 2018 el que refiere:

**"[...].I. RESPUESTA AL ESCRITO DE FECHA 09 DE FEBRERO DE 2018, CON NÚMERO DE TRAMITE NO. 79614:**

*En lo principal, el operador económico solicita:*

*"Señores comisionados, solicitamos comedidamente, que se reproduzcan en este expediente los fragmentes antes citados que constan en los tres (sic) informes emitidos por la ICC y declarados nulos por la CRPI, ellos son: el informe SCPM-ICC-037-2017 de fecha 14 de julio de 2017, el Informe SCPM-ICC-070-2017 de fecha 12 de diciembre de 2017, y el informe SCPM-ICC-003-2018 de fecha 10 de enero de 2018."*

*"...i) declaro no concluido el procedimiento de investigación dentro del expediente No. SCPM-ICC-0005-2017 ii) devuelve el informe SCPM-ICC-0037-2017, de fecha 14 de julio de 2017 a la Intendencia de Investigación de Control de Concentraciones Económicas (...)"*

*"...La nulidad de un acto procesal tiene como efecto retrotraer el proceso al momento procesal anterior a aquel en que se dictó el acto nulo..."*



Por lo antes expuesto señores Comisionados, los informes SCPM-ICC-037-2017 de fecha 14 de julio de 2017, el Informe SCPM-ICC-070-2017 de fecha 12 de diciembre de 2017, y el informe SCPM-ICC-003-2018 de fecha 10 de enero de 2018 no pueden ser reproducidos por cuanto sobre los mismos se ha declarado la nulidad por parte del organismo competente razón por la cual los términos procesales se han retrotraído según lo dispuesto por las respectivas providencias citadas anteriormente.”

**“II. RESPUESTA AL ESCRITO DE FECHA 09 DE FEBRERO DE 2018, CON NÚMERO DE TRAMITE NO. 79615:**

Respecto a lo señalado en el numeral “PRIMERO” del escrito titulado “...ANÁLISIS ECONÓMICO DE LOS PARÁMETROS ESTABLECIDOS EN LA RESOLUCIÓN No. 12 NO CONSIDERADOS, O MAL UTILIZADOS EN INFORME DE LA ICC”

En el Oficio ingresado con el número 79615, en la defensa presentada por Icebell S.A. mencionan:

“... aquellos aspectos que (...) no fueron tomados en cuenta por la ICC y no se pudo establecer los parámetros para el cálculo del importe de multas definidos en la Resolución No. 012 de la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado (...)” además indican “...se considera que un parámetro no fue tomado en cuenta, ya sea porque efectivamente no consta especificado en el informe de la ICC, o bien porque fue mal utilizado, conllevando así a una incorrecta interpretación de la normativa de la Junta...”.

El Informe SCPM-ICC-006-2018 de fecha 29 de enero de 2018, en el punto 8.- Consideraciones sobre el proceso sancionatorio, en el literal “...a. Variables acorde a la Resolución No. 012 de la Junta de la LORCPM, según lo solicitado por la CRPI...”, se desarrolla ampliamente los siguientes puntos:

- 1.- Volumen de Negocios Grupo Económico 2016 a efecto de fijar la multa dentro del proceso sancionatorio.
- 2.- Cuota de Participación del Operador o los Operadores Económicos Responsables a efecto de fijar la multa dentro del proceso sancionatorio.
- 3.- Variables para la determinación del importe de multas por infracciones a las LORCPM. Por lo que, la ICC remitió acorde a sus competencias y en base a la investigación realizada, los datos requeridos por la CRPI, recalcando que la ICC es un ente sustanciador y no resolutorio, motivo por el cual, el determinar si existió una infracción a la ley, la gravedad, la duración, los atenuantes o agravantes, entre otros parámetros, no es competencia de la ICC sino de la CRPI.

Respecto del literal A. Parámetros generales no contemplados.

“(...) Nótese entonces lo siguiente: 1. Del documento de la ICC se desprende claramente que no existe mercado relevante afectado alguno, por lo cual no se podría hablar de un volumen de negocios realizado en tal mercado, o de características y dimensiones del mismo. Este aspecto fundamental, no es tomado en cuenta al momento de determinar los parámetros centrales solicitados por la Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante CRPI), tales como volumen de negocios de los operadores involucrados, o la cuota de mercado de los mismos.”

Para aclarar el comentario del operador, se cita textualmente el procedimiento de investigación de concentraciones no notificadas que consta en el artículo 27 del RLOCRPM: “Art. 27.- Resolución.- (...) 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”.

Por tanto, la ICC ha preseñado en el Informe SCPM-ICC-006-2018 de fecha 29 de enero de 2018, las siguientes conclusiones en base a la investigación efectuada y acorde al ámbito y alcance de sus competencias y facultades:

“Durante el proceso investigativo realizado por esta Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas sobre la operación de concentración económica sub judice determinó:

- i) que la operación de concentración se concretó sin previa autorización del Organismo de Control;
- ii) que existe un mercado relevante de producto implicado en la operación de concentración no notificada que es el de Restaurantes de Servicio Completo.
- iii) que existen dos mercados relevantes distintos: Restaurantes de Servicio Completo dentro del Aeropuerto de Guayaquil y Restaurantes de Servicio Completo fuera del Aeropuerto de Guayaquil.
- iv) que no existe traslape que cree, modifique o refuerce el poder de mercado del operador adquirente y sus compañías vinculadas, dado que no son competidores directos en el mercado geográfico correspondiente, hecho que no enerva la obligación de cumplir con el procedimiento de notificación previa de conformidad con el artículo 16 de la LORCPM...”

A continuación se transcribe el siguiente argumento del operador:

“(…) 2. En ningún momento se especifican, ni cualitativa ni cuantitativamente, los efectos de la supuesta infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos. Esto por supuesto, resultaría imposible puesto que no existe afectación tal como lo expresa la misma ICC. En cualquier caso, corresponderá a la autoridad investigadora especificar que este parámetro tiene un valor nulo o de cero (0).”

Como se determinó en el Informe SCPM-ICC-006-2018 de fecha 29 de enero de 2018 de la ICC, en el numeral iv del punto 5 y 6 de las Conclusiones, se menciona:

“(…) que no existe traslape que cree, modifique o refuerce el poder de mercado del operador adquirente y sus compañías vinculadas, dado que no son competidores directos en el mercado geográfico correspondiente, hecho que no enerva la obligación de cumplir con el procedimiento de notificación previa de conformidad con el artículo 16 de la LORCPM. Para determinar el importe de la multa se debe tener en cuenta lo dispuesto en el Art. 6 y subsiguientes, contenidos en la Resolución No. 012 de la Junta de Regulación de la LORCPM del 23 de septiembre de 2016, que hacen énfasis en la aplicación a mercados afectados, lo que no ocurre en el presente caso. Este hecho no enerva la obligación de cumplir con el procedimiento de notificación previa de conformidad con el artículo 16 de la LORCPM y cuya sanción está tipificada en el Art. 18 de LORCPM.

6.- Acorde al Art.8 de la Resolución No. 012 de la Junta de Regulación de LORCPM, del 23 de septiembre de 2016, la CRPI, podrá recurrir a fuentes de información secundarias, tales como estimaciones de los operadores económicos (...)”.



Una vez que la ICC ha presentado el Informe SCPM-ICC-006-2018 de fecha 29 de enero de 2018, corresponde a la CRPI por ser el ente resolutorio, analizar la ponderación que le asigna a cada variable, y, si recurre o no, a otras fuentes de información secundarias, tales como las estimaciones de los operadores económicos.

A continuación se transcriben los puntos 3 y 4 expuestos por el operador:

"(...) 3. De forma similar a lo anterior, tampoco se da cuenta de los beneficios obtenidos como consecuencia de la concentración, pudiendo estos influir en el cálculo de importe de multa de acuerdo al artículo 22 de la Resolución No. 012.

(...) 4. Finalmente, siempre vale la pena tomar en cuenta, y es fácil comprobar, que la concentración investigada derivó en beneficios concretos para la competencia económica, el consumidor final, y por consiguiente para el bienestar general. Lo anterior visto que se previno de la salida de un operador económico en el mercado, y se lo fortaleció empresarialmente derivando así en mayores alternativas para la demanda. Esto resulta importante al ser una potencial circunstancia atenuante, concepto a ser profundizado en líneas siguientes."

En el Informe SCPM-ICC-006-2018 de fecha 29 de enero de 2018, se explica:

"...De la información pública que se encuentra en la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros con corte al 2017 (que muestra los datos del 2016), solo el 79,4% de compañías reportaron. Con estos datos y bajo la Clasificación Industrial Internacional Uniforme (CIU) en la que se encuentra la Categoría I de Actividades de Alojamiento y de Servicios de Comidas, existen 1.260 operadores económicos que potencialmente podrían participar en este mercado. De los cuales 454 operadores económicos se dedican a Actividades de Alojamiento en donde se encuentran hoteles, hostales, entre otro tipo de operadores que inclusive también podrían ofertar Servicios de Comidas; y 806 operadores económicos se dedicaban a actividades relacionadas a Servicio de Alimento y Bebida.(...)

En ese contexto general, se procedió a tamizar la actividad económica que más se ajustaba al análisis del mercado relevante afectado, producto de la operación no notificada. Se identificó que el CIU 1.5610.01 que corresponde a "RESTURANTES, CEVICHERÍAS, PICANTERÍAS, CAFETERÍAS, ETCÉTERA, INCLUIDO COMIDA PARA LLEVAR", representaba la actividad económica más ajustada, suman 435 compañías. (...)

Como resultado se obtuvo que 75 compañías participan con el CIU 15610.01 en la ciudad de Guayaquil, por lo cual, se corroboró con las actividades económicas reportadas al SRI, y se identificó que algunas de las compañías no participan en el mercado de restaurantes de servicio completo. (...)

El valor por ventas de los 51 empresas que están registradas en la categoría 15610.01, y que se las puede catalogar como restaurantes de servicio completo en el 2016 en los mercados geográficos dentro y fuera del Aeropuerto de Guayaquil es de USD [REDACTED] y que el valor por las ventas de restaurantes de servicio completo de Icebell y sus compañías vinculadas fue de USD [REDACTED] esto representa el [REDACTED]% de participación en el mercado de restaurantes de todo Guayaquil (sin distinción), dato que debe ser analizado considerando todos los supuestos... "

De lo expuesto se observa que el negocio Dolce Incontro por su tamaño no generó variación a la estructura del mercado en el que participa, dado que la operación no tuvo efectos económicos en el mercado de Restaurantes de Servicio Completo en la ciudad de Guayaquil, por el número de oferentes formales e informales que participan en él.

Respecto de la aseveración del operador: "...es fácil comprobar, que la concentración investigada derivó en beneficios concretos para la competencia económica, el consumidor

final, y por consiguiente para el bienestar general. Lo anterior visto que se previno de la salida de un operador económico en el mercado, y se lo fortaleció empresarialmente derivando así en mayores alternativas para la demanda. Esto resulta importante al ser una potencial circunstancia atenuante...”, es necesario tener presente lo dispuesto en el artículo 26 del RLORCPM y que es la CRPI quien debe determinar si existieron atenuantes o no, en relación con las variables que intervienen en la aplicación del importe de la multa.

Respecto a lo señalado en la letra B. Ajuste por inflación del volumen de negocios.

“(…) En el informe presentado por la ICC se da cuenta de un volumen de negocios efectuado por ICEBELL S.A., DELI INTERNACIONAL S.A. y SHEMLON S.A. en el mercado definido, con información oficial del año 2016. Sin embargo, no se ejecuta ningún ajuste por inflación, cayendo así tanto en un incumplimiento a la regulación, como en un error conceptual, ya que SHEMLON S.A. no está dentro del mercado relevante definido.”

La Resolución No.012 de la Junta de Regulación de la LORCPM, menciona en el Art. 7 que el volumen de negocios del mercado relevante afectado para el cálculo del importe de la multa debe estar ajustado por la inflación correspondiente, por otro lado el Art. 96 del Reglamento de la LORCPM estipula que:

“...De conformidad con la circunstancias de la infracción y la gravedad de la misma, la SCPM podrá establecer la base para el cálculo del importe de la multa en relación al volumen de negocios total en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa...”.

En este sentido, el año al que hace referencia el operador es el 2017, en el cual existió deflación y no inflación, por lo que el ajuste por deflación no se encuentra contemplado en la Regulación, por lo tanto, la ICC no ha incumplido con lo dispuesto en la regulación.

En relación con el comentario del operador “...SHEMLON S.A. no está dentro del mercado relevante definido...”, se aclara que en escrito de fecha 3 de octubre del 2017 con número de trámite 651013 la compañía da atención al Oficio SCPM-ICC-469-2017-O del 29 de septiembre del 2017, con dicho escrito, SHEMLON S.A. reportó a la SCPM el volumen de negocio de servicio completo correspondiente a la ciudad de Guayaquil de los años del 2014 al 2016, por lo que no la ICC no cae en ningún error conceptual al haberlo incluido dentro de volumen de negocios.

Respecto a lo señalado en la letra C. Cuota de Mercado.

“(…) De lo expuesto, queda claro que el valor dado como participación de mercado es, por decirlo ampliamente, erróneo; y debería revisarse previo a ser aplicado por la CRPI.”

La Resolución No.012 de la Junta de Regulación de la LORCPM, determina en el artículo 7, literal b), punto i, que se solicita como uno de los valores a utilizar la cuota de mercado del operador económico infractor.

Cabe mencionar que las fuentes de información en base a las cuales se realizó el Informe SCPM-ICC-006-2018 no incluye datos del INEC, cifras a las cuales reiterativamente hace referencia el operador económico, por tanto, al ser las fuentes de datos distintas, las comparaciones así como los juicios de valor sobre las supuestas diferencias, no son válidas.

Respecto a lo señalado en la letra D. Naturaleza y alcance de la infracción.

“El artículo 7, literal b), punto ii, de la Resolución No.012 de la Junta da cuenta del parámetro de la naturaleza de la infracción, entre las alternativas de leve, grave y muy grave. Esto en concordancia con lo dispuesto en el artículo 78 de la LORCPM.



*En el informe de la ICC, si bien se hace mención a este criterio, no se lo cuantifica. Por el contrario, se traslada la definición de su valor a la CRPI, tal y como queda visto en el Cuadro No. 19 del citado documento.*

*Ahora bien, en el caso no consentido que finalmente se establezca que la infracción corresponde a la no notificación de una concentración económica por parte de ICEBELL S.A., se debería indicar cuál es la naturaleza de la infracción, atendiendo a lo dispuesto en el literal b), número 1 del artículo 78 de la LORCPM.*

*Esta problemática de hecho en varios parámetros, donde la ICC traslada las definiciones de criterio a la CRPI. Concretamente esto sucede para el alcance de la infracción, dispuesto en el punto iii, literal b), artículo 7 de la Resolución No.012. Dada la normativa, el alcance puede ser o nacional, o bien regional, o bien local.*

*A pesar de esto, surge un conflicto conceptual dado que la supuesta infracción dada por la no notificación tendría un alcance nacional; sin embargo, para la ICC el mercado afectado tiene su dimensión geográfica en Guayaquil, alcanzándose una clara contradicción."*

*El ente resolutorio es la CRPI, y es quien debe resolver sobre si existió o no una infracción a la normativa, de acuerdo a los artículos 78 y 79 de la LORCPM, siendo la Comisión quien debe decidir si la infracción es leve, grave o muy grave; así como la naturaleza de la infracción, la cual está determinada en el artículo 78 de la LORCPM.*

*De la misma manera sucede con el criterio del alcance geográfico sobre la infracción, en donde nuevamente la CRPI deberá resolver si existió o no infracción, con lo que consecutivamente deberá aplicarse el criterio establecido en el Informe SCPM-ICC-006-2018 en el cual se determinó que el mercado geográfico afectado por la operación fue la ciudad Guayaquil dentro y fuera del Aeropuerto José Joaquín de Olmedo.*

*Respecto a lo señalado en las letras E. Duración de la infracción; F. Circunstancias agravantes o atenuantes y; G. Parámetros establecidos en las fórmulas de cálculo.*

*"...E. Duración de la Infracción.*

*El artículo 9 de la Resolución No. 012 dice que "el importe base de la sanción [...] aumentará en función del tiempo que duró la infracción. La ICC, no especifica en ningún momento una duración de la infracción que habría sido cometida por ICEBELL S.A. y DOLCE INCONTRO, limitando por completo la capacidad de cálculo del importe total de multa por parte de la CRPI..."*

*"...F. Circunstancias agravantes o atenuantes.*

*(...) En ningún momento, la ICC da cuenta de las circunstancias agravantes o atenuantes a considerar por parte de la CRPI para la determinación de una supuesta sanción. Es por tanto una omisión que genera imposibilidad de cálculo..."*

*"...G. Parámetros establecidos en las fórmulas de cálculo.*

*En este apartado final, se da cuenta de parámetros específicos de las fórmulas previstas en los artículos 16, 18 y 19 que no han vistos por la ICC, y cuya definición o bien se trasladó finalmente hacia la CRPI, o se descartó por la no existencia de afectación al mercado (...)"...*

*La CRPI es el ente resolutorio de la SCPM, este órgano institucional es quien debe resolver sobre si existió o no una infracción a la LORCPM, por lo que, ellos deberán determinar el valor/coeficiente de los puntos señalados en el punto E, F y G, de acuerdo a los artículos 9, 10, 11, 12, 13, 14 y 15 de la Resolución No. 012 de la Junta de LORCPM, a los artículos 80, 81 y 82 de la LORCPM y los artículos 98, 99 y 100 del RLORCPM.*

*Finalmente, en el punto SEGUNDO, el operador expone las siguientes conclusiones:*

"...1.- La ICC no pudo cumplir con la remisión de la información solicitada en la Resolución de fecha 24 de enero del 2018, a las 16h57, emitida por la CRPI; consistente en las variables establecidas por la Junta de Regulación en su Resolución No. 12 del 23 de septiembre de 2016, Metodología para la Determinación del Importe de Multas por Infracciones a la LORCPM; debido a que no hay mercado afectado y esta Metodología se basa en el mercado afectado.

2.- No se sobrepasa el umbral establecido por la Junta de Regulación, no hubo daño al mercado como lo ha señalado la propia ICC, y nunca se debió notificar la concentración entre ICEBELL S.A. Y RECAPITOMSA S.A..."

Respecto al punto 1, la ICC en el Informe SCPM-ICC-006-2018 y acorde a sus funciones cumple con el pedido de la CRPI, en el punto 8.- Consideraciones sobre el proceso sancionatorio, consta de manera detallada las Consideraciones bajo el proceso sancionatorio. en el literal "...a. Variables acorde a la Resolución No. 012 de la Junta de la LORCPM, según lo solicitado por la CRPI...", se desarrolla ampliamente los siguientes puntos:

1.- Volumen de Negocios Grupo Económico 2016 a efecto de fijar la multa dentro del proceso sancionatorio.

2.- Cuota de Participación del Operador o los Operadores Económicos Responsables a efecto de fijar la multa dentro del proceso sancionatorio.

3.- Variables para la determinación del importe de multas por infracciones a las LORCPM. La ICC remitió acorde a sus competencias y en base a la investigación realizada, los datos requeridos por la CRPI, recalcando que la ICC es un ente sustanciador y no resolutorio, motivo por el cual, el determinar si existió una infracción a la ley, la gravedad, la duración, los atenuantes o agravantes, entre otros parámetros, no es competencia de la ICC sino de la CRPI, por lo que el operador ha confundido las funciones y atribuciones de la ICC y de la CRPI.

De la aseveración del operador "... no hubo daño al mercado...nunca se debió notificar la concentración entre ICEBELL S.A. y RECAPITOMSA S.A...", el operador debe tener presente que la realización de investigaciones por parte de la ICC la ha realizado conforme lo establece el artículo 26 del RLORCPM, la cual es de carácter facultativo. El artículo 26 del RLORCPM establece que

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

Además del artículo 26 del RLORCPM, en cuanto al procedimiento de investigación de concentraciones no notificadas el artículo 27 del RLORCPM, establece:

"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 autorizada, 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''.*

*Por lo que esta Intendencia ha cumplido con la disposición de la CRPI y con la normativa que se ha citado en el Informe SCPM-ICC-006-2018."*

*"III. RESPUESTA AL ESCRITO DE FECHA 09 DE FEBRERO DE 2018, CON NÚMERO DE TRÁMITE No. 79616:*

*Respecto a lo señalado en el numeral "PRIMERO" del escrito, el cual tiene como título "CAUSAS DE NULIDAD":*

*La Intendencia Investigación y Control de Concentraciones Económicas (en adelante ICC) realizó la investigación del presente caso enmarcado dentro de los preceptos legales establecidos en la Ley Orgánica de Regulación del Poder de Mercado (en adelante LORCPM), el Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación del Poder de Mercado (en adelante RLORCPM), el Instructivo de Gestión Procesal Administrativa y en base a lo dispuesto por la Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante CRPI).*

*Respecto a lo señalado en el numeral "SEGUNDO" del escrito el cual tiene como título "NULIDADES ABSOLUTAS EN EL INFORME SCPM-ICC-006-2018 DE FECHA 29 DE ENERO 2018":*

*En este sentido cabe aclarar que la Superintendencia de Control de Poder de Mercado cuenta con normativa propia la cual regula su procedimiento y ámbito, como normas supletorias la propia LORCPM, en sus Disposiciones Generales, señala: "En lo no previsto en esta Ley se estará a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, Código de Procedimiento Penal, Código de Comercio, Código Civil, Código Penal, Ley Orgánica del Servicio Público y las demás (...)" además cabe señalar que esta Institución pertenece a la Función de Transparencia y Control Social, como organismo técnico de control, con capacidad sancionatoria, de administración desconcentrada, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, presupuestaria y organizativa. Por otro lado el Estatuto de Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva (ERJAFE), tiene como objeto: "Art.1 El presente estatuto instituye principalmente la estructura general, el funcionamiento, el procedimiento administrativo común y las normas sobre responsabilidad de los órganos y entidades que integran la Administración Pública Central e Institucional y que dependen de la Función Ejecutiva" (énfasis agregado).*

*De lo expuesto se colige que el ERJAFE debe ser aplicado para organismos que forman parte de la Función Ejecutiva.*

*Respecto al punto 2.1. "Sobre errores de la información brindada en cuadros del Informe SCPM-ICC-006-2018, de fecha 29 de enero de 2018".*

*En el punto 8 del Informe SCPM-ICC-006-2018, de 29 de enero de 2018, respecto a las consideraciones sobre el proceso sancionatorio, la ICC tomó en cuenta lo dispuesto en los artículos 78 y 79 de la LORCPM. En esta línea, cabe señalar que en la presente investigación se consideró como operador económico infractor al grupo económico al que pertenece la*

empresa ICEBELL S.A.. La definición de Grupo económico está ligada a la vinculación establecida en el artículo 17 de la LORCPM, de conformidad al artículo 11 del RLORCPM. En el cuadro No. 17 del mencionado informe, consta el volumen de negocios del año 2016. Este cálculo se realizó con la finalidad de facilitar el análisis, razón por la cual en el apartado correspondiente se hizo constar lo siguiente: "(...) sobre la consideración que tome el ente resolutorio de la SCPM sobre el presente caso, a continuación se realiza el cálculo de volumen de negocios del 2016 de los mercados afectados. La información que se utilizó para calcular el volumen de negocios se la recopiló en función de las ventas registradas por las compañías vinculadas en el presente informe" (énfasis agregado).

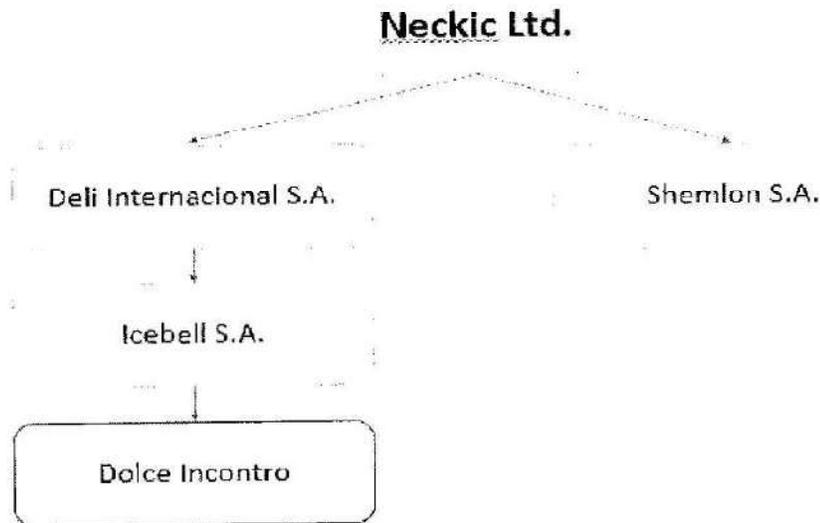
Sin embargo, la CRPI es el órgano competente para determinación del importe de las sanciones para lo cual deberá tomar en cuenta los criterios establecidos en el artículo 80 de la LORCPM y en la Resolución 012 de la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante Junta de Regulación) de 23 de septiembre de 2016.

Respecto al punto 2.2. "Erróneo criterio de vinculación expuesto en Informe SCPM-ICC-006-2018 de fecha 29 de enero de 2018".

En relación al alegato presentado por el abogado de la empresa ICEBELL S.A., en el cual sugiere que la vinculación de la empresa NECKIC LTD., con el operador económico en cuestión depende únicamente de lo dispuesto en el artículo 2 de la LORCPM, es preciso aclarar que la naturaleza de la presente investigación es identificar si la operación de concentración tuvo que ser notificada y qué efectos tuvo en el mercado. En el caso que nos ocupa, la ICC identificó que la operación de concentración superaba el umbral establecido respecto al volumen de negocios, estipulado en el literal a) del artículo 16 de la LORCPM. Para determinar el volumen de negocios que implica la operación de concentración, se debe tomar en cuenta no solo el volumen de negocios de los operadores económicos en cuestión, sino también el de sus empresas vinculadas. Dicha vinculación se la realiza en estricto cumplimiento de lo establecido en el artículo 17 de la LORCPM.

Por lo tanto, en el capítulo 5, literal b del informe SCPM-ICC-006-2018, en el título de descripción de empresas se determinó las empresas en cuestión, las empresas involucradas y su vinculación con la empresa adquirente, determinando que existía una relación de control por parte de las empresas involucradas sobre la empresa adquirente. Esta relación se presenta en el gráfico de vinculación elaborado de conformidad con el artículo 17 de la LORCPM. Del análisis realizado por la ICC se estableció que el control sobre la compañía ICEBELL S.A. (al momento de la transacción), lo ejercía la compañía DELI INTERNACIONAL S.A. con un total del 60% del paquete accionario, otorgándole este porcentaje facultades de dirección de la compañía. De igual manera, quien ejercía control sobre la empresa DELI INTERNACIONAL S.A., al momento de la transacción, era la compañía NECKIC Ltd., con un 97% del paquete accionario, lo cual le otorgó control sobre las dos compañías. Por otra parte, NECKIC Ltd., al momento de la transacción, mantenía el 60% del paquete accionario sobre la empresa SHEMLON S.A., lo cual constituye un criterio de vinculación de conformidad al artículo 17 de la LORCPM.





*Además es importante aclarar que para el cálculo del volumen de negocios, a efectos de la sumatoria para determinar empresas vinculadas con los operadores económicos en cuestión, no se considera únicamente las empresas que se encuentran operando en el mismo mercado relevante, sino que en virtud del artículo 16 literal a) y artículo 17 de la LORCPM, se debe tomar en cuenta el total del volumen de negocios en el Ecuador del conjunto de los partícipes que en este caso son todas las empresas relacionadas, como se explicó con anterioridad. Por lo tanto, la ICC en ningún momento forzó el incremento del volumen de negocios de tal manera que supere el umbral establecido por la Junta de Regulación, sino que únicamente cumplió con el mandato legal de la sumatoria del volumen de negocios.*

*Como se ha mencionado en varias ocasiones, la naturaleza de la presente investigación es identificar si la operación de concentración llevada a cabo entre Icebell S.A. y Recapitomsa S.A. superó los umbrales establecidos en el Art. 16 de la LORCPM, con el propósito de determinar si tenía la obligación de ser notificada de manera obligatoria a la SCPM. Los resultados de la investigación fueron positivos en relación a la obligación que tenía Icebell S.A. de notificar la operación, por lo cual, se calculó el volumen de negocios de la operación en el 2013 (como lo determina el Art. 6 de la LORCPM). Otro elemento de análisis en el informe fue lo solicitado expresamente por la CRPI en relación a la información que requiere para el importe de multas, con lo cual, el ente resolutorio solicitó a la ICC el volumen de negocios del mercado relevante afectado de los operadores involucrados con la operación, por lo cual, ese valor se procedió a calcular conforme la información provista por los propios operadores económicos con corte del año 2016.*

*En conclusión, son dos análisis distintos los que ha confundido el operador, en el que el primer volumen de negocios sirvió para identificar la obligatoriedad de presentar la notificación a la SCPM (indistintamente del mercado relevante en el que actuaban los participantes vinculados directa e indirectamente a la operación), mientras que en segundo lugar se determinó el volumen de negocios relacionado sólo al mercado relevante afectado*

en función de lo solicitado por la CRPI para el importe de multas, con lo cual, queda en evidencia que no era necesario establecer el volumen de negocios del mercado afectado para determinar la obligación de notificar una operación de concentración y no se incumplió con lo solicitado por la CRPI.

Respecto al punto 2.3. "Otros errores que adolece el Informe SCPM-ICC-006-2018 de fecha 29 de enero de 2018".

Respecto a lo señalado en el punto 2.3.1., y una vez revisado el expediente, se constató que mediante providencia de 05 de julio de 2017, el Intendente de Investigación y Control de Concentraciones Económicas solicitó información a las siguientes compañías: "Int Food Services Corp; Delit Internacional S.A.; Shemlon S.A.; Promotora ecuatoriana de café de Colombia S.A. Procafecol Ecuador; Ennova Group S.A.; Gourtmetsbrands S.A.; Alimentos tradicionales industrializados Alitrin Cía. Ltda.; Producción y Eventos Novoeventos S.A.; Ecuafrostfood S.A.; Gastroport S.A.; Icebell S.A.; Recapitomsa S.A. (...)" con la finalidad de recabar información para la investigación que la ICC estaba llevando a cabo en la fecha mencionada. Con la entrega de la información por parte de las compañías antes mencionadas se pudo conocer los diversos mercados relevantes en los que operan las diferentes compañías. Esta información se encuentra dentro del expediente SCPM-ICC-0005-2017 al cual la CRPI tiene acceso.

Respecto a lo señalado en el punto 2.3.2. "Sobre el año a tener en cuenta para el correcto cálculo del volumen de negocios".

Dentro de este punto es pertinente aclarar que en el análisis de la operación de concentración no notificada realizado por la ICC, se consideró únicamente la compra del negocio "DOLCE INCONTRO" mas no la compraventa de la compañía Recapitomsa S.A. Para comprobar esta afirmación se procede a citar la introducción del informe SCPM-ICC-006-2018, en el cual se señaló: "Con fecha 09 de junio de 2014, la empresa ICEBELL S.A. ahora en liquidación, realizó una operación de concentración económica a través de la adquisición de activos y cesión de pasivos del negocio DOLCE INCONTRO que en ese momento pertenecía a la compañía RECAPITOMSA S.A.; operación que fue registrada en el libro de accionistas de esta última" (énfasis agregado).

En el título 6 del informe SCPM-ICC-006-2018, de 29 de enero de 2018, respecto a la determinación del volumen de negocios, se estableció: "El volumen de negocios en el 2013 en Ecuador de los partícipes de la operación de concentración económica y sus compañías vinculadas se presenta a continuación. Nótese en el siguiente cuadro que se ha incluido a las empresas vinculadas de ICEBELL S.A. de conformidad con el artículo 17 de la LORCPM, alcanzando el siguiente valor:"

Cuadro No. 1 Volumen de Negocios 2013 - Superintendencia de Compañías

Razon Social	Ingresos 2013 (USD)
DELI INTERNATIONAL S.A.	
SHEMLON S.A <sup>1</sup>	

<sup>1</sup> Existen dos compañías con el mismo nombre en la Superintendencia de Compañías, una de ellas reporta que Shemlon S.A. no tuvo ingresos por actividades ordinarias en el 2013, mientras que la otra sí reporta ventas y se registra para el cálculo



Razón Social	Ingresos (USD)	2013
ICEBELL S.A.		
RECAPITOMSA S.A.		
<b>TOTAL VOLUMEN DE NEGOCIOS</b>		

Fuente: Superintendencia de Compañías

Elaboración: Dirección Nacional de Estudios y Examen de Control de Concentraciones

Como se mencionó anteriormente el artículo 16 letra a) de la LORCPM, establece los umbrales a partir de los cuales se determina la obligatoriedad de notificación de una operación de concentración económica, a saber:

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

Por lo tanto, es posible apreciar que el volumen de negocios de los operadores económicos involucrados (RECAPITOMSA S.A.; ICEBELL S.A. DELI INTERNACIONAL S.A. Y SHEMLONS S.A.), supera el monto establecido por la Junta de Regulación en la Resolución 002.

Cabe señalar que el volumen de negocios fue calculado en base al ejercicio contable anterior a la operación de concentración, es decir del año 2013 y en estricto cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 17 de la LORCPM. Cabe señalar que el cálculo del volumen de negocios referido en este apartado tiene la finalidad de verificar si la operación de concentración debía cumplir con el procedimiento de notificación obligatoria previa a su realización, para esto el operador económico debía considerar los umbrales determinados por la Junta de Regulación. Se debe considerar que de acuerdo al artículo 17 de la LORCPM, la premisa principal de vinculación de otros operadores económicos es el control que ejercen uno o varios operadores económicos, indistintamente del mercado relevante o de la actividad económica que realicen las empresas, dado que todas actúan en territorio ecuatoriano con un mismo propósito que lo determina el ente de control del grupo económico.

Respecto a lo señalado en el numeral “TERCERO” sobre “LAS ETAPAS DEL PROCESO Y LA FALTA DE INVESTIGACIÓN”:

La investigación realizada por la ICC se encuadra dentro de los preceptos legales establecidos en la LORCPM y el RLORCPM, dicho esto se señala que para la elaboración del informe SCPM-ICC-006-2018, se realizó una amplia investigación. Al ser una operación de concentración no notificada previo aplicar los criterios de decisión se debe realizar un análisis económico con el fin de determinar si la operación de concentración ejecutada creó, modificó o reforzó el poder de mercado del operador adquirente y sus compañías vinculadas. En el título 7 del informe SCPM-ICC-006-2018 de 29 de enero de 2018, respecto al mercado relevante, tras un extenso análisis se determinó:

*“Para determinar si específicamente la operación no notificada realizada por ICEBELL S.A creó, modificó o reforzó su poder en los mercados relevantes afectados por la operación, se*

de volumen de negocios. Recuperado de:

<http://appscvs.supercias.gob.ec/consultalmagen/VisualizaDocumentos.zul?tipoDocumento=economica&expediente=156296&idDocumento=3.1.A%20%20&fecha=2013-12-31%2000:00:00.0>. Es importante mencionar que de acuerdo a información entregada en Oficio No. SCPM-ICC-269-2016-O de 05 de septiembre de 2016 solicitada a los Señores Franklin Alberto Tello Nuñez y Jaime Vinicio Leiva Páez, las ventas de Shemlon S.A. por venta de comida preparada en el 2013 fueron de USD 28.256.776,31.

debe analizar su participación antes y después de la operación (junto a sus compañías vinculadas), así como los niveles de concentración en los mercados relevantes.- Para el presente caso, ya que los operadores inmersos en la operación en el 2014, participaban directa e indirectamente en el mismo mercado de producto, pero diferentes mercados geográficos, no existe traslape que cree, modifique o refuerce el poder de mercado del operador adquirente y sus compañías vinculadas, dado que no son competidores directos en el mercado geográfico correspondiente. Por lo cual, en el 2014 ni ICEBELL S.A., ni su compañía vinculada DELI INTERNACIONAL S.A., ni SHEMLON S.A, reforzaron su participación en el mercado de Restaurantes de Servicio Completo en ninguno de los mercados geográficos (dentro y fuera del Aeropuerto José Joaquín de Olmedo en la ciudad de Guayaquil)

Cuadro No. 2 Mercados Relevantes

1				2
Restaurantes de Servicio Completo Dentro de Aeropuerto de Guayaquil	Mercados Diferentes	No Existe Traslape	No Hay Afectación al Mercado	Restaurantes de Servicio completo Fuera de Aeropuerto de Guayaquil

Fuente: Expediente SCPM-ICC-0005-2017

Elaboración: Dirección Nacional de Estudios y Examen de Control de Concentraciones

Con lo mencionado anteriormente, la Dirección Nacional de Estudios y Examen de Control de Concentraciones determina que la operación llevada a cabo en el 2014 entre ICEBELL S.A. (conjuntamente con compañías vinculadas) y RECAPITOMSA S.A. no tuvo efectos económicos en el mercado relevante identificado y en ninguno de los mercados geográficos en los que ambos operadores participan directa e indirectamente con los restaurantes American Deli Full, Arrecife, City Bistro y Dolce Incontro” (Énfasis agregado).

Como consecuencia de la no existencia de un traslape que cree, modifique o refuerce el poder mercado del operador adquirente y sus compañías vinculadas, no fue necesario aplicar los criterios de decisión establecidos en el Artículo 22, por cuanto la presente operación de concentración (no notificada) no tuvo efectos económicos en el mercado relevante identificado. Además es importante considerar que esta operación de concentración no fue sometida a un proceso de investigación dirigido a autorizar, condicionar o denegar la operación de concentración, si no a determinar qué efectos tuvo en el mercado y analizar si debía o no ser notificada de forma obligatoria.”

“IV. RESPUESTA AL ESCRITO DE FECHA 09 DE FEBRERO DE 2018, CON NÚMERO DE TRÁMITE NO. 79617:

Respecto a lo señalado en el numeral “PRIMERO” del escrito “SOBRE EL MERCADO RELEVANTE”

En el presente apartado la defensa concluye alegando:

“Por consiguiente es incorrecto el cálculo que realiza la ICC en el informe SCPM-ICC-006-2018 de fecha 29 de enero de 2018, al considerar para ello a las compañías NECKIC LTD.; DELI INTERNACIONAL S.A.; SHEMLON S.A.; ICEBELL S.A.; y RECAPITOMSA S.A. (...)



*Todos los operadores económicos antes mencionados no operaban en el mismo mercado relevante determinado para la presunta operación de concentración, como ya ha quedado demostrado a lo largo del proceso; siendo entonces lo correcto realizar el cálculo solamente de las empresas RECAPITOMSA S.A., ICEBELL S.A., Y DELI INTERNACIONAL S.A. como la única vinculada, que sí operaban en el mismo mercado relevante”.*

*Si bien el artículo 15 del RLORCPM dispone: “(...) A los efectos de lo previsto en el artículo 16 literal b) de la Ley se entenderá, en todo caso, que la cuota de mercado resultante de la operación de concentración en un mercado relevante será la suma de las cuotas de mercado, en dicho mercado relevante de los operadores económicos participantes en la operación (...)” (énfasis agregado), con lo cual se colige que el mencionado artículo establece los criterios para ser aplicados únicamente para efectos del literal b) del artículo 16 de la LORCPM. En el caso que nos ocupa, la investigación se inició por lo establecido en el literal a) del artículo 16 de la LORCPM, donde se establece los umbrales para determinar si una operación de concentración debe ser notificada de manera obligatoria si supera el volumen de negocios. En este sentido, esta Intendencia dentro del presente análisis consideró los efectos económicos del “Grupo Neckic”, el cual participaba en el mercado relevante definido en el Informe SCPM-ICC-006-2018, de fecha 29 de enero de 2018, como una sola entidad u operador económico. Lo anterior atiende al principio de primacía de la realidad contemplado en el artículo 3 de la LORCPM, donde la independencia de las empresas vinculadas no existe, ya que éstas no compiten entre sí debido a la existencia del control previo que determina las acciones y estrategias que las empresas ejecutan en el mercado. Por lo tanto, para el análisis de mercado se tomó en cuenta a las empresas DELI INTERNACIONAL S.A.; SHEMLON S.A.; e ICEBELL S.A para conocer el efecto real que produjo la operación de concentración del grupo económico determinado conforme los criterios del artículo 17 de la LORCPM.*

*Respecto al continuo cuestionamiento realizado por el abogado patrocinador de la empresa ICEBELL S.A., en el cual señala que solo se deben considerar, para efectos del cálculo de volumen de negocios, las empresas que pertenezcan al mismo mercado relevante, se debe tener en cuenta que ese aserto no se encuentra estipulado en el artículo 17 de la LORCPM. En realidad, la normativa establece un procedimiento para vincular a otras empresas con los operadores económicos en cuestión y en ningún caso menciona que la vinculación debe realizarse solo sobre empresas que operen el mismo mercado relevante.*

*Respecto a lo señalado en el numeral 1.1:*

*La defensa menciona:*

*“Señores comisionados, la adquisición de activos y cesión de algunos pasivos de la Compañía RECAPITOMSA S.A. por parte de ICEBELL S.A., el 9 de junio de 2014; no redujo la presencia de un competidor directo que operaba de manera independiente en el mercado de restaurantes de servicio completo, lo que se redujo fue una empresa pero no los establecimientos, ellos continúan compitiendo en este mercado relevante.”*

*En este sentido es preciso determinar el concepto de “operación de concentración”, definición establecida en el artículo 14 de la LORCPM, el cual señala:*

*“(…) se entiende por concentración económica al cambio o toma de control de una empresa, 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...”*

*Desde la perspectiva económica, las operaciones de concentración que deben ser analizadas en el régimen de concentraciones son todas aquellas que pueden generar un cambio estructural del mercado producto de la reducción de un competidor independiente, para lo cual se analiza las reacciones de los agentes económicos (oferentes y demandantes).*

*El primer requerimiento para que se configure una operación de concentración económica es que los operadores que van a concentrarse deben ser competidores independientes, porque existen presiones competitivas cuando las empresas son independientes entre sí. Varios economistas como Leuben(1986)<sup>2</sup> y Liberman (2014)<sup>3</sup> señalan que las operaciones de concentraciones cambian la estructura del mercado por la reducción de un competidor. En efecto una reducción del número de firmas independientes, permite el uso coordinado de los activos productivos que antes eran independientes (capital, patentes, marcas comerciales, entre otros) y aumenta la concentración en el mercado relevante. Dentro de los documentos de análisis de concentraciones, el Departamento de Justicia de Estados Unidos de América resalta que para generar efectos anticompetitivos producto de las concentraciones económicas, es preciso que exista una reducción del número de empresas u operadores económicos independientes, de esta manera se aumenta la concentración del mercado. Es justamente este criterio el que establece el análisis de los efectos económicos de las concentraciones económicas.*

*De acuerdo al criterio del operador, una operación de concentración es la reducción de la presencia de establecimientos en el mercado, es decir, este criterio no concuerda con el establecido en el artículo 14 de la LORCPM. Es importante mencionar que los establecimientos de los restaurantes en el año de la operación sí se mantuvieron en operación post concentración, sin embargo, ya no lo hacían bajo un control independiente que ejercía presión competitiva hacia los restaurantes del grupo económico. Es decir, después de la concentración estos establecimientos se encontraban bajo el control del grupo económico, por lo cual, se redujo la presencia de un competidor directo en el mercado de restaurantes de servicio completo.*

*Respecto a lo señalado en el numeral 1.2:*

*La defensa menciona lo siguiente:*

*"...Señores comisionados, queda claramente establecido y sin lugar a duda alguna, que el mercado relevante para este caso, es el de restaurantes de servicio completo, estamos totalmente de acuerdo con la ICC, al reconocer y dar por sentado en el Informe SCPM-ICC-006-2018 de fecha 29 de enero de 2018, que el mercado relevante donde compite DOLCE INCONTRO es en el de restaurantes de servicio completo.- Así las cosas, ¿a qué se debe que no se efectuó el Análisis de este caso en referencia al mercado relevante de restaurantes de servicio completo conforme al Art. 22 de la LORCPM?..."*

*La defensa trata de confundir al mencionar que no se realizó el análisis de mercado relevante. Como se puede observar a lo largo del informe, hubo un extenso análisis sobre la definición de mercado relevante de producto sobre la industria alimenticia y de establecimientos de venta de comida preparada en el Ecuador, el cual contribuyó a establecer a los restaurantes de servicio completo como mercado relevante de producto. En*

<sup>2</sup> Leuben R (1986) "The essence of Stigler". Stanford University. Hoover Institution Press.

<sup>3</sup> Liberman A (2014) "Discussion "The Effects of Horizontal Merger Synergies on Competitors, Customers, and Suppliers"



*cumplimiento del artículo 5 de la LORCPM, y la Resolución 011 de la Junta de Regulación, así como del análisis detallado sobre el mercado geográfico, se determinaron dos áreas geográficas de competencia sobre un solo mercado relevante de producto. Circunstancia que determina que la operación de concentración entre ICEBELL S.A. y RECAPITOMSA S.A., no produjera efectos económicos.*

*La ICC considera que, dado las circunstancias de los mercados geográficos, la operación de concentración no refuerza, crea o modifica el poder de mercado, porque las empresas que realizaron la operación de concentración no participaban en la misma área de influencia. Por lo tanto, no fue necesario extender el análisis económico respecto a barreras de entrada, indicador de relaciones horizontales, verticales o eficiencias, como lo determina el artículo 22 de la LORCPM.*

*Como conclusión de la investigación se determinó que el estado de situación de la competencia se mantuvo en los mercados identificados. Esto se justifica en varios elementos de análisis, específicamente en la página 48 del informe donde se menciona: "...Para el presente caso, ya que los operadores inmersos en la operación en el 2014 participaban directa e indirectamente en el mismo mercado de producto, pero diferentes mercados geográficos, no existe traslape que cree, modifique o refuerce el poder de mercado del operador adquirente y sus compañías vinculadas, dado que no son competidores directos en el mercado geográfico correspondiente. Por lo cual, en el 2014 ni ICEBELL S.A., ni su compañía vinculada DELI INTERNACIONAL S.A., ni SHEMLON S.A, reforzaron su participación en el mercado de Restaurantes de Servicio Completo en ninguno de los mercados geográficos (dentro y fuera del Aeropuerto José Joaquín de Olmedo en la ciudad de Guayaquil)...".*

*Respecto a lo señalado en el numeral "SEGUNDO" del escrito "SOBRE LOS OPERADORES ECONÓMICOS VINCULADOS".*

*En relación al alegato presentado por la defensa de la empresa ICEBELL S.A., en el cual sugiere que la vinculación de la empresa NECKIC LTD., con el operador económico en cuestión depende únicamente de lo dispuesto en el artículo 2 de la LORCPM, es preciso aclarar que la naturaleza de la presente investigación es identificar si la operación de concentración tuvo que ser notificada y qué efectos tuvo en el mercado la misma; en el caso que nos ocupa la intendencia identificó que la operación de concentración superaba el umbral establecido respecto al cálculo de volumen de negocio, estipulado en el literal a) del artículo 16 de la LORCPM. Para determinar el volumen de negocios que implica la operación de concentración, se debe tomar en cuenta no solo el volumen de negocios de los operadores económicos en cuestión, sino también el de sus empresas vinculadas, esta vinculación se la realizó en estricto cumplimiento de lo establecido en el artículo 17 de la LORCPM.*

*Por lo tanto, en el capítulo 5, literal b del informe SCPM-ICC-006-2018 de fecha 29 de enero de 2018, en el título: Descripción de Empresas Relacionada y su Vinculación, se determinó las empresas en cuestión, las empresas involucradas y su vinculación con la empresa adquirente, después de este análisis se determinó que existía una relación de control por parte de las empresas involucradas sobre la empresa adquirente. Como vemos en el gráfico No. 3 del Informe SCPM-ICC-006-2018 de fecha 29 de enero de 2018, en donde se establece la vinculación de conformidad con el Art 17 de la LORCPM.*

*Además es importante aclarar que para el cálculo del volumen de negocios a efectos de la sumatoria para determinar empresas vinculadas con los operadores económicos en cuestión, no se toma únicamente las que se encuentran operando en el mismo mercado relevante, sino*

que en virtud del art. 16 literal a) y art. 17 de la LORCPM, se debe tomar en cuenta el total del volumen de negocios en el Ecuador del conjunto de los partícipes que en este caso son todas las empresas relacionadas que con anterioridad explicamos. Por lo tanto la ICC, en ningún momento forzó el incremento del umbral establecido por la Junta de Regulación sino únicamente cumplió con el mandato legal de la sumatoria del volumen de negocios.”

“V. RESPUESTA AL ESCRITO DE FECHA 09 DE FEBRERO DE 2018, CON NÚMERO DE TRÁMITE NO. 79618:

La defensa menciona en este escrito lo siguiente:

**SOBRE EL CALCULO ERRADO DEL VOLUMEN DE NEGOCIOS**

“La Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas realiza un errado cálculo de volumen de negocios, como se evidencia en el Cuadro No.9 en página 34 del Informe SCPM-ICC-006-2018 de fecha 29 de enero de 2018, al establecer como partícipes de la operación de concentración a los siguientes operadores económicos:

Deli Internacional S.A.

Shemlon S.A.

Icebell S.A.

Recapitomsa S.A.

Señores Comisionados, como ya hemos dejado claro a lo largo del proceso el operador económico en cuestión, objeto de la investigación de la presunta operación de concentración económica no notificada, es ICEBELL S.A. y que el único operador económico que se vincula es DELI INTERNACIONAL S.A. Ellos ya fue aceptado por la ICC en el párrafo 6 de la página 57 de su primer informe (...).”

Conforme lo señalado por la defensa, el artículo 2 de la LORCPM, en lo que respecta al ámbito señala: “(...) las conductas o actuaciones en que incurriere un operador económico serán imputables a él y al operador que lo controla, cuando el comportamiento del primero ha sido determinado por el segundo (...)”. Esta sección de la Ley hace clara referencia a conductas, como las tipificadas en el artículo 9 de la LORCPM, mientras que el régimen de concentraciones es un proceso administrativo de autorización de un acto societario en materia de competencia y constituye un control previo a las estructuras a fin de evitar conductas contrarias a la competencia.

En la sección de operaciones de concentraciones, se establece claramente y específicamente los criterios para determinar cuáles operaciones deberán obtener una autorización por parte de la SCPM. El artículo 17 de la LORCPM indica las empresas que deben ser consideradas para calcular el volumen de negocios con motivo de establecer si supera el umbral del artículo 16 letra a) del mismo cuerpo legal. En ninguna parte de la Sección 4, De la concentración económica, se determina que el volumen de negocios para efectos de concentraciones solo debe considerar al operador económico involucrado y quien lo controla. Incluso es erróneo establecer que el volumen de negocios corresponde al mercado relevante, ya que esto no se encuentra en ninguna parte de la normativa y es algo que el operador no especifica en ninguno de los documentos presentados. Se trata simplemente de un juicio de valor e interpretación equivocada de la LORCPM.

El criterio de volumen de negocios, para el caso de concentraciones, se utiliza para establecer si una operación debe ser notificada de manera obligatoria. Por otro lado, el mercado relevante, es un parámetro para evaluar dentro de éste, potenciales conductas anticompetitivas y, para el caso de concentraciones económicas, establecer potenciales afectaciones a los consumidores por los procesos de fusiones o adquisiciones. Es por ello



que ambos umbrales determinados en la ley para la notificación obligatoria aparecen diferenciados en el artículo 16 de la LORCPM. En la letra a) se establece una cuantía de ventas que aproxima el poder financiero de las empresas vinculadas; y en la letra b) se define cuál es la participación en el mercado relevante para evidenciar si la concentración puede afectar de manera generalizada la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores. Es por ello que en la letra a) del artículo 16 de la LORCPM nunca se menciona el mercado relevante.

Adicionalmente es preciso señalar que la ICC realizó un cálculo de volumen de negocios de acuerdo a la normativa vigente, en la que, en función de la argumentación de vinculación legal descrita en el Informe SCPM-ICC-006-2018, se deben sumar los valores correspondientes a los operadores económicos Deli Internacional S.A., Shemlon S.A., Icebell S.A., y Recapitomsa S.A. También es importante señalar que la vinculación de acuerdo al artículo 17 de la LORCPM y el cálculo del volumen de negocios del artículo 6 del mismo cuerpo legal son elementos complementarios, debido a que la vinculación es para relacionar a operadores económicos bajo un mismo control, mientras que el volumen de negocios cuantifica el valor de las ventas de productos y servicios de los operadores económicos en un cierto período.

Por otra parte, la defensa menciona lo siguiente:

“Para este caso, se debe considerar la Jurisprudencia Nacional del Expediente No. SCPM-CRPI-2015-021. En este expediente, se investigó si se deben sumar las ventas de todo el Grupo Holding La Fabril, es decir:

Holdings La Fabril S.A.

La Fabril S.A.

Extractora Agrícola Río Manso EXA S.A.

Extractora La Comuna

Procesadora Valle Deslade S.A. PROVASA

Extractora Monterrey

Extractora Energy & Palma ENERYPALMA S.A.

Extractora Técnica y Servicios Agroindustriales TYSAI S.A. (...)

(...) En las tres conclusiones citadas anteriormente se observa que solo se hace referencia a la Extractora Río Manso EXA S.A., como el operador económico que realiza las presuntas operaciones de concentración, y no al Grupo Económico Holding La Fabril, sin perjuicio de que este Grupo tiene las mismas personas en la dirección de las actividades de sus empresas. (...).”

Conforme el informe SCPM-ICC-021-2015 de 06 de mayo de 2015, relativo a la operación de concentración entre Río Manso Exa S.A y la Procesadora del Valle Delsade S.A, la investigación correspondía a la evaluación del cumplimiento de la letra b) del artículo 16 de la LORCPM, dado que las múltiples adquisiciones por parte de la Extractora Río Manso EXA S.A. se las realizaron antes del año 2012 y al no existir la normativa aplicable al umbral de volumen de negocio emitido por la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, nunca se realizó el análisis de vinculación dado que no procedía el análisis.

Como se menciona en el artículo 16: “Están obligados a cumplir con el procedimiento de notificación previa establecido en esta Ley, los operadores económicos involucrados en operaciones de concentración, horizontales y verticales, que se realicen en cualquier ámbito de la actividad económica, siempre que cumpla una de la siguiente condiciones (...)”, la

condición a) no era aplicable, por lo tanto, solo se analizó la letra b) conforme lo señalado anteriormente.

Adicionalmente, la defensa menciona lo siguiente:

**SOBRE EL VOLUMEN DE NEGOCIOS VS. UMBRAL ESTABLECIDO POR LA JUNTA DE REGULACIÓN.**

"(...) Si calculamos el volumen de negocio utilizando los ingresos del año 2013 del operador económico ICEBELL S.A. y el único operador económico que se encuentra vinculado DELI INTERNACIONAL S.A., no así SHEMLON S.A., pues ICEBELL S.A. y DELI INTERNACIONAL S.A. tienen en conjunto con los ingresos de RECAPITOMSA S.A. para el [REDACTED] lo que significa USD [REDACTED]

[REDACTED] por debajo de los USD 63 millones de dólares determinados como umbral de concentraciones económica para ese año (...)"

Se reitera que conforme el análisis de vinculación legal realizado por la ICC, la vinculación establecida entre las compañías NECKIC LTD.; DELI INTERNACIONAL S.A.; SHEMLON S.A.; y ICEBELL S.A.; está justificada, por lo que no hay duda de que esas deben ser las compañías que conforman el grupo económico, y deben ser consideradas para calcular el volumen de negocios de la operación. De conformidad con los estados financieros disponibles en la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros del año 2013, se obtuvieron los siguientes montos:

DELI INTERNACIONAL S.A.: [REDACTED]

SHEMLON S.A.: USD [REDACTED]

ICEBELL S.A.: USD [REDACTED]

RECAPITOMSA S.A.: USD [REDACTED]

Generando un volumen de negocios total correspondiente a USD [REDACTED], cuando se produjo la operación de concentración entre ICEBELL S.A. y RECAPITOMSA S.A., se encontraba vigente la Resolución No. 002 del 22 de octubre de 2013, expedida por la Junta de Regulación, en la que se define en el artículo 3, el monto en Remuneraciones Básicas Unificadas para la aplicación de la letra a) del artículo 16 de la LORCPM. De igual modo, se actuó en concordancia con la Disposición General Tercera de la Resolución No. 002 del 22 de octubre de 2013, en la que expresa: "Para efecto de la presente resolución, se entenderá por Remuneración Básica Unificada al Salario Básico Unificado vigente.", siendo el año 2014 el año en que se llevó a cabo la operación. Por lo tanto, se determinó que la operación de concentración superó el umbral de USD 68'000.000 y debía ser notificada a la SCPM."

**"VI. RESPUESTA AL ESCRITO DE FECHA 09 DE FEBRERO DE 2018, CON NÚMERO DE TRÁMITE NO. 79619:**

Respecto al punto 1.1 del apartado primero, sobre la ilegalidad en el supuesto de ordenar la desconcentración, en el cual el abogado de la empresa ICEBELL S.A., alega:

" (...) si la Comisión de Resolución de Primera Instancia ordenara como medida la desconcentración de la compañía ICEBELL S.A. y el negocio de DOLCE INCONTRO, y la situación volvería al mismo punto donde se encontraban en el año 2014, esto provocaría: La quiebra de los señores Maria Bruzzone Negri y Manuel Sánchez Morales, accionistas de RECAPITOMSA S.A. compañía que actualmente no está activa (...) El conflicto legal con la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros (...) Significaría que mediante



*Resolución (acto administrativo) se violaría la Ley de Compañías y lo que es más grave, se limitaría la facultad legal que tiene la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros (...)*”

*Dentro del análisis realizado en el Informe SCPM-ICC-006-2018, de 29 de enero de 2018, la ICC, en base a lo dispuesto en el artículo 26 del RLORCPM, procedió a identificar si la operación de concentración no notificada creó, modificó o reforzó el poder de mercado de los operadores económicos que participaron en la operación de concentración, respecto a lo cual en el título de conclusiones, señaló: "(...) que no se creó, modificó o reforzó el poder de mercado del grupo económico en ninguno de los mercados geográficos de Restaurantes de servicio completo dentro de los Aeropuertos y Restaurantes de Servicio Completo fuera de los Aeropuertos; ya que existió traslape con respecto al negocio adquirido de RECAPITOMSA S.A. Sin embargo, este hecho no enerva la obligación que tenía ICEBELL S.A. en liquidación de cumplir con el procedimiento de notificación previa conforme lo establece el artículo 16 de la LORCPM (...)" . Al no producirse efectos económicos la ICC no recomendó medidas de desconcentración a la CRPI, pero sí recomendó "(...) observar lo dispuesto en los artículos 78 y 79 de la LORCPM".*

*Cabe señalar que la imposición de medidas de desconcentración es competencia de la CRPI, de conformidad a lo establecido en el literal h), del numeral 2.1, del Estatuto por Procesos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el cual entre las atribuciones de la CRPI, señala: "Ordenar medidas de desconcentración, medidas correctivas o el cese de control por un operador económico sobre otro u otros operadores cuando el caso lo amerite".*

*Por lo expuesto, es facultad de la CRPI valorar el hecho alegado en el presente escrito, posterior al análisis de las conclusiones y recomendaciones constantes en el Informe SCPM-ICC-006-2018, de 29 de enero de 2018."*

#### ***"VII. RESPUESTA AL ESCRITO DE FECHA 09 DE FEBRERO DE 2018, CON NÚMERO DE TRÁMITE NO. 79620***

*En el escrito presentado por el operador económico menciona el Art. 2 de la LORCPM:*

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

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

*Así mismo cita al Artículo 3:*

*Art. 3.- **Primacia de la realidad.**- Para la aplicación de esta Ley la autoridad administrativa determinará la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico. La forma de los actos jurídicos utilizados por los operadores económicos no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos.*

*En el mencionado escrito, el operador económico aduce de manera errónea que el ámbito de la Ley aplica únicamente cuando los actos realizados produzcan efectos económicos*

perjudiciales en el mercado nacional, sin embargo señores Comisionados como es de su conocimiento y como se lo mencionó anteriormente en repetidas ocasiones, el control de concentraciones dentro de la LORCPM es de carácter preventivo y controla los cambios en la estructura a partir de la operación de concentración, en este sentido no sanciona conductas sino más bien previene de cambios estructurales que podrían generar posibles afectaciones a la competencia y sana concurrencia. En este caso la ley es clara y en su parte pertinente menciona "(...) en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional (...)" (el resaltado me pertenece). Es así que el control de concentraciones al tener un carácter preventivo busca regular todas aquellas posibles conductas que puedan llegar a adoptar los operadores económicos como objeto de una operación de concentración.

En este sentido en el Informe SCPM-ICC-006-2018 de fecha 29 de enero de 2018 se identificó que la operación de concentración realizada entre Las Partes cumplió con lo establecido en los artículos 14 y 16 por lo tanto tuvo la obligación de ser notificada para en base a un examen de la operación determinar si la misma afectó o no la estructura del mercado y en base a esto autorizar, condicionar o negar la operación. Sin embargo la misma no fue notificada y concluida sin previa autorización de la SCPM, motivo por el que se dio inicio a la investigación por concentración no notificada.

Por otro lado el operador económico menciona al Art 3 en el que hace énfasis en que la aplicación de la Ley, la SCPM determinará la naturaleza de las conductas, atendiendo a su realidad y efecto económico. Es claro señores Comisionados que las operaciones de concentración son analizadas de manera preventiva, en este sentido los efectos económicos que la misma produce son identificados, como se mencionó anteriormente, una vez realizado el examen de concentración y no antes. El que no se hayan identificado efectos económicos en la operación de concentración analizada no exime al operador de su obligación de notificar.

El análisis preventivo en las operaciones de concentración permite analizar aquellas operaciones que puedan plantear problemas a la competencia y sana concurrencia al establecer estructuras de mercado cuya solución sea irreversible o reversible a muy alto costo para las agencias de competencia. Los resultados se los obtiene una vez que se realizan los estudios técnicos sobre los cambios en el mercado

Todas aquellas operaciones de concentración que tienen la obligación de ser notificadas previa su autorización son aquellas que superan los umbrales determinados en la normativa, mencionados umbrales son un primer indicador de que la operación podría generar preocupaciones, sin embargo esto se determinará una vez finalizado el estudio.

Por otro lado el operador económico en su escrito menciona lo siguiente: "Si valoramos que en la operación de concentración formalizada el 09 de junio de 2014, consistente en la adquisición de activos y cesión de ciertos pasivos de la compañía RECAPITOMSA S.A. por parte de ICEBELL S.A., solamente se compró 5 locales pertenecientes al negocio DOLCE INCONTRO, entonces cabe preguntarse:

¿Cuáles fueron los potenciales cambios que se produjeron en el mercado?

¿Cuáles fueron los efectos unilaterales o coordinados provocados por este cambio en el mercado y que iría en detrimento de la competencia y los consumidores? (...)

En este sentido señores Comisionados vale recalcar con respecto a la primera pregunta que: i) la operación de concentración generó la eliminación de un competidor independiente en el mercado, quien si bien mantuvo la marca DOLCE INCONTRO este ya no actuaba de independiente en el mercado sino que lo hacía bajo el control de su nuevo



adquiriente, en este caso ICEBELL S.A. Por otro lado con respecto a la pregunta dos se determinó que: ii) al no existir traslape en la operación de concentración esta no generó cambios en la estructura que podrían causar problemas en la competencia, es decir la operación de concentración no tiene la capacidad de generar prácticas unilaterales ni efectos coordinados. Sin embargo, esto no exime al operador de cumplir con la obligación de notificar y el no hacerlo implica sanciones de acuerdo a la LORCPM.

Es importante mencionar que el control de concentraciones es un control que se lo realiza previo a la concreción de la operación, en este sentido Las Partes deben analizar y determinar si cumplen con la obligación de notificar de acuerdo a la norma y de ser así notificar a la autoridad de control. Una vez notificada la operación, el ente de control, en este caso la SCPM, determina si la misma puede generar preocupaciones a la sana competencia y en base a resolución se autoriza, condiciona o niega la operación de concentración.

Según la norma lo indica, la SCPM tiene la obligación de iniciar un procedimiento por operación de concentración no notificada, en los casos en que los operadores económicos que hayan realizado cualquiera de los actos determinados en el artículo 14 de la LORCPM y que superen cualquiera de los umbrales determinados en el artículo 16 del mismo cuerpo legal, el no hacerlo implicaría sanciones según lo prevé el artículo 18 en la norma antes mencionada.

Adicional a esto en el caso de que por medio de la investigación identifiquen que se haya producido efectos económicos la SCPM impondrá las medidas de desconcentración o medidas correctivas necesarias sin perjuicio de las sanciones que prevé la Ley de acuerdo al artículo 27 del RLORCPM, en este sentido señores Comisionados la ley es clara que de haber efectos económicos se implementarán los remedios necesarios, sin embargo estos no son un condicional para establecer una sanción por la falta de notificación por parte del operador económico.

En este sentido se da respuesta a lo estipulado por el operador económico:

"(...) Entonces si no se produjeron efectos económicos, ¿Cómo es que la ICC recomienda sanciones, en directa violación al párrafo final del Art 27 de la LORCPM? (...)"

Finalmente el operador económico en las conclusiones del escrito menciona lo siguiente:

"(...) No se puede determinar económicamente la base de la multa señalada en la Resolución No. 12 de la Junta de Regulación, debido a que ella se determina con base al mercado afectado, y en este caso la ICC ha aceptado que no hay mercado afectado"

Es importante mencionar señores Comisionados que la Resolución No. 12 de la Junta de Regulación a la que hace mención el operador económico se la calcula considerando los siguientes elementos:

Volumen de negocios en el mercado relevante

Factor proporcional a la gravedad de la infracción

Cuota de mercado

Naturaleza de la infracción

Alcance de la infracción

Factor proporcional a la afectación de la infracción

Dimensión del mercado afectado

Características del mercado afectado

En este caso, si la Comisión de Resolución de Primera Instancia en base a lo determinado en el Informe SCPM-ICC-006-2018 de fecha 29 de enero de 2018, decide acoger la recomendación generada por esta Intendencia, deberá considerar que la multa se la define

en base al volumen de negocios del operador económico dentro del mercado relevante que en este caso es el mercado afectado o donde ocurrió la operación de concentración no notificada, para efectos del cálculo de la multa la información en cuestión, es decir el volumen de negocios del operador económico dentro de los mercados relevantes, fue enviado en mencionado informe.”

**“VIII. RESPUESTA AL ESCRITO DE FECHA 09 DE FEBRERO DE 2018, CON NÚMERO DE TRÁMITE NO. 79621**

*El operador económico menciona:*

*“La propia ICC, en varias páginas de su Informe SCPM-ICC-006-2018 de fecha 29 de enero de 2018, afirmó que la presente operación de concentración no tuvo efectos económicos, pues se determinó que no se creó, modificó, o reforzó el poder de mercado: específicamente en el mercado de Restaurantes de Servicio Completo.*

*Señores Comisionados, es incomprensible la recomendación constante en el informe analizado. ¿Cómo y con qué criterios la ICC recomienda que se inicie el proceso de sanción contra ICEBELL S.A?, si la propia ICC ha determinado a lo largo de todo el proceso que no existe daño económico.”*

*Señores Comisionados con respecto al escrito es importante mencionar que, efectivamente como resultado de la investigación se identificó que la misma no generó cambios en la estructura del mercado que generen preocupaciones, sin embargo esto no excluye al operador económico de cumplir la Ley, la cual de manera clara de acuerdo a su Art 16 menciona:*

*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:*

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

*En 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 [...]. (el resaltado me pertenece)*

*En este sentido al ser una obligación previa de los operadores económicos a la concreción de la operación de concentración, la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas al ser un ente de control ex ante busca prevenir que las operaciones de concentración de alguna manera generen cambios en la estructura que generen prácticas contrarias a la competencia. De esta manera se busca evaluar de una manera preventiva los efectos que tendría en los mercados la operación de concentración, esto con la única finalidad de autorizar, en el caso que no genere preocupaciones, condicionar o negar en beneficio de los consumidores de los diferentes mercados.*

*La obligación de notificar de forma previa las operaciones de concentración económica no solo impide que se lleven a efecto operaciones que restrinjan indebidamente la competencia, sino además que las mismas deben contar con la debida autorización del Organismo de Control respecto al alcance de dicha operación. De esta forma el artículo 17 de la RLORCPM prescribe de forma complementaria con el artículo 14 de la LORCPM los*



*supuestos que deben operar en las operaciones de concentración que por mandato legal deben ser notificadas. De esta forma el artículo 17 de la LORCPM observa lo siguiente:*

*“Art. 17.- Notificación obligatoria de concentración económica.- Las operaciones de concentración que requieran de autorización previa según la Ley y este Reglamento, deberán ser notificadas a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, para su examen previo, en el plazo de ocho (8) días contados a partir de la fecha de la conclusión del acuerdo que dará lugar al cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos de conformidad con el artículo 14 de la Ley. (...)”*

*Consecuentemente la obligación de notificar de forma previa las operaciones de concentración económica es una responsabilidad ineludible del operador económico inmerso en la operación de concentración. Si bien esta obligación es de naturaleza prescriptiva (mandatorio), la obligación de notificar las operaciones de concentración económica de conformidad con la LORCPM tiene como única limitación los supuestos contenidos en el artículo 19 de este cuerpo legal, a saber: a) las adquisiciones de acciones sin derecho a voto, o de bonos, obligaciones o cualquier título convertible en acciones con derecho a voto y; b) adquisiciones de empresas o de operadores económicos liquidados o aquellos que no hayan registrado actividad en el país en los últimos tres años. Salvo estas dos excepciones previstas en la Ley, todas las operaciones de concentración económica que cumplan con los artículos 14 y 16 de la LORCPM deben obligatoriamente ser notificadas al Organismo de Control correspondiente.*

*Del Informe SCPM-ICC-006-2018 de fecha 29 de enero de 2018, se identificó de manera clara que la operación de concentración cumple con lo establecido en la ley para que la misma sea notificada de manera obligatoria. Es decir al existir la operación de concentración analizada se identificó que la misma genere un cambio de control de acuerdo al Art. 14 de la LORCPM, al eliminar un competidor independiente en el mercado relevante de restaurantes de servicio completo, así mismo de acuerdo al análisis para el cálculo del volumen de negocios de acuerdo al Art. 17 del mismo cuerpo legal se identificó que la operación de concentración supera el umbral del volumen de negocios establecido en la letra a) del Art. 16 de la LORCPM. Todos estos elementos permitieron concluir que la operación de concentración debió ser notificada previa a su realización de acuerdo y lo demanda la Ley.*

*Si la operación de concentración debió ser notificada de manera obligatoria la LORCPM de manera clara en el Art. 18 prevé que la falta de notificación de la misma será sancionada de conformidad con los artículos 78 y 79 del mismo cuerpo legal.*

*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.*

*La LORCPM en los artículos 78 y 79 contiene los tipos de infracciones y las sanciones cuando ha ocurrido un comportamiento inaceptable. Así para el caso de incumplimiento de la obligación de notificar las operaciones de concentración las normas aplicables son las que se describen a continuación:*

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

*(...)*

*2. Son infracciones graves: (...)*

d. La ejecución de una operación de concentración sujeta a control, antes de haber sido notificada a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado; o antes de que haya sido autorizada de conformidad con lo previsto en esta Ley.

3. Son infracciones muy graves: (...)

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

De esta manera Señores Comisionados queda evidenciado que pese a que en el Informe SCPM-ICC-006-2018 efectivamente como menciona el operador económico, se determinó que la operación de concentración no generó efectos económicos, sin embargo se recalcó en el Informe, que esto no exime al operador económico de cumplir lo estipulado en la Ley, que en este caso, era la obligación de notificar la operación de concentración llevada a cabo en el año 2014, y, el no hacerlo acarrea sanciones de acuerdo al Art. 18 de la LORCPM.

Una vez identificada la operación de concentración realizada sin la previa autorización, la SCPM tiene la obligación de iniciar un procedimiento de investigación de concentraciones no notificadas en concordancia con las disposiciones de los artículos 26 y 27 de la LORCPM los mismos que se citan a continuación:

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

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

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

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

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

Art. 27.- Resolución.- En el término de treinta (30) días de concluido el procedimiento de investigación, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado emitirá una resolución motivada en la cual confirmará si la operación de concentración económica no estuvo sujeta



*a notificación y autorización obligatoria; o indicará si la operación debió ser notificada o si se llevó a cabo antes de ser autorizada, en cuyo caso señalará que los actos no han producido efectos jurídicos entre las partes o en relación a terceros. De haberse producido efectos económicos, en la misma resolución, la Superintendencia impondrá las medidas de desconcentración, o medidas correctivas necesarias para revertir dichos efectos, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar de conformidad con los artículos 78 y 79 de la Ley.”*

*En este sentido de acuerdo al Art. 27 el operador económico erróneamente aduce que únicamente aplica la sanción en el caso de que se generen efectos económicos, sin embargo la Ley es clara cuando menciona que adicional a la sanción por no cumplir con la obligación de notificar, de haberse producido efectos económicos, la SCPM podrá imponer las medidas de desconcentración, o medidas correctivas necesarias para revertir dichos efectos, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar de acuerdo a la Ley.*

*En este sentido Señores Comisionados, la existencia de efectos económicos no es una condición para que exista un incumplimiento de la Ley como aduce el operador económico. Para el caso en cuestión al existir efectos económicos, las medidas correctivas que puede implementar la SCPM son un elemento adicional para corregir las posibles afectaciones al mercado que haya podido generar la operación de concentración no notificada, la no existencia de efectos económicos no exime al operador económico con su obligación de notificar de acuerdo a la Ley y el incumplimiento de la misma es objeto de sanción.*

*Por otro lado el operador económico en su escrito menciona lo siguiente:*

*“La Exposición de Motivos de la Ley (MCPEC-Asamblea Nacional, 2011) nos dice que:*

*(...) El control de concentraciones empresariales encuentra su justificación en aquellas operaciones de concentración que pueden plantear un problema a la competencia al establecer estructuras de mercado irreversibles (o reversibles a muy alto costo) que limiten o restrinjan la competencia en perjuicio de consumidores y/o usuarios (...)*

*Con el objetivo de evitar incurrir en sobrecostos producto de un control de concentraciones empresariales en todos y cada uno de los mercados, el proyecto ha restringido el procedimiento de autorización previa a sólo aquellas concentraciones con alta probabilidad de lesionar el interés económico general, para efectos de lo cual resulta adecuado establecer criterios objetivos de diferenciación que obliguen sólo a aquellas concentraciones probablemente nocivas a presentarse a un control previo de concentraciones.*

*(...) Los criterios antes mencionados recogen experiencias internacionales que han servido para establecer umbrales proporcionales –acorde a la realidad nacional- a partir de los cuales la evaluación previa de concentraciones empresariales es necesaria y obligatoria, y que han sido pensados para restringir los actos de supervisión únicamente a aquellas concentraciones con capacidad de lesionar el proceso competitivo.”*

*En el escrito presentado por el operador económico se intenta dar a entender que se debe estudiar únicamente aquellas operaciones de concentración que podrían afectar al mercado relevante, sin embargo esto dependerá únicamente del resultado del examen de concentración que realice la autoridad de control una vez que la operación haya sido notificada. El control de concentraciones es un análisis previo que se realiza con la única finalidad de evitar fallas en el mercado que como el mismo operador económico menciona en su escrito “El control de concentraciones empresariales encuentra su justificación en aquellas operaciones de concentración que pueden plantear un problema a la competencia al establecer estructuras de mercado irreversibles (o reversibles a muy alto costo)”. En este sentido el objeto de realizar el control ex ante tiene el único objetivo de evitar que se generen*

problemas irreversibles o reversibles a muy alto costo, y este control se lo realiza en base a un control previo donde el primer indicador para iniciar el estudio son los umbrales determinados así como el mismo operador económico menciona "Los criterios antes mencionados recogen experiencias internacionales que han servido para establecer umbrales proporcionales (...)". Es por esto la importancia que tiene que los operadores económicos que realicen operaciones de concentración y superen los umbrales, notifiquen la operación, con el objeto de evitar cambios en la estructura que afecten al consumidor y así mismo evitar estructuras contrarias a la competencia que sean irreversibles o reversibles a muy alto costo.

Es por esto señores Comisionados que el control previo a las operaciones de concentración inicia cuando la operación de concentración supera los umbrales determinados en la LORCPM que es el primer indicador cuantificable que existe una posible afectación a la sana competencia y libre concurrencia. En base a esto los operadores económicos que superen los umbrales tienen la obligación de notificar con el objeto de que su operación sea analizada y una vez que la misma haya sido analizada en base a un análisis técnico, y no antes, se podrá determinar si la operación de concentración puede generar preocupaciones a la sana competencia y libre concurrencia. En este sentido, ningún operador económico puede predecir si la operación de concentración puede o no generar cambios en la estructura que perjudiquen al mercado, esto lo hará el ente de control una vez realizado el examen de concentración.

Es así que el operador económico equivocadamente aduce que únicamente las operaciones que generen preocupaciones deben ser notificadas, sin embargo es importante dejar en claro que esto únicamente se identificará después que se haya realizado el examen de la operación de concentración. Los umbrales se crean específicamente (que son determinados de manera técnica) con la finalidad de establecer de manera general si la operación de concentración puede generar cambios en la estructura y a partir de este indicador iniciar es estudio de afectación del mercado de la operación de concentración. En el caso en cuestión se identificó que no existen efectos económicos, sin embargo este fue el resultado que se entregó después del análisis, que de ninguna manera se hubiera podido identificar con la ausencia del mismo. Finalmente el operador económico en su escrito presenta lo siguiente:

"(...) La Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo del Tribunal de Casación, dentro del Juicio Especial No. 17811-2016-01271, en fecha 20 de octubre de 2017, emite sentencia donde en el Octavo de sus Considerando refiere:

"(...) En el análisis de daño y perjuicio al mercado, es importante la valoración de acuerdo a la regla de la razón. Si hablamos de regla de la razón, necesariamente hay que evaluar los efectos que la conducta examinada ha provocado o no en el mercado, volviéndose de esta forma el examen económico del mercado que supuestamente se considera afectado riguroso y además detallado, procediendo solo la sanción al operador económico si se llegara a demostrar que los efectos de su actuar en el mercado perjudicaron al consumidor o produjeron daños a la competencia o mercado (...)"

En este sentido señores Comisionados, el caso al que se hace referencia, es un análisis por una sanción por una conducta realizada por el operador económico del ejemplo, es decir para sancionar conductas ya realizadas, específicamente por conductas monopólicas absolutas o relativas. En el caso que nos compete, el control de concentraciones es un control preventivo y en este caso la sanción está dirigida en un primer momento al operador económico por no cumplir con la obligación de notificar de acuerdo a lo que establece la Ley y en un segundo momento el generar medidas correctivas o de desconcentración en el



*caso de generarse efectos económicos. En este caso no se identificaron efectos económicos, sin embargo, se determinó la falta de notificación, omisión que se encuentra sancionada por la LORCPM.*

*En conclusión señores Comisionados, la notificación por parte del operador económico, es obligatoria siempre y cuando la mencionada operación cumpla con los preceptos establecidos en los artículos 14 y 16 de la LORCPM, el que la misma no genere efectos económicos contrarios a la competencia no exime a ningún operador económico de cumplir con lo que estipula la Ley, y la afectación se la podrá determinar únicamente por medio de un examen a la operación por parte del organismo de control de acuerdo lo demanda la Ley. En el caso que nos ocupa, de la investigación se identificó que existió una operación de concentración, la cual al generar un cambio o toma de control y superar el umbral del volumen de negocios cumplió con lo establecido en los artículos 14 y 16 y debió de acuerdo a la LORCPM ser notificada de manera obligatoria.*

*Es importante mencionar que pese que del análisis realizado a la operación de concentración, se determinó que la misma no generó efectos económicos que generen preocupaciones a la sana competencia y libre concurrencia, esto no exime al operador económico de cumplir con la obligación de notificar.”*

*“IX. RESPUESTA AL ESCRITO DE FECHA 09 DE FEBRERO DE 2018, CON NÚMERO DE TRÁMITE NO. 79622 Respecto a lo señalado en el numeral “PRIMERO” del escrito, el cual tiene como título.- “SOBRE LA RESOLUCIÓN NO. 12 DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 2016, EXPEDIDA POR LA JUNTA DE REGULACIÓN”.*

*La Resolución No. 12 de 23 de septiembre de 2016, expedida por la Junta de Regulación tiene como objeto.- “Establecer la metodología a ser utilizada en el cálculo del importe de las sanciones establecidas en los artículos 78 y 79 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), en concordancia con los criterios establecidos en el artículo 80 y siguientes artículos del mismo cuerpo normativo, y su Reglamento. La expedición de esta metodología tiene como objetivo contribuir a la transparencia en la cuantificación del importe de la sanción así como en la objetividad del cálculo, potenciando su efecto disuasorio y favoreciendo la seguridad jurídica de los operadores económicos”.*

*El operador económico realiza por SIETE ocasiones la siguiente pregunta: “Entonces ¿por qué la ICC incorpora en las cuentas de página 34 de su Informe de 29 de enero de 2018 a la empresa SHEMLON S.A. si esta empresa no estaba dentro del Mercado Relevante de los Restaurantes de Servicios Completos?”. Dando una respuesta errada a la misma por SIETE ocasiones mencionando que: “La respuesta es clara: la ICC ha forzado nuevamente sus cuentas de Volumen de Negocios de 2013, para incorporar a SHEMLON S.A. y forzar para que el Umbral de Ventas supere a lo señalado en la Resolución No. 002 de la Junta de Regulación”.*

*Al respecto y como se explicó anteriormente se debe nuevamente aclarar al operador económico que en el Informe No. SCPM- ICC-006-2018 de fecha 29 de enero de 2018, el volumen de negocios se lo cálculo en base al ejercicio contable anterior a la operación, es decir del año 2013 y se lo calculó conforme al artículo 17 de la LORCPM en estricto cumplimiento de la norma y con la finalidad de verificar si la operación debía cumplir con el procedimiento de notificación previa de acuerdo a los umbrales determinados por la Junta de Regulación.*

*Además, se debe considerar que de acuerdo al artículo 17 de la LORCPM, para vincular a otros operadores económicos la premisa principal de articulación es el control que ejercen*

uno o varios operadores económicos, indistintamente del mercado relevante o de la actividad económica que realicen las empresas, dado que todas actúan en territorio ecuatoriano con un mismo propósito que lo determina el ente de control del grupo económico.

Razón por la cual, hay que separar por una parte el cálculo del volumen de negocios de acuerdo al artículo 17 de la LORCPM y el cálculo del volumen de negocios a efecto de fijar la multa dentro del proceso sancionatorio. De manera clara en el título 8 del informe respecto a las "Consideraciones Sobre el Proceso Sancionatorio" específicamente en la página 53 se aclara que: "Es importante mencionar que se consideraron las ventas sólo de los restaurantes de servicio completo en la ciudad de Guayaquil conforme los mercados relevantes identificados en esta operación de concentración no notificada" (Énfasis agregado).

Por lo tanto, queda demostrado que lo manifestado por el operador económico respecto a una supuesta conducta por parte de la ICC donde "ha forzado nuevamente sus cuentas de Volumen de Negocios de 2013, para incorporar a SHEMLON S.A. y forzar para que el umbral de Ventas supere a lo señalado en la Resolución No. 002 de la Junta de Regulación" es falso, debido a que la Resolución No. 012 "Metodología para la Determinación del Importe de Multas por Infracciones a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado" tiene el objeto de calcular el importe de las sanciones establecidas en los artículos 78 y 79 de la LORCPM y no modificar el cálculo del volumen de negocios determinado en el artículo 17 de la LORCPM, el cual se cita a continuación:

"Art. 17.- Cálculo del Volumen de Negocios.- Para el cálculo del volumen de negocios total del operador económico afectado, se sumarán los volúmenes de negocios de las empresas u operadores económicos siguientes:

- a) La empresa u operador económico en cuestión.
- 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 y 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.
- 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.
- 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).
- 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)".

Finalmente es pertinente aclarar que de acuerdo al volumen de negocios del ejercicio inmediatamente anterior de los partícipes (2013), calculado conforme lo dispone el artículo 17 de la LORCPM y 11 del RLORCPM, superó el monto establecido por la Junta de Regulación para determinar la obligatoriedad de notificación de acuerdo a la letra a) del artículo 16 de la LORCPM, pues alcanzó, el valor de USD [REDACTED] [...]"



**3.10.-** El operador económico ICEBELL S.A. con fecha 13 de marzo de 2018 en el término legal da contestación a la providencia de 06 de marzo de 2018 en el que expresa y solicita que la CRPI., ordene el archivo de la presente causa.

#### **CUARTO.- ALEGACIONES ADUCIDAS POR LOS INTERESADOS.-**

##### **4.1.- Alegaciones formuladas por la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas de la SCPM.**

**4.1.1.-** La Intendencia Investigación y Control de Concentraciones Económicas refiere: *“(…) Con fecha 09 de junio de 2014, la empresa ICEBELL S.A. ahora en liquidación, realizó una operación de concentración económica a través de la adquisición de activos y cesión de pasivos del negocio DOLCE INCONTRO que en ese momento pertenecía a la compañía RECAPITOMSA S.A.; operación que fue registrada en el libro de accionistas de esta última. Esta operación de concentración económica se realizó dentro del sector de alimentos preparados, específicamente dentro del mercado de restaurantes de servicio completo en el que participaban los restaurantes DOLCE INCONTRO en la ciudad de Guayaquil (…)”*

**4.1.2.-** La Intendencia Investigación y Control de Concentraciones Económicas manifiesta: *“(…) En función de lo establecido en el literal e) del artículo 14 de la LORCPM, el 09 de junio de 2014 se produjo una operación de concentración económica, mediante la cual ICEBELL S.A (bajo el control de DELI INTERNACIONAL S.A.) adquirió los activos y pasivos de la compañía RECAPITOMSA S.A., propietaria de varios restaurantes cuya marca comercial es “Dolce Incontro” produciendo un cambio y toma de control y la desaparición de un competidor directo que operaba de manera independiente en el mercado de restaurantes de servicio completo.”*

**4.1.3.-** La Intendencia Investigación y Control de Concentraciones Económicas expresa: *“(…) El volumen de negocios de los operadores inmersos directa e indirectamente en la operación de concentración descrita entre Icebell S.A. y Recapitomsa S.A. fue de USD [REDACTED] con lo cual, superó el monto de 200.000 RBU establecido en la Resolución No. 002 del 22 de octubre de 2013 de la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Lo que implica que dicha operación superó el umbral fijado en la letra a) del artículo 16 de la LORCPM y, por tanto, dicha operación tuvo que haber cumplido con el procedimiento obligatorio de notificación previa, establecido en el artículo 15 de la LORCPM.” “El volumen de negocios de la operación fue calculado en función del Art. 17 de la LORCPM, que en un principio dispone la sumatoria de las empresas en cuestión (Icebell S.A. y RECAPITOMSA S.A.) y en un segundo plano a las empresas relacionadas directa o indirectamente (Deli Internacional S.A. y a Shemlon S.A.).”*

**4.1.4.-** La Intendencia Investigación y Control de Concentraciones Económicas refiere: *“En cumplimiento al artículo 5 de la LORCPM, relativo al “mercado relevante”, para efectos del presente análisis de concentración económica no notificada, se consideró los servicios que proveían en su momento Recapitomsa S.A. (con Dolce Incontro) y Icebell S.A. más el conjunto de compañías vinculadas. Se evaluaron criterios cualitativos para determinar los patrones de sustitución y las áreas geográficas donde se determina la competencia, además de una revisión de la experiencia internacional en casos similares. En ese sentido, se*

identificó que los restaurantes *Dolce Incontro de Recapitomsa S.A.* y los restaurantes *American Deli Full, Arrecife* y *City Bistro* del grupo económico al que pertenece *Icebell S.A.* en liquidación pertenecen al mismo mercado de producto, pero no al mismo mercado geográfico, por lo cual no compiten dentro del mismo mercado relevante" 1) Mercado de Restaurantes de Servicio Completo dentro de Aeropuerto." 2) Mercado de Restaurantes de Servicio Completo fuera de Aeropuerto." "El mercado geográfico se determinó para el mercado de producto identificado. Para el caso de Restaurantes de Servicio Completo dentro de Aeropuertos se definió al Aeropuerto José Joaquín de Olmedo de Guayaquil, mientras que para el caso de Restaurantes de Servicio Completo fuera de Aeropuertos se definió a la ciudad de Guayaquil."

**4.1.5.-** La Intendencia Investigación y Control de Concentraciones Económicas advierte, "De conformidad al artículo 26 del RLORCPM "(...) La Superintendencia podrá ordenar la realización de las investigaciones necesarias, en ejercicio de las facultades establecidas en la Ley, para determinar si la operación de concentración que se hubiere concretado sin previa autorización o antes de haberse expedido la correspondiente autorización, crea, modifica o refuerza el poder de mercado de los operadores económicos que participaron en ella y los efectos anticompetitivos que hubiere creado o pudiere crear, para lo cual aplicará los criterios establecidos en el artículo 22 de la Ley (...)" ; en concordancia con lo dispuesto en el artículo 22 sobre "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". "En base a los datos públicos analizados así como por la información remitida por los operadores económicos, el presente Informe determina que no se creó, modificó o reforzó el poder de mercado del grupo económico en ninguno de los mercados geográficos de Restaurantes de Servicio Completo dentro de Aeropuertos y Restaurantes de Servicio Completo fuera de Aeropuertos; ya que no existió traslape con respecto al negocio adquirido de RECAPITOMSA S.A. Sin embargo, este hecho no enerva la obligación que tenía ICEBELL S.A. de cumplir con el procedimiento de notificación previa conforme lo establece el artículo 16 de la LORCPM."

**4.1.6.-** La Intendencia Investigación y Control de Concentraciones Económicas refiere, "(...) Durante el proceso investigativo realizado por esta Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas sobre la operación de concentración económica sub iudice determinó: " i) que la operación de concentración se concretó sin previa autorización del Organismo de Control;" "ii) que existe un mercado relevante de producto implicado en la operación de concentración no notificada que es el de Restaurantes de Servicio Completo." "iii) que existen dos mercados geográficos relevantes distintos: Restaurantes de Servicio Completo dentro del Aeropuerto de Guayaquil y Restaurantes de Servicio Completo fuera del Aeropuerto de Guayaquil." "iv) que no existe traslape que cree, modifique o refuerce el poder de mercado del operador adquirente y sus compañías vinculadas, dado que no son competidores directos en el mercado geográfico correspondiente." "Para determinar el importe de la multa se debe tener en cuenta lo dispuesto en el Art. 6 y subsiguientes, contenidos en la Resolución No. 012 de la Junta de Regulación de la LORCPM del 23 de septiembre de 2016, que hacen énfasis en la aplicación a mercados afectados, lo que no ocurre en el presente caso. Este hecho no enerva la obligación de cumplir con el



*procedimiento de notificación previa de conformidad con el artículo 16 de la LORCPM y cuya sanción está tipificada en el Art. 18 de LORCPM.”*

#### **4.2.- Alegaciones formuladas por el operador económico ICEBELL S.A.**

**4.2.1.-** El operador económico ICEBELL S.A., solicita que se reproduzcan los fragmentos citados en el escrito presentado con fecha 09 de febrero de 2018 a las 13h53 al respecto manifiesta: *“(…) que se reproduzcan en este expediente los fragmentos antes citados que constan en los tres informes emitidos por la ICC y declarados nulos por la CRPI, ellos son: el informe SCPM-ICC-037-2017 de fecha 14 de julio de 2017, el Informe SCPM-ICC-070-2017 de fecha 12 de diciembre de 2017, y el informe SCPM-ICC-003-2018 de fecha 10 de enero de 2018.”*

**4.2.2.-** El operador económico ICEBELL S.A. advierte: *“(…) La ICC no pudo cumplir con la remisión de la información solicitada en la Resolución de fecha 24 de enero del 2018, a las 16h57, emitida por la CRPI; consistente en las variables establecidas por la Junta de Regulación en su Resolución No. 12 del 23 de septiembre de 2016, Metodología para la Determinación del Importe de Multas por Infracciones a la LORCPM; debido a que no hay mercado afectado y esta Metodología se basa en el mercado afectado.” “(…)- No se sobrepasa el umbral establecido por la Junta de Regulación, no hubo daño al mercado como lo ha señalado la propia ICC, y nunca se debió notificar la concentración entre ICEBELL S.A. Y RECAPITOMSA S.A (…)”*

**4.2.3.-** El operador económico ICEBELL S.A. manifiesta: *“(…) NULIDADES ABSOLUTAS EN EL INFORME SCPM-ICC-006-2018 DE FECHA 29 DE ENERO DE 2018” “La ICC intenta cambiar ilegalmente las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los señores Comisionados. Para el efecto como referencia tendremos en cuenta que el ERJAFE en su Art. 129, numeral 1, literal e (…)” “(…) ICEBELL S.A. no se allana a ninguna causa de nulidad (…)” El informe adolece de errores sustanciales y omisiones, los cuales en el momento procesal actual, son insubsanables y conllevan a nulidad absoluta. “(…) La ICC menciona claramente que la presunta operación de concentración no notificada que fue formalizada en fecha 09 de junio del 2014; No creó, modificó o reforzó el poder del mercado de los operadores económicos involucrados. “(…). La única compañía vinculada a ICEBELL S.A. es DELI INTERNACIONAL S.A. (Art. 2 de la LORCPM) Como vemos la, ICC intenta evitar normas y no concluir el procedimiento de investigación, prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legal establecido y de las normas que contienen las reglas esenciales para la información de la voluntad del órgano colegiado que es la CRPI (ERJAFE Art. 129, 1, e), lo cual acarrea nulidades en pleno derecho.(…)”*

**4.2.4.-** El operador económico ICEBELL S.A., manifiesta que: *“(…) El mercado relevante para la Operación de Concentración Económica No Notificada de fecha 09 de junio de 2014, es el de Restaurantes de Servicio Completos (…)” “(…) Los operadores económicos NECKIC LTD. y SHEMLON S.A.; no operan en el mismo mercado relevante que los operadores económicos DELI INTERNACIONAL S.A.; ICEBELL S.A.; y RECAPITOMSA S.A.” “(…) El correcto cálculo de la cuota del mercado de la presente operación de concentración es la suma de las cuotas del mercado relevante establecidas para los operadores económicos involucrados: DELI INTERNACIONAL S.A.; ICEBELL S.A.;*

RECAPITOMSA S.A." "(...) La compra del negocio DOLCE INCONTRO por parte de ICEBEL S.A. no redujo la presencia de un competidor directo que operaba en el mercado de Restaurantes de Servicio Completo; lo que se redujo fue una empresa no los establecimientos, ellos continúan compitiendo en este mercado relevante" "(...) La compra del negocio DOLCE INCONTRO por parte de ICEBEL S.A. benefició a los trabajadores, la competencia y el Estado, al evitar la quiebra del negocio y saldar las deudas que tenía el negocio comprado con el IEES y el SRI, correspondientes a obligaciones laborales y tributarias." "(...) El único operador económico, dentro de la presunta operación de concentración económica no notificada, vinculado a ICEBELL S.A. ES DELI INTERNACIONAL S.A. lo cual fue aceptado por la ICC, y a pesar de ello, sorpresivamente concluye de meneara diferente, Además, así lo señala claramente el Art. 2 de la LORCPM."

4.2.5.- El operador económico ICEBELL S.A., refiere que: "(...) El operador económico en cuestión en la presente operación de concentración es ICEBELL S.A. y el único operador que se le vincula es DELI INTERNACIONAL S.A." "(...) El cálculo de volumen de negocio realizado por la ICC es errado, al establecer para ello al operador económico SHEMLON S.A. que no tiene ningún vínculo con ICEBELL S.A. que es el operador económico en cuestión según el Art. 17 de la LORCPM SHEMLON no controla a ICEBELL, y además estaba en otro mercado relevante." "(...) El correcto cálculo de Volumen de Negocios sería entre RECAPITOMSA S.A., ICEBELL S.A. y DELI INTERNACIONAL S.A., al ser este último el único operador vinculado, el cual alcanzaría el monto de USD [REDACTED] en el año 2013, esto es [REDACTED] por debajo del umbral de la Junta de Regulación, por lo tanto la concentración económica no debió ser notificada." "(...) La ICC actúa de forma antijurídica y discriminatoria al no reconocer para el presente caso la jurisprudencia que existe de la investigación de la operación de concentración económica no notificada del Expediente No. SCPM-CRPI-2015-021 (Holding La Fabril)"

4.2.6.- El operador económico ICEBELL S.A. alega que: "(...) La liquidación de la compañía ICEBELL S.A. fue realizada por mandato legal, no por voluntad de los accionistas" "(...) La emisión de una eventual Resolución de desconcentración será ilegal y nula y perjudicará al mercado ya que causaría la desaparición de DOLCE INCONTROL, y el despido y liquidación de sus trabajadores." "(...) Una eventual Resolución de desconcentración provocaría la quiebra de los señores María Lorena Bruzzone Negri y Manuel Sánchez Morales accionistas de RECAPITOMSA S.A., compañía que actualmente no está activa y se encuentra en proceso de liquidación de oficio ordenada por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros al tener que devolver todo el dinero que se le pagó por la venta del negocio, que incluirá el pago de las deudas del IEES, al SRI y las inversiones realizadas en los locales."

4.2.7.- El operador económico ICEBELL S.A. alega que: "(...) En 4 ocasiones dentro del informe de la ICC, inclusive en las conclusiones la Intendencia expresa que no existe daño económico al mercado ni estructural, ni tampoco se creó, modificó o reforzó poder de mercado alguno." "El artículo 2 de la LORCPM señala que está dentro del ámbito de aplicación de la Ley todos los operadores económicos en tanto en cuanto sus actos, produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional, y," "El Art. 27 del LORCPM expresa que únicamente 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 perjuicios de las sanciones.”*  
*“La ICC no ha podido determinar económicamente la base de la multa señalada en la resolución No. 12 de la Junta de Regulación, debido a que ella se determina con base al mercado afectado,, y en este caso la ICC ha aceptado que no hay mercado afectado.”*  
*“Entonces es incomprensible la recomendación constante en el informe analizado. ¿Cómo y con que criterios la ICC recomienda que se inicie el proceso de sanción contra ICEBELL S.A.?, si la propia ICC ha determinado a lo largo de todo el proceso que no existe daño económico.”*  
*“Claramente la ICC está actuando de manera absolutamente parcializada y específicamente contra lo que señala la LORCPM, por tanto incluso está incurriendo en el delito de incumplimiento de descensiones legítimas de autoridad competente regulado en el artículo 282 del Código Orgánico Integral Penal (COIP)”*  
*“Solicitamos a los señores Comisionados, no acoger la recomendación de la ICC, por constituirse en: .Ilegal .Nula de Pleno Derecho .Discriminatoria .Incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente .Perjudicial para el Mercado.”*

**4.2.8.-** El operador económico ICEBELL S.A. refiere que: *“(…) La compra del negocio DOLCE CONTROL formalizada el 09 de junio de 2014 por parte de ICEBELL S.A., no produjo daño económico al mercado nacional, no tampoco creo, modifíco o reforzó el poder del mercado, y ello ha sido aceptado por la propia ICC.”* *“(…) ICEBELL S.A. no puede ser sancionada, debido a que están sometidos a la Ley los operadores económicos en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional.”* *“(…) La ICC debió aplicar la Regla de la Razón para este caso, pues cada caso debe ser analizado individualmente, y La operación de concentración llevada a cabo entre ICEBELL S.A. y RECAPITOMSA S.A. no perjudicó a la competencia, ni al consumidor ni al mercado.”* *“(…) La sentencia de Casación, la LORCPM, su Reglamento, nos dice que en nuestro Derecho de Competencia se debe aplicar la REGLA DE LA RAZÓN.”*

**4.2.9.-** El operador económico ICEBELL S.A., manifiesta: *“(…) La ICC no pudo cumplir con la remisión de la información solicitada en la Resolución de fecha 24 de enero del 2018, a las 16h57, emitida por la CRPI; consistente en variables establecidas por la Junta de Regulación en su Resolución No. 12 de 23 de septiembre de 2016, Metodología para la Determinación del importe de Multas por infracciones a la LORCPM; debido a que no ha daño al mercado y esta Metodología se basa en el daño al mercado afectado.”* *“(…) Si la ICC hubiese cumplido con lo ordenado por la CRPI y por la Resolución No. 12 de la Junta de Regulación, se hubiera percatado que las cuentas para el establecimiento del umbral señalado en la Resolución 002 en concordancia con la Resolución 12 de la Junta de Regulación, son las siguientes: “Las ventas de ICEBEL S.A. durante el año 2013, fueron por USD. 0,0 (Cero)” “Las ventas de RECAPITOMSA S.A. durante el año 2013, fueron por USD 1.935.506,08, según la información que consta en la superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.” “Las ventas de DELI INTERNACIONAL S.A. durante el año 2013, fueron por USD 48.340.253,08.” “Si calculamos el volumen de negocios utilizados los ingresos del año 2013 del operador económico ICEBELL S.A. y el único operador que se encuentra vinculado DELI INTERNACIONAL S.A., no así SHELDOM S.A., pues ICEBELL S.A. y DELI INTERNACIONAL S.A. tienen en conjunto con los ingresos de RECAPITOMSA S.A. para el año 2013 un monto de USD [REDACTED] lo que significa USD [REDACTED] por debajo de los USD [REDACTED]”*

*63 millones de dólares determinados como umbral de concentraciones económicas para ese año." "Por tanto se sobrepasa el umbral establecido por la Junta de Regulación, no hubo daño al mercado como lo ha señalado la propia ICC, y nunca se debió notificar la concentración entre ICEBELL S.A. y RECAPITOMSA S.A."*

## QUINTO.- PRUEBAS DE LOS INTERVINIENTES.-

### 5.1.- Prueba de cargo de la Intendencia de Investigación de Control de Concentraciones Económicas de la SCPM.

- Providencia dictada el 22 de marzo de 2017, a las 10h20, el Intendente de Investigación y Control de Concentraciones Económicas solicita información al operador económico ICEBELL S.A. y a la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros.
- Oficio SCPM-ICC-0155-2017-O de 22 de marzo de 2017 se solicitó al Señor Camilo Cueva Valdivieso. Intendente de Compañías de Quito de la Intendencia Regional de Quito de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, información relevante para la investigación que se lleva adelante.
- Oficio No.: SCVS.IRQ.SG.SRS.2017.0549-6467 de 23 de marzo de 2017, la Superintendencia de Compañías remitió la información solicitada.
- Oficio No. SCPM-ICC-0175-2017-O, se notificó al Señor Jaime Vinicio Leiva Páez, en su calidad de Administrador/Representante Legal de ICEBELL S.A. con el Extracto de la Providencia de 04 de abril de 2017.
- Providencia de 07 de abril de 2017, dictada a las 17h15, el Intendente de Investigación y Control de Concentraciones Económicas solicita información al operador económico DELI INTERNACIONAL S.A.
- Oficio No. SCPM-ICC-201-2017-O, de 10 de abril de 2017, se solicita información al operador económico DELI INTERNACIONAL S.A.
- Providencia de 05 de julio de 2017, dictada a las 15h30, el Intendente de Investigación y Control de Concentraciones Económicas solicita información a ICEBELL S.A.
- Oficio SCPM-ICC-467-2017-O de 29 de septiembre de 2017, se solicita información al operador económico INT FOOD SERVICES CORP.
- Oficio SCPM-ICC-468-2017-O de 29 de septiembre de 2017, se solicita información al operador económico DELI INTERNACIONAL S.A.
- Oficio SCPM-ICC-469-2017-O de 29 de septiembre de 2017, se solicita información al operador económico SHEMLON S.A.
- Oficio SCPM-ICC-470-2017-O de 29 de septiembre de 2017, se solicita información al operador económico PROMOTORA ECUATORIANA DE CAFÉ DE COLOMBIA S.A. PROCAFECOL.
- Oficio SCPM-ICC-471-2017-O de 29 de septiembre de 2017, se solicita información al operador económico ENNOVA GROUP S.A.
- Oficio SCPM-ICC-472-2017-O de 29 de septiembre de 2017, se solicita información al operador económico GOURMETBRANDS S.A.
- Oficio SCPM-ICC-473-2017-O de 29 de septiembre de 2017, se solicita información al operador económico ALIMENTOS TRADICIONALES INDUSTRIALIZADOS METRIN CIA. LTDA.
- Oficio SCPM-ICC-474-2017-O de 29 de septiembre de 2017, se solicita información



- al operador económico ECUAFROSTFOOD S.A.
- Oficio SCPM-ICC-466-2017-O de 29 de septiembre de 2017, se solicita información al operador económico ICEBELL S.A.
- Oficio SCPM-ICC-469-2017-O de 29 de septiembre de 2017, se solicita información al operador económico SHEMLON S.A.
- Providencia de fecha 05 de octubre de 2017 a las 16h10, se solicita información al operador económico SUSHICORP S.A.
- Providencia de fecha 17 de octubre de 2017, a las 15h20 se solicita información a los operadores económicos DELI INTERNACIONAL S.A. y ICEBELL S.A.
- Providencia de 07 de noviembre de 2017, se solicitó información al Servicio de Rentas Internas y a la Superintendencia de Compañías.
- Providencia de 16 de noviembre de 2017, se solicitó información a los operadores económicos INT FOOD SERVICES CORP, DELI INTERNACIONAL Y SHEMLON.
- Oficio No. SCPM-ICC-611-2017-O de fecha 20 de noviembre de 2017, se solicita información del grupo económico KFC al Servicio de Rentas Internas
- Oficio No. 917012017ORIT002995 el Servicio de Rentas Internas remite información respecto al grupo económico KFC.
- Oficio No. SCPM-ICC-653-2017-O de fecha 27 de noviembre de 2017, se solicita información del grupo económico KFC al Servicio de Rentas Internas.
- Oficio No. 917012017ORIT003104 el Servicio de Rentas Internas remite información respecto al grupo económico KFC.

**5.2.- A favor de la Intendencia de Investigación de Control de Concentraciones Económicas de la SCPM., se aprecia en el expediente:**

- Contrato de Compra-Venta de Activos entre RECAPITOMSA S.A. e ICEBELL S.A. celebrado el 09 de junio de 2014. En el contrato en mención se ejecuta el acto de transferencia por el cual se transfiere todos los activos del negocio DOLCE INCONTRO de RECAPITOMSA S.A. a ICEBELL S.A. El acuerdo de compra-venta de fecha 09 de junio de 2014 contemplaba los siguientes puntos: *"La transacción contemplada en este Contrato consiste en lo siguiente: La compra por parte de ICEBELL de los activos del negocio DOLCE INCONTRO que cuenta en la actualidad con 5 locales y 1 planta de producción en la ciudad de Guayaquil. La transacción incluye:*
  - a) Las siguientes marcas: 1) DOLCE INCONTRO, 2) ÉXTASIS DE CHOCOLATE, 3) FANTASÍA EXÓTICA, 4) FANTASÍA DE CHOCOLATE, 5) CHOCOLATE LOVER'S CAKE, 6) FANTASÍA DE CHOCOLATE Y MORA, 7) FANTASÍA DE ALMENDRAS Y AMARETTO, 8) FANTASÍA DE CHOCOLATE Y MENTA, 9) FANTASÍA DE MOKACCINO, 10) TENTACIÓN DE CHOCOLATE Y MORA, 11) MANJAR DEL CIELO, y las recetas de estos productos, y todos los que se comercialicen en DOLCE INCONTRO.*
  - b) Activos de los 5 locales y de la planta, los cuales deberán estar individualizados con su respectivo valor en el Anexo 1. La VENDEDORA declara que esos activos están libres de gravámenes, y en caso de que exista alguna afectación, se comprometen a sanearlos.*
  - c) La COMPRADORA asumirá el personal que a la fecha de inicio de*

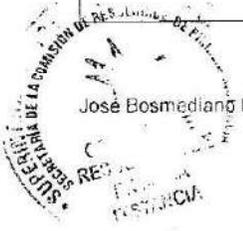
*operación del negocio DOLCE INCONTRO, trabaje en los locales y planta, reconociendo su antigüedad*

- d) *La COMPRADORA asumirá el personal administrativo que se detalla en el Anexo 2, reconociendo su antigüedad si fuera el caso. Las liquidaciones del resto del personal administrativo serán asumidas por la VENDEDORA, lo cual deberá estar ejecutado hasta el 30 de junio."*

- Información relevante remitida por el Servicio de Rentas Internas "(...) A fin de determinar la vinculación de las empresas observadas con la empresa ICEBELL S.A. la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, mediante oficio Nro. SCPM-ICC-653-2017-O solicito al Servicio de Rentas Internas (SRI) el anexo de accionistas, partícipes, socios, miembro de directorio y administradores (APS) de las sociedades vinculadas al Grupo económico KFC (denominado así por el SRI).(...)" "(...)De la información remitida por el Subdirector General de Cumplimiento Tributario del SRI, se desprende que en el año 2014, los accionistas de las empresas observadas eran:

**Cuadro No. 3 Información remitida por el SRI**

Empresa	Descripción/ País	Accionistas-Participación (2014)
DELI INTERNACIONAL S.A.	Panamá	NECKIC LTD- 97% COPACABNA HOLDING- 3%
INT FOOD SERVICES CORP.	Panamá	WADEHOUSE HOLDING- 50% SEAVIEW BUSINESS INC- 50%
SHEMLON S.A.	Panamá	NECKIC LTD- 64, 0200% JUAN CAMPAÑA- 34% COPACABNAHOLDING- 1,9800%
ENNOVA GROUP S.A.	Panamá	WADEHOUSE HOLDING- 50% SEAVIEW BUSINESS INC- 50%
GOURMETBRANDS S.A.	Ecuador	JUCARCORP GROUP S.A.- 58,6% ZITARCORP GROUP S.A.- 34,5% KANSAI HOLDING S.A.- 6,900%
PROMOTORA ECUATORIANA DE CAFÉ DE COLOMBIA PROCAFECOL	Panamá	LATINCAFE 80% PROMOTORA DE CAFE DE COLOMBIA 20%
NOVOEVENTOS	ECUADOR	INT FOOD SERVICES CORP. DELI INTERNACIONAL S.A.

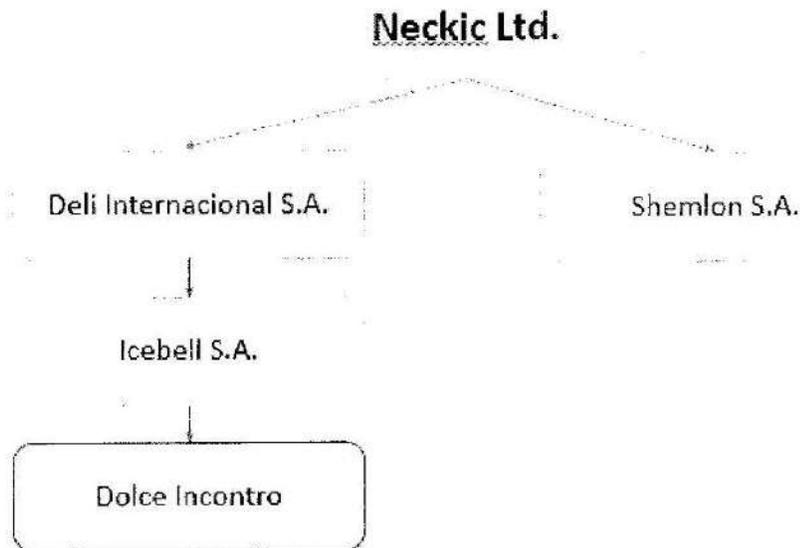
GASTROPORT	PANAMA	NO EXISTE INFORMACIÓN ACCIONARIA
ECUAFROSTFOOD	ECUADOR	MEDARDO SANCHEZ 83% FRANKLIN TELLO 8,5% AROCHA BAIER JOSEPH 8,5%

- **Fuente:** Servicio de Rentas Internas
- **Elaboración:** Dirección Nacional de Estudios y Examen de Control de Concentraciones

(...)

- Gráfico de vinculación de conformidad con el Art. 17 de la LORCPM “A continuación, en el siguiente gráfico procedemos a ilustrar quien ejerce el control de conformidad a su porcentaje accionario dentro de las siguientes empresas de acuerdo a la información aportada en el apartado anterior respecto a las empresas vinculadas para efecto del cálculo del volumen de negocio:

**Gráfico No. 1 Vinculación del Grupo Económico**



**Fuente:** Servicio de Rentas Internas

**Elaboración:** Dirección Nacional de Estudios y Examen de Control de Concentraciones

*“Del cuadro se desprende que NECKIC LTD tiene control sobre DELI INTERNACIONAL S.A. por poseer más del 50% del capital accionario; de la misma forma DELI INTERNACIONAL S.A. tiene control sobre ICEBELL S.A. ,siendo finalmente ICEBELL S.A. el operador económico en cuestión. Del análisis anterior se desprende la vinculación directa e indirecta que mantienen estas sociedades con la compañía*

ICEBELL S.A. de conformidad al Art. 17 de la LORCPM. A su vez NECKIC LTD posee el 64% de capital sobre SHEMLON."

• Cuadro No. 4 Empresas vinculadas con la sociedad ICEBELL S.A. (Artículo 17 de la LORCPM)

Referencia normativa	Observación	Operador(es) Económico (s)
Literal a) del artículo 17 de la LORCPM	Operador económico en cuestión.	ICEBELL S.A.- RECAPITOMSA S.A.
Literal b) del artículo 17 de la LORCPM	-----	-----
Literal e) del artículo 17 de la LORCPM	Operador económico involucrado en base al literal b1)	C1) DELI INTERNACIONAL S.A. C2) NECKIC LTD.
	Operador económico involucrado en base al literal b2)	C1) DELI INTERNACIONAL S.A. C2) NECKIC LTD.
	Operador económico involucrado en base al literal b3)	C1) DELI INTERNACIONAL S.A. C2) NECKIC LTD.
	Operador económico involucrado en base al literal b4)	C1) DELI INTERNACIONAL S.A. C2) NECKIC LTD.
Literal d) del artículo 17 de la LORCPM	Por NECKIC LTD.	SHEMLON S.A.

**Fuente:** Elaboración propia

**Elaboración:** Dirección Nacional de Estudios y Examen de Control de Concentraciones

"Sobre la base de dicha determinación, se debe sumar el volumen de negocios de todos esos operadores, con cifras del año 2013, en cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 6 y 17 de la LORCPM para verificar si la operación superó el umbral del literal a) del artículo 16 de la LORCPM. Elementos de vinculación que debió tomar en cuenta la empresa ICEBELL S.A. al momento de ejecutar la operación de concentración." "Con base a estos criterios se hallan evidentes vinculaciones entre las Compañías DELI INTERNACIONAL S.A., SHEMLON S.A. y ICEBELL S.A., por cuanto la empresa NECKIC LTD. al momento de la operación de concentración (año 2014) era accionista mayoritario de las empresas DELI INTERNACIONAL S.A. y SHEMLON S.A. las cuales a su vez mantenían el 100% de acciones sobre sus sucursales en el Ecuador, lo cual le otorga a la empresa NECKIC LTD., facultades de gobierno sobre estas dos compañías y sus sucursales en la República del Ecuador; y considerando que la empresa DELI INTERNACIONAL S.A., dirigía las actividades de la empresa ICEBELL S.A. se concluye que indirectamente la empresa NECKIC LTD., dirigía sus actividades también." "De los antecedentes expuestos se colige que las empresas mencionadas en este capítulo conforman un grupo económico de acuerdo al Artículo 11 de la LORCPM el cual se cita a continuación:

(...) El volumen de negocios en el 2013 en Ecuador de los partícipes de la operación



de concentración económica y sus compañías vinculadas se presenta a continuación. Nótese en el siguiente cuadro que se ha incluido a las empresas vinculadas de

TIPO	MONTO (RBU)
Concentraciones que involucren a instituciones del sistema financiero nacional y del mercado de valores	3.200.000
Concentraciones que involucren a entidades de seguro y reaseguro	62.000
Concentraciones que involucren a operadores económicos que no se encuentren detallados en los dos puntos anteriores	200.000

ICEBELL S.A. de conformidad con el artículo 17 de la LORCPM, alcanzando el siguiente valor:

• Cuadro No. 5 Volumen de Negocios 2013 - Superintendencia de Compañías

Razon Social	Ingresos 2013 (USD)
DELI INTERNATIONAL S.A.	
SHEMLON S.A. <sup>4</sup>	
ICEBELL S.A.	
RECAPITOMSA S.A.	
<b>TOTAL VOLUMEN DE NEGOCIOS</b>	

Fuente: Superintendencia de Compañías

Elaboración: Dirección Nacional de Estudios y Examen de Control de Concentraciones

“En el 2014, cuando se produjo la operación de concentración entre ICEBELL S.A. y RECAPITOMSA S.A., se encontraba vigente la Resolución No. 002 del 22 de octubre de 2013, expedida por la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en la que se define en el artículo 3, el monto en Remuneraciones Básicas Unificadas para la aplicación de la letra a) del artículo 16 de la LORCPM. Los valores a esa fecha establecidos fueron los siguientes:

• Cuadro No. 6 Umbrales establecidos por la Junta de Regulación (Resolución 002) (...)”

“(...) En este sentido el volumen de negocios se lo cálculo del ejercicio contable anterior a la operación, es decir del año 2013 y se lo calculó en base al artículo 17 de la LORCPM en estricto cumplimiento de la norma y con la finalidad de verificar si la operación debía cumplir con el procedimiento de notificación previa de acuerdo a los umbrales determinados

<sup>4</sup> Existen dos compañías con el mismo nombre en la Superintendencia de Compañías, una de ellas reporta que Shemlon S.A. no tuvo ingresos por actividades ordinarias en el 2013, mientras que la otra sí reporta ventas y se registra para el cálculo de volumen de negocios. Recuperado de: <http://appscvs.supercias.gob.ec/consultaimagen/VisualizaDocumentos.zul?tipoDocumento=economica&expediente=156296&idDocumento=3.1.A%20%20&fecha=2013-12-31%2000:00:00.0>. Es importante mencionar que de acuerdo a información entregada en Oficio No. SCPM-ICC-269-2016-O de 05 de septiembre de 2016 solicitada a los Señores Franklin Alberto Tello Nuñez y Jaime Vinicio Leiva Páez, las ventas de Shemlon S.A. por venta de comida preparada en el 2013 fueron de USD [REDACTED]

por la Junta de Regulación. Se debe considerar que de acuerdo al Art. 17 de la LORCPM, para vincular a otros operadores económicos la premisa principal de articulación es el control que ejercen uno o varios operadores económicos, indistintamente del mercado relevante o de la actividad económica que realicen las empresas, dado que todas actúan en territorio ecuatoriano con un mismo propósito que lo determina el ente de control del grupo económico." "En función de lo anteriormente expuesto, se concluye que la operación de concentración económica llevada a cabo en junio de 2014 analizada en el presente informe, de acuerdo al volumen de negocios del ejercicio inmediatamente anterior de los partícipes, calculado conforme lo dispone el artículo 17 de la LORCPM y 11 del RLORCPM, superó el monto establecido por la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado para determinar la obligatoriedad de notificación de acuerdo a la letra a) del artículo 16 de la LORCPM, pues alcanzó, el valor de USD [REDACTED]"

(...)

- La Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, realiza una Determinación del Mercado Relevante:

(...)

- 1) Mercado de Restaurantes de Servicio Completo dentro de Aeropuerto.
- 2) Mercado de Restaurantes de Servicio Completo fuera de Aeropuerto.

"El mercado geográfico se determinó para el mercado de producto identificado. Para el caso de Restaurantes de Servicio Completo dentro de Aeropuertos se definió al Aeropuerto José Joaquín de Olmedo de Guayaquil, mientras que para el caso de Restaurantes de Servicio Completo fuera de Aeropuertos se definió a la ciudad de Guayaquil."

### 5.3.- Prueba presentada por el operador económico ICEBELL S.A.

- El 31 de marzo de 2017, ingresa en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, información presentada por el operador económico ICEBELL S.A.
- El 11 de abril de 2017 ingresa en Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado información presentada por el operador económico ICEBELL S.A.
- El 17 de abril de 2017 ingresa en Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado información presentada por el operador económico ICEBELL S.A.
- El 17 de abril de 2017 ingresa en Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado información presentada por el operador económico DELI INTERNACIONAL S.A.
- El 21 de abril de 2017, ingresa a la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, información presentada por el operador económico DELI INTERNACIONAL S.A.
- El 25 de abril de 2017, ingresa a la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, información presentada por el operador económico ICEBELL S.A.
- El 30 de junio de 2017, ingresa a la Secretaría General de la Superintendencia de



Control del Poder de Mercado un escrito presentado por el operador económico ICEBELL S.A.

- El 06 de julio de 2017, ingresa a la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado un escrito presentado por el operador económico ICEBELL S.A.
- El 10 de julio de 2017, ingresa a la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado un escrito presentado por el operador económico ICEBELL S.A.
- Mediante escrito presentado por el operador económico ICEBELL S.A. en liquidación de fecha 19 de septiembre de 2017 se solicita revocar y rectificar el acto administrativo de fecha 13 de septiembre de 2017.
- Mediante escrito presentado por el operador económico ICEBELL S.A. de fecha 03 de octubre de 2017 se adjunta información en respuesta al oficio.
- Mediante escrito presentado por el operador económico PROMOTORA ECUATORIANA DE CAFÉ DE COLOMBIA S.A. PROCAFECOL de fecha 03 de octubre de 2017 se adjunta información en respuesta al oficio que antecede.
- Mediante escrito presentado por el operador económico ENNOVA GROUP S.A. de fecha 03 de octubre de 2017 se adjunta información en respuesta al oficio que antecede.
- Mediante escrito presentado por el operador económico INT FOOD SERVICES CORP. de fecha 03 de octubre de 2017 se adjunta información en respuesta al oficio que antecede.
- Mediante escrito presentado por el operador económico DELI INTERNACIONAL S.A. de fecha 03 de octubre de 2017 se adjunta información en respuesta al oficio que antecede.
- Mediante escrito presentado por el operador económico GOURMETBRANDS S.A. de fecha 03 de octubre de 2017 se adjunta información en respuesta al oficio que antecede.
- Mediante escrito presentado por el operador económico ECUAFROSTFOOD S.A. de fecha 03 de octubre de 2017 se adjunta información en respuesta al oficio que antecede.
- Mediante escrito presentado por el operador económico SHEMLON S.A. de fecha 03 de octubre de 2017 se adjunta información en respuesta al oficio que antecede.
- Mediante escrito presentado por el operador económico ALIMENTOS TRADICIONALES INDUSTRIALIZADOS ALITRÍN CÍA. LTDA. de fecha 03 de octubre de 2017 se adjunta información en respuesta al oficio que antecede.
- Mediante escrito presentado por el operador económico ENNOVA GROUP S.A. de fecha 11 de octubre de 2017 se ratifica la información ingresada el 03 de octubre de 2017.
- Mediante escrito presentado por el operador económico PROMOTORA ECUATORIANA DE CAFÉ DE COLOMBIA S.A. PROCAFECOL de fecha 11 de octubre de 2017 se ratifica la información ingresada el 03 de octubre de 2017.
- Mediante escrito presentado por el operador económico SUSHICORP S.A. de fecha 18 de octubre de 2017 se adjunta información en respuesta al oficio que antecede.
- Mediante escrito presentado por el operador económico ICEBELL S.A. de fecha 20 de octubre de 2017 se pronuncia respecto a la providencia que antecede.

- Mediante escrito presentado por el operador económico DELI INTERNACIONAL S.A. de fecha 20 de octubre de 2017 se pronuncia respecto a la providencia que antecede.
- Mediante escrito de fecha 28 de noviembre de 2017, se adjunta información societaria por parte del operador económico SHEMLON S.A.
- Mediante escrito de fecha 28 de noviembre de 2017, se adjunta información societaria por parte del operador económico INT FOOS SERVICES CORP.
- Mediante escrito de fecha 28 de noviembre de 2017, se adjunta información societaria por parte del operador económico DELI INTERNACIONAL S.A.

**5.4.- A favor del operador económico ICEBELL., se aprecia en el expediente:**

- El operador económico ICEBELL S.A. expresa que: *"(...) se reproduzcan en este expediente los fragmentes antes citados que constan en los tres informes emitidos por la ICC y declarados nulos por la CRPI, ellos son: el informe SCPM-ICC-037-2017 de fecha 14 de julio de 2017, el Informe SCPM-ICC-070-2017 de fecha 12 de diciembre de 2017, y el informe SCPM-ICC-003-2018 de fecha 10 de enero de 2018.(...)"*
- ICEBELL S.A. refiere en cuanto al análisis económico de los parámetros establecidos en la resolución no. 12 no considerados, o mal utilizados en informe de la ICC" *"... aquellos aspectos que (...) no fueron tomados en cuenta por la ICC y no se pudo establecer los parámetros para el cálculo del importe de multas definidos en la Resolución No. 012 de la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado (...)"* además indican *"...se considera que un parámetro no fue tomado en cuenta, ya sea porque efectivamente no consta especificado en el informe de la ICC, o bien porque fue mal utilizado, conllevando así a una incorrecta interpretación de la normativa de la Junta..."*
- ICEBELL S.A. manifiesta que: *"(...) 2. En ningún momento se especifican, ni cualitativa ni cuantitativamente, los efectos de la supuesta infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos. Esto por supuesto, resultaría imposible puesto que no existe afectación tal como lo expresa la misma ICC. En cualquier caso, corresponderá a la autoridad investigadora especificar que este parámetro tiene un valor nulo o de cero (0)."*
- ICEBELL S.A. refiere que: *"(...) 3. De forma similar a lo anterior, tampoco se da cuenta de los beneficios obtenidos como consecuencia de la concentración, pudiendo estos influir en el cálculo de importe de multa de acuerdo al artículo 22 de la Resolución No. 012."* *"(...) 4. Finalmente, siempre vale la pena tomar en cuenta, y es fácil comprobar, que la concentración investigada derivó en beneficios concretos para la competencia económica, el consumidor final, y por consiguiente para el bienestar general. Lo anterior visto que se previno de la salida de un operador económico en el mercado, y se lo fortaleció empresarialmente derivando así en mayores alternativas para la demanda. Esto resulta importante al ser una potencial circunstancia atenuante, concepto a ser profundizado en líneas siguientes."*
- ICEBELL S.A. manifiesta que: *"(...) 3. De forma similar a lo anterior, tampoco se da cuenta de los beneficios obtenidos como consecuencia de la concentración, pudiendo estos influir en el cálculo de importe de multa de acuerdo al artículo 22 de*



la Resolución No. 012." "(...) 4. Finalmente, siempre vale la pena tomar en cuenta, y es fácil comprobar, que la concentración investigada derivó en beneficios concretos para la competencia económica, el consumidor final, y por consiguiente para el bienestar general. Lo anterior visto que se previno de la salida de un operador económico en el mercado, y se lo fortaleció empresarialmente derivando así en mayores alternativas para la demanda. Esto resulta importante al ser una potencial circunstancia atenuante, concepto a ser profundizado en líneas siguientes."

- ICEBELL S.A. expresa que: "(...) es fácil comprobar, que la concentración investigada derivó en beneficios concretos para la competencia económica, el consumidor final, y por consiguiente para el bienestar general. Lo anterior visto que se previno de la salida de un operador económico en el mercado, y se lo fortaleció empresarialmente derivando así en mayores alternativas para la demanda. Esto resulta importante al ser una potencial circunstancia atenuante...".
- ICEBELL S.A. refiere que: "(...) En el informe presentado por la ICC se da cuenta de un volumen de negocios efectuado por ICEBELL S.A., DELI INTERNACIONAL S.A. y SHEMLON S.A. en el mercado definido, con información oficial del año 2016. Sin embargo, no se ejecuta ningún ajuste por inflación, cayendo así tanto en un incumplimiento a la regulación, como en un error conceptual, ya que SHEMLON S.A. no está dentro del mercado relevante definido."
- ICEBELL S.A. manifiesta que: "(...) De lo expuesto, queda claro que el valor dado como participación de mercado es, por decirlo ampliamente, erróneo; y debería revisarse previo a ser aplicado por la CRPI."
- ICEBELL S.A. expresa que: "(...) "El artículo 7, literal b), punto ii, de la Resolución No.012 de la Junta da cuenta del parámetro de la naturaleza de la infracción, entre las alternativas de leve, grave y muy grave. Esto en concordancia con lo dispuesto en el artículo 78 de la LORCPM." "En el informe de la ICC, si bien se hace mención a este criterio, no se lo cuantifica. Por el contrario, se traslada la definición de su valor a la CRPI, tal y como queda visto en el Cuadro No. 19 del citado documento." "Ahora bien, en el caso no consentido que finalmente se establezca que la infracción corresponde a la no notificación de una concentración económica por parte de ICEBELL S.A., se debería indicar cuál es la naturaleza de la infracción, atendiendo a lo dispuesto en el literal b), número 1 del artículo 78 de la LORCPM." "Esta problemática de hecho en varios parámetros, donde la ICC traslada las definiciones de criterio a la CRPI. Concretamente esto sucede para el alcance de la infracción, dispuesto en el punto iii, literal b), artículo 7 de la Resolución No.012. Dada la normativa, el alcance puede ser o nacional, o bien regional, o bien local." "A pesar de esto, surge un conflicto conceptual dado que la supuesta infracción dada por la no notificación tendría un alcance nacional; sin embargo, para la ICC el mercado afectado tiene su dimensión geográfica en Guayaquil, alcanzándose una clara contradicción."
- ICEBELL S.A. refiere que: "(...) "...E. Duración de la Infracción. El artículo 9 de la Resolución No. 012 dice que "el importe base de la sanción [...] aumentará en función del tiempo que duró la infracción. La ICC, no especifica en ningún momento una duración de la infracción que habría sido cometida por ICEBELL S.A. y DOLCE INCONTRO, limitando por completo la capacidad de cálculo del importe total de multa por parte de la CRPI..." "...F. Circunstancias agravantes o atenuantes." (...) En ningún momento, la ICC da cuenta de las circunstancias agravantes o atenuantes

a considerar por parte de la CRPI para la determinación de una supuesta sanción. Es por tanto una omisión que genera imposibilidad de cálculo...” “...G. Parámetros establecidos en las fórmulas de cálculo.” “En este apartado final, se da cuenta de parámetros específicos de las fórmulas previstas en los artículos 16, 18 y 19 que no han vistos por la ICC, y cuya definición o bien se trasladó finalmente hacia la CRPI, o se descartó por la no existencia de afectación al mercado (...)” ...”

- ICEBELL S.A. manifiesta que:“(...)”...1.- La ICC no pudo cumplir con la remisión de la información solicitada en la Resolución de fecha 24 de enero del 2018, a las 16h57, emitida por la CRPI; consistente en las variables establecidas por la Junta de Regulación en su Resolución No. 12 del 23 de septiembre de 2016, Metodología para la Determinación del Importe de Multas por Infracciones a la LORCPM; debido a que no hay mercado afectado y esta Metodología se basa en el mercado afectado.” “2.- No se sobrepasa el umbral establecido por la Junta de Regulación, no hubo daño al mercado como lo ha señalado la propia ICC, y nunca se debió notificar la concentración entre ICEBELL S.A. Y RECAPITOMSA S.A...”
- ICEBELL S.A. expresa que:“(...)”Por consiguiente es incorrecto el cálculo que realiza la ICC en el informe SCPM-ICC-006-2018 de fecha 29 de enero de 2018, al considerar para ello a las compañías NECKIC LTD.; DELI INTERNACIONAL S.A.; SHEMLON S.A.; ICEBELL S.A.; y RECAPITOMSA S.A. (...) Todos los operadores económicos antes mencionados no operaban en el mismo mercado relevante determinado para la presunta operación de concentración, como ya ha quedado demostrado a lo largo del proceso; siendo entonces lo correcto realizar el cálculo solamente de las empresas RECAPITOMSA S.A., ICEBELL S.A., Y DELI INTERNACIONAL S.A. como la única vinculada, que sí operaban en el mismo mercado relevante”.
- ICEBELL S.A. manifiesta que:“(...)” la adquisición de activos y cesión de algunos pasivos de la Compañía RECAPITOMSA S.A. por parte de ICEBELL S.A., el 9 de junio de 2014; no redujo la presencia de un competidor directo que operaba de manera independiente en el mercado de restaurantes de servicio completo, lo que se redujo fue una empresa pero no los establecimientos, ellos continúan compitiendo en este mercado relevante.”
- ICEBELL S.A. refiere que:“(...)” queda claramente establecido y sin lugar a duda alguna, que el mercado relevante para este caso, es el de restaurantes de servicio completo, estamos totalmente de acuerdo con la ICC, al reconocer y dar por sentido en el Informe SCPM-ICC-006-2018 de fecha 29 de enero de 2018, que el mercado relevante donde compite DOLCE INCONTRO es en el de restaurantes de servicio completo.- Así las cosas, ¿a qué se debe que no se efectuó el Análisis de este caso en referencia al mercado relevante de restaurantes de servicio completo conforme al Art. 22 de la LORCPM?...”
- ICEBELL S.A. expresa que:“(...)” **SOBRE EL CALCULO ERRADO DEL VOLUMEN DE NEGOCIOS** “La Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas realiza un errado cálculo de volumen de negocios, como se evidencia en el Cuadro No.9 en página 34 del Informe SCPM-ICC-006-2018 de fecha 29 de enero de 2018, al establecer como partícipes de la operación de concentración a los siguientes operadores económicos: Deli Internacional S.A. Shemlon S.A. Icebell S.A. Recapitomsa S.A.” “Señores Comisionados, como ya hemos dejado claro a lo largo del proceso el operador económico en cuestión, objeto



de la investigación de la presunta operación de concentración económica no notificada, es ICEBELL S.A. y que el único operador económico que se vincula es DELI INTERNACIONAL S.A. Ellos ya fue aceptado por la ICC en el párrafo 6 de la página 57 de su primer informe (...)"

- ICEBELL S.A. manifiesta que: "(...)" Para este caso, se debe considerar la Jurisprudencia Nacional del Expediente No. SCPM-CRPI-2015-021. En este expediente, se investigó si se deben sumar las ventas de todo el Grupo Holding La Fabril, es decir: 1. Holding La Fabril S.A. 2. La Fabril S.A. 3. Extractora Agrícola Río Manso EXA S.A. 4. Extractora La Comuna 5. Procesadora Valle Deslade S.A. PROVASA 6. Extractora Monterrey 7. Extractora Energy & Palma ENERYPALMA S.A. 8. Extractora Técnica y Servicios Agroindustriales TYSAI S.A. (...) "(...) En las tres conclusiones citadas anteriormente se observa que solo se hace referencia a la Extractora Río Manso EXA S.A., como el operador económico que realiza las presuntas operaciones de concentración, y no al Grupo Económico Holding La Fabril, sin perjuicio de que este Grupo tiene las mismas personas en la dirección de las actividades de sus empresas. (...)".
- ICEBELL S.A. refiere que: "(...) Si calculamos el volumen de negocio utilizando los ingresos del año 2013 del operador económico ICEBELL S.A. y el único operador económico que se encuentra vinculado DELI INTERNACIONAL S.A., no así SHEMLON S.A., pues ICEBELL S.A. y DELI INTERNACIONAL S.A. tienen en conjunto con los ingresos de RECAPITOMSA S.A. para el año 2013 un monto de [REDACTED] por debajo de los USD 63 millones de dólares determinados como umbral de concentraciones económica para ese año (...)".
- ICEBELL S.A. expresa que: "(...) si la Comisión de Resolución de Primera Instancia ordenara como medida la desconcentración de la compañía ICEBELL S.A. y el negocio de DOLCE INCONTRO, y la situación volvería al mismo punto donde se encontraban en el año 2014, esto provocaría: La quiebra de los señores María Bruzzone Negri y Manuel Sánchez Morales, accionistas de RECAPITOMSA S.A. compañía que actualmente no está activa (...) El conflicto legal con la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros (...) Significaría que mediante Resolución (acto administrativo) se violaría la Ley de Compañías y lo que es más grave, se limitaría la facultad legal que tiene la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros (...)".
- ICEBELL S.A. manifiesta que: "(...) Si valoramos que en la operación de concentración formalizada el 09 de junio de 2014, consistente en la adquisición de activos y cesión de ciertos pasivos de la compañía RECAPITOMSA S.A. por parte de ICEBELL S.A., solamente se compró 5 locales pertenecientes al negocio DOLCE INCONTRO, entonces cabe preguntarse: ¿Cuáles fueron los potenciales cambios que se produjeron en el mercado? ¿Cuáles fueron los potenciales cambios que se produjeron en el mercado?"
- ICEBELL S.A. expresa que: "(...) La propia ICC, en varias páginas de su Informe SCPM-ICC-006-2018 de fecha 29 de enero de 2018, afirmó que la presente operación de concentración no tuvo efectos económicos, pues se determinó que no se creó, modificó, o reforzó el poder de mercado: específicamente en el mercado de Restaurantes de Servicio Completo." "Señores Comisionados, es incomprensible la

recomendación constante en el informe analizado. ¿Cómo y con qué criterios la ICC recomienda que se inicie el proceso de sanción contra ICEBELL S.A?, si la propia ICC ha determinado a lo largo de todo el proceso que no existe daño económico.”

- ICEBELL S.A. manifiesta que:“(…) La Exposición de Motivos de la Ley (MCPEC-Asamblea Nacional, 2011) nos dice que: (….) El control de concentraciones empresariales encuentra su justificación en aquellas operaciones de concentración que pueden plantear un problema a la competencia al establecer estructuras de mercado irreversibles (o reversibles a muy alto costo) que limiten o restrinjan la competencia en perjuicio de consumidores y/o usuarios (….) “Con el objetivo de evitar incurrir en sobrecostos producto de un control de concentraciones empresariales en todos y cada uno de los mercados, el proyecto ha restringido el procedimiento de autorización previa a sólo aquellas concentraciones con alta probabilidad de lesionar el interés económico general, para efectos de lo cual resulta adecuado establecer criterios objetivos de diferenciación que obliguen sólo a aquellas concentraciones probablemente nocivas a presentarse a un control previo de concentraciones. (….) Los criterios antes mencionados recogen experiencias internacionales que han servido para establecer umbrales proporcionales –acorde a la realidad nacional- a partir de los cuales la evaluación previa de concentraciones empresariales es necesaria y obligatoria, y que han sido pensados para restringir los actos de supervisión únicamente a aquellas concentraciones con capacidad de lesionar el proceso competitivo.”
- ICEBELL S.A. refiere que:“(…) La Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo del Tribunal de Casación, dentro del Juicio Especial No. 17811-2016-01271, en fecha 20 de octubre de 2017, emite sentencia donde en el Octavo de sus Considerando refiere: “(…) En el análisis de daño y perjuicio al mercado, es importante la valoración de acuerdo a la regla de la razón. Si hablamos de regla de la razón, necesariamente hay que evaluar los efectos que la conducta examinada ha provocado o no en el mercado, volviéndose de esta forma el examen económico del mercado que supuestamente se considera afectado riguroso y además detallado, procediendo solo la sanción al operador económico si se llegara a demostrar que los efectos de su actuar en el mercado perjudicaron al consumidor o produjeron daños a la competencia o mercado (….)””

#### 5.5.- Valoración jurídica de las pruebas presentadas por los intervinientes.-

La valoración de la prueba es una actividad intelectual y eminentemente mental por parte de la autoridad administrativa competente, cuyo objetivo es el grado de convicción que puede deducir al examinar y estimar debidamente los hechos y los medios de prueba suministrados por las partes en el expediente.

**En nuestro sistema jurídico rige el sistema de valoración de las reglas de la sana crítica, método que en la opinión del connotado juriconsulto uruguayo Eduardo Couture “(…) Las reglas de la sana crítica son, ante todo las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, de peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana)**



*con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas (...)*". Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 11ª. Reimpresión 1978, Página 270.

**La Corte Constitucional del Ecuador, enseña:** "*(...) Nuestro derecho procesal ha operado entre dos extremos: la prueba tasada y tarifaria, que entrañaba (...) la valoración de la prueba en la norma y la libre convicción que otorga total discrecionalidad al juzgador para establecer las formas de crearse convicción sobre la veracidad de los hechos probados. En medio de estas aparece la denominada como sana crítica, que supone la existencia de garantías de derecho sustantivo, pero da cierta libertad al juez para determinar algunas reglas adjetivas particulares del proceso para poder valorar la prueba, con el fin de comprobar y formarse convicción (...)*" Sentencia No.010-12 SEP-CC (S.R.O 30 de(S.R.O 30 de marzo-2012) Caso No.1277-10-EP.

**El inciso segundo del artículo 164 del COGEP, dispone:** "La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la validez de ciertos actos. La o el juzgador tendrá la obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión". En mérito de los razonamientos jurídicos que anteceden, los elementos de convicción constantes en el presente expediente administrativo, en base al sistema de valoración de la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica, en donde se entrelazan la lógica y la experiencia de la autoridad administrativa le han permitido a esta Comisión para formar su íntima convicción, pues, son reglas que no constan en normas de derecho positivo, sino son básicamente la aplicación del correcto entendimiento humano con especiales fundamentos en la lógica jurídica, equidad y en la justicia administrativa, así como en los principios científicos del derecho.

En este sentido, con la prueba producida en el expediente se ha podido establecer lo siguiente:

- a) Por parte del operador económico Icebell S.A. en los escritos presentados dentro del expediente menciona "*(...) Los operadores económicos NECKIC LTD. y SHEMLON S.A.; no operan en el mismo mercado relevante que los operadores económicos DELI INTERNACIONAL S.A.; ICEBELL S.A.; y RECAPITOMSA S.A.*" "*(...) El correcto cálculo de la cuota del mercado de la presente operación de concentración es la suma de las cuotas del mercado relevante establecidas para los operadores económicos involucrados: DELI INTERNACIONAL S.A.; ICEBELL S.A.; RECAPITOMSA S.A.*" "*(...) La compra del negocio DOLCE INCONTRO por parte de ICEBEL S.A. no redujo la presencia de un competidor directo que operaba en el mercado de Restaurantes de Servicio Completo; lo que se redujo fue una empresa no los establecimientos, ellos continúan compitiendo en este mercado relevante "*
- b) El operador económico Icebell S.A. en los escritos presentados dentro del expediente refiere: "*(...) El operador económico en cuestión en la presente operación de concentración es ICEBELL S.A. y el único operador que se le vincula es DELI INTERNACIONAL S.A.*" "*(...) El cálculo de volumen de negocio realizado por la ICC*

es errado, al establecer para ello al operador económico SHEMLON S.A. que no tiene ningún vínculo con ICEBELL S.A. que es el operador económico en cuestión según el Art. 17 de la LORCPM SHEMLON no controla a ICEBELL, y además estaba en otro mercado relevante." "(...) El correcto cálculo de Volumen de Negocios sería entre RECAPITOMSA S.A., ICEBELL S.A. y DELI INTERNACIONAL S.A., al ser este último el único operador vinculado, el cual alcanzaría el monto de USD [REDACTED] en el año 2013, esto es [REDACTED] por debajo del umbral de la Junta de Regulación, por lo tanto la concentración económica no debió ser notificada." "(...)"

- c) El operador económico Icebell aduce dentro del expediente "(...) En 4 ocasiones dentro del informe de la ICC, inclusive en las conclusiones la Intendencia expresa que no existe daño económico al mercado ni estructural, ni tampoco se creó, modificó o reforzó poder de mercado alguno." "La ICC no ha podido determinar económicamente la base de la multa señalada en la resolución No. 12 de la Junta de Regulación, debido a que ella se determina con base al mercado afectado,, y en este caso la ICC ha aceptado que no hay mercado afectado."
- d) El operador económico Icebell S.A. menciona dentro del expediente "(...) La compra del negocio DOLCE CONTROL formalizada el 09 de junio de 2014 por parte de ICEBELL S.A., no produjo daño económico al mercado nacional, no tampoco creo, modifíco o reforzó el poder del mercado, y ello ha sido aceptado por la propia ICC." "(...) La ICC debió aplicar la Regla de la Razón para este caso, pues cada caso debe ser analizado individualmente, y La operación de concentración llevada a cabo entre ICEBELL S.A. y RECAPITOMSA S.A. no perjudicó a la competencia, ni al consumidor ni al mercado."
- e) El operador económico Icebell S.A. refiere dentro del expediente "(...) Si la ICC hubiese cumplido con lo ordenado por la CRPI y por la Resolución No. 12 de la Junta de Regulación, se hubiera percatado que las cuentas para el establecimiento del umbral señalado en la Resolución 002 en concordancia con la Resolución 12 de la Junta de Regulación, son las siguientes: "Las ventas de ICEBEL S.A. durante el año 2013, fueron por USD. 0,0 (Cero)" "Las ventas de RECAPITOMSA S.A. durante el año 2013, fueron por USD [REDACTED] según la información que consta en la superintendencia de Compañías, Valores y Seguros." "Las ventas de DELI INTERNACIONAL S.A. durante el año 2013, fueron por USD [REDACTED]." "Si calculamos el volumen de negocios utilizados los ingresos del año 2013 del operador económico ICEBELL S.A. y el único operador que se encuentra vinculado DELI INTERNACIONAL S.A., no así SHELDOM S.A., pues ICEBELL S.A. y DELI INTERNACIONAL S.A. tienen en conjunto con los ingresos de RECAPITOMSA S.A. para el año 2013 un monto de USD [REDACTED] lo que significa USD [REDACTED] por debajo de los USD 63 millones de dólares determinados como umbral de concentraciones económicas para ese año."

f) Por parte de la Intendencia de Investigación de Control de Concentraciones Económicas constata el Contrato de Compra-Venta de Activos entre RECAPITOMSA



S.A. e ICEBELL S.A. celebrado el 09 de junio de 2014, en el que refiere "(...) constituye el principal elemento probatorio de la concreción de una operación de concentración no notificada. En el contrato de compra-venta del negocio de DOLCE INCONTRO por parte de ICEBELL S.A., es posible evidenciar el acto de transferencia de activos y cesión de pasivos por el cual se trasfiere el negocio completo de RECAPITOMSA S.A. a ICEBELL S.A. No puede perderse de vista que el acto jurídico suscrito entre ICEBELL S.A. y RECAPITOMSA S.A. implicó la transferencia de activos con la consecuencia inmediata de la desaparición de un competidor."

- g) De la documentación enviada por Servicio de Rentas Internas (SRI), se aprecia: "(...) se desprende que en el año 2014, los accionistas de las empresas observadas eran:

**Cuadro No. 7 Información remitida por el SRI**

Empresa	Descripción/ País	Accionistas-Participación (2014)
DELI INTERNACIONAL S.A.	Panamá	NECKIC LTD- 97% COPACABNA HOLDING- 3%
INT FOOD SERVICES CORP.	Panamá	WADEHOUSE HOLDING-50% SEAVIEW BUSINESS INC- 50%
SHEMLON S.A.	Panamá	NECKIC LTD- 64, 0200% JUAN CAMPAÑA- 34% COPACABNAHOLDING-1,9800%
ENNOVA GROUP S.A.	Panamá	WADEHOUSE HOLDING-50% SEAVIEW BUSINESS INC- 50%
GOURMETBRANDS S.A.	Ecuador	JUCARCORP GROUP S.A.- 58,6% ZITARCORP GROUP S.A.- 34,5% KANSAI HOLDING S.A.- 6,900%
PROMOTORA ECUATORIANA DE CAFÉ DE COLOMBIA PROCAFECOL	Panamá	LATINCAFE 80% PROMOTORA DE CAFE DE COLOMBIA 20%
NÓVOEVENTOS	ECUADOR	INT FOOD SERVICES CORP. DELI INTERNACIONAL S.A.
GASTROPORT	PANAMA	NÓ EXISTE INFORMACIÓN ACCIONARIA
ECUAFROSTFOOD	ECUADOR	MEDARDO SANCHEZ 83% FRANKLIN TELLO 8,5% AROCHA BAIER JOSEPH 8,5%

- h) Del expediente consta la descripción de empresas relacionadas y su vinculación en que refiere "(...) Así mismo, en información presentada por el propio operador se declara que hasta inicios de mayo de 2014, ICEBELL S.A pertenecía (75%) a NECKIC LTD y (25%) a Jaime Vinicio Letva. Posteriormente ambos transfirieron sus acciones a DELI INTERNACIONAL S.A. (60%) y a María Lorena Bruzzone (40%) previo a la compra de activos de RECAPITOMSA S.A., finalmente y posterior a la operación de concentración DELI INTERNACIONAL adquirió el 100% del paquete accionario. Los cambios accionariales que ha tenido ICEBELL S.A. desde su constitución se pueden observar en el siguiente gráfico:



- i) Del expediente consta el documento entregada por el Servicio de Rentas Internas mediante oficio No. 9170120170RIT003104, con el cual el referido organismo remitió a la Intendencia de Control de Concentraciones Económicas el anexo de accionistas, partícipes, socios, miembros del directorio y administradores (APS) de las empresas que forman parte del grupo económico KFC (de acuerdo a la denominación del SRI), entre estas de la empresa DELI INTERNACIONAL S.A. , información que nos permitió tener acceso a los accionistas vigentes en el período 2014. El capital accionario de la empresa en el año 2014 de conformidad con los reportes del SRI, estaba configurado de la siguiente manera:

**Cuadro No. 8 Accionistas de DELI INTERNACIONAL S.A.**

Accionista	Descripción/ País	Porcentaje de participación
NECKIC LTD.	Bahamas	97%
COPACABNA HOLDIN S.A.	Panamá	3%

- j) Del expediente consta el oficio No. 9170120170RIT003104 de 28 de noviembre de 2017, por el Servicio de Rentas Internas, figura como accionista del 97% del paquete accionario de la compañía DELI INTERNACIONAL S.A. (año 2014), anteriormente se determinó la relación directa que mantiene la empresa DELI INTERNACIONAL S.A., sobre la empresa ICEBELL S.A., consecuentemente sus accionistas, en este caso su accionista mayoritario (Neckic) está involucrado directamente, considerando que toma las decisiones y dirige las actividades de la empresa DELI INTERNACIONAL S.A., debido a su participación casi total sobre el capital social sobre esta última. El capital accionario de NECKIC en el año 2014 de conformidad con los reportes del SRI, estaba configurado de la siguiente manera:

**Cuadro No. 9 Accionistas de NECKIC LTD.**

Accionista	Descripción/ País	Porcentaje de participación
WADEHOUSE HOLDING INTERNACIONAL S.A.	República de Panamá	52,58%
YOLDER INVESTMENTS CORP	República de Panamá	30,93%
David Ponce	República de Ecuador	6,19%
Ofres	República de Ecuador	10,3%




- k) Del expediente consta el oficio No. 9170120170RIT003104 de 28 de noviembre de 2017, por el Servicio de Rentas Internas (SRI), figuran como accionistas de la empresa en el año 2014, los siguientes:

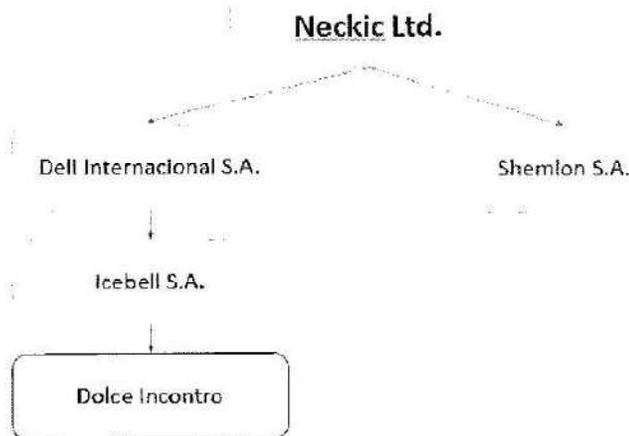
**Cuadro No. 10 Accionistas de SHEMLON S.A.**

Accionista	Descripción/ País	Porcentaje de participación
NECKIC LDT	Bahamas	64%
Juan Pablo Campaña Chum	Persona Natural	34%
COPACABANA HOLDING	República de Panamá	1,98%

Documento del cual se desprende "(...) Para establecer quien ejercía control sobre la compañía es preciso señalar que al momento de la operación de concentración (año 2014), figuraban como accionistas la empresa NECKIC LTD., con un porcentaje del 64,0200% de acciones, el señor Juan Campaña con un 34% y la compañía Copacabana Holding con un 1,9800%.

- l) Del expediente consta el gráfico de vinculación del que se desprende "(...) A continuación, en el siguiente gráfico procedemos a ilustrar quien ejerce el control de conformidad a su porcentaje accionario dentro de las siguientes empresas de acuerdo a la información aportada en el apartado anterior respecto a las empresas vinculadas para efecto del cálculo del volumen de negocio:

**Gráfico No. 2 Vinculación del Grupo Económico**



Del cuadro de empresas Vinculadas del que se desprende que "(...) NECKIC LTD tiene control sobre DELI INTERNACIONAL S.A. por poseer más del 50% del capital accionario; de la misma forma DELI INTERNACIONAL S.A. tiene control sobre ICEBELL S.A. siendo finalmente ICEBELL S.A. el operador económico en cuestión. Del análisis anterior se desprende la vinculación directa e indirecta que mantienen estas sociedades con la compañía ICEBELL S.A. de conformidad al Art. 17 de la LORCPM. A su vez NECKIC LTD posee el 64% de capital sobre SHEMLON.

- m) Del expediente se desprende el cuadro de empresas vinculadas con la sociedad ICEBELL S.A. (Artículo 17 de la LORCPM)

Referencia normativa	Observación	Operador(es) Económico(s)
Literal a) del artículo 17 de la LORCPM	Operador económico en cuestión.	ICEBELL S.A.- RECAPITOMSA S.A.
Literal b) del artículo 17 de la LORCPM	-----	-----
Literal c) del artículo 17 de la LORCPM	Operador económico involucrado en base al literal b1)	C1) DELI INTERNACIONAL S.A. C2) NECKIC LTD.
	Operador económico involucrado en base al literal b2)	C1) DELI INTERNACIONAL S.A. C2) NECKIC LTD.
	Operador económico involucrado en base al literal b3)	C1) DELI INTERNACIONAL S.A. C2) NECKIC LTD.
	Operador económico involucrado en base al literal b4)	C1) DELI INTERNACIONAL S.A. C2) NECKIC LTD.
Literal d) del artículo 17 de la LORCPM	Por NECKIC LTD.	SHEMLON S.A.

En relación al cuadro "ut supra" la ICC., determina "(...) Con base a estos criterios se hallan evidentes vinculaciones entre las Compañías DELI INTERNACIONAL S.A., SHEMLON S.A. y ICEBELL S.A., por cuanto la empresa NECKIC LTD. al momento de la operación de concentración (año 2014) era accionista mayoritaria de las empresas DELI INTERNACIONAL S.A. y SHEMLON S.A. las cuales a su vez mantenían el 100% de acciones sobre sus sucursales en el Ecuador, lo cual le otorga a la empresa NECKIC LTD., facultades de gobierno sobre estas dos compañías y sus sucursales en la República del Ecuador; y considerando que la empresa DELI INTERNACIONAL S.A., dirigía las actividades de la empresa ICEBELL S.A. se concluye que indirectamente la empresa NECKIC LTD., dirigía sus actividades también (...)"

- n) Del expediente se desprende el cuadro del Volumen de Negocios 2013 - Superintendencia de Compañías

Razón Social	Ingresos 2013 (USD)
DELI INTERNATIONAL S.A.	
SHEMLON S.A.	
ICEBELL S.A.	
RECAPITOMSA S.A.	
<b>TOTAL VOLUMEN DE NEGOCIOS</b>	

- o) Del expediente se desprende el cuadro No. 11 Umbrales establecidos por la Junta de Regulación (Resolución 002)

TIPO	MONTO (RBU)
Concentraciones que involucren a instituciones del sistema financiero nacional y del mercado de valores	3.200.000



Concentraciones que involucren a entidades de seguro y reaseguro	62.000
Concentraciones que involucren a operadores económicos que no se encuentren detallados en los dos puntos anteriores	200.000

- p) Del expediente se desprende el informe No. SCPM –ICC-006-2018, de fecha 29 de enero de 2018 referente a: *“Informe sobre la Operación de Concentración Económica No Notificada realizada por ICEBELL S.A. en el año 2014.”*
- q) Del expediente se desprende el informe No. SCPM –ICC-010-2018, de fecha 02 de marzo de 2018 referente a: *“Informe en contestación al Memorando SCPM-CRPI-2018-0114 el 21 de febrero de 2018”*

## **SEXTO.- FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO DE LA RESOLUCIÓN.-**

### **6.1.- Fundamentos de hecho.-**

El operador económico ICEBELL S.A. en proceso de liquidación, con fecha 09 de junio de 2014, realizó una operación de concentración económica a través de la adquisición de activos y cesión de pasivos del negocio DOLCE INCONTRO que en ese momento pertenecía a la compañía RECAPITOMSA S.A.; operación que fue registrada en el libro de accionistas de esta última. Esta operación de concentración económica se realizó dentro del sector de alimentos preparados, específicamente dentro del mercado de restaurantes de servicio completo en el que participaban los restaurantes DOLCE INCONTRO en la ciudad de Guayaquil.

En el presente caso, una vez que se da por concluido el procedimiento de actuaciones previas y se han hallado méritos para la prosecución del procedimiento de investigación, la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, desarrollará un análisis de la obligación de notificar por parte de los operadores inmersos en la operación y las posibles afectaciones que pudieron haberse derivado de la operación.

El 02 de marzo de 2017, la Dirección Nacional de Estudios y Examen de Control de Concentraciones a través del Memorando No.SCPM-ICC-DNEC-033-2017-M, informó a la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, sobre la existencia de elementos fácticos que permiten inferir la realización de una operación de concentración económica acaecida en el año 2014, misma que no fue notificada a este organismo de control a pesar de cumplir con los umbrales legales establecidos.

En virtud de dichos hallazgos, la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas inició el Procedimiento de Investigación de Concentraciones No Notificadas conforme lo estipula el Reglamento para la aplicación de la LORCPM en el artículo 26. La primera etapa del procedimiento de investigación de operaciones no notificadas denominada “actuaciones previas” fue iniciada mediante providencia de 08 de marzo de 2017; y la misma concluyó con la expedición del informe de actuaciones previas No. SCPM-ICC-DNEC-001-2017, emitido por la Dirección Nacional de Estudios y Examen de Control de Concentraciones el 10 de mayo de 2017.

Dentro de la etapa de “justificaciones” estipulada en el Art. 26 de RLORCPM, el operador económico ICEBELL S.A., mediante escrito ingresado en la Secretaría General de la SCPM,

el 22 de junio de 2017, desarrolla las justificaciones relativas al informe de actuaciones previas No SCPM-ICC-DNEC-001-2017-1 emitido el 10 de mayo de 2017. Del análisis respectivo realizado a los elementos justificativos presentados por el operador económico ICEBELL S.A., la Dirección Nacional de Estudios y Examen de Control de Concentraciones concluye que los elementos justificativos presentados no son satisfactorios conforme dictamina el artículo 26 del RLORCPM habiendo méritos para la prosecución de la investigación. Bajo esta línea argumentativa, la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas da inicio a la etapa “de investigación” mediante Providencia dictada el 28 de junio de 2017.

## 6.2.- Fundamentos de derecho.-

### 6.2.1. Constitución de la República del Ecuador.-

**Art. 76.-** “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso (...)”.

**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 (...)”.

**Art. 304 numeral 6** establece como uno de los objetivos de la política comercial el siguiente:  
**6. Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados.**

**Art. 335.-** El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos.” “El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal.”

**Art. 334 numeral 1** dispone “Evitar la concentración o acaparamiento de factores y recursos productivos, promover su redistribución y eliminar privilegios o desigualdades en el acceso a ellos”, disposición encaminada a que el Estado promueva el acceso equitativo a los factores de producción.”

### 6.2.2. Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

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



*serán imputables a él y al operador que lo controla, cuando el comportamiento del primero ha sido determinado por el segundo.” “La presente ley incluye la regulación de las distorsiones de mercado originadas en restricciones geográficas y logísticas, así como también aquellas que resultan de las asimetrías productivas entre los operadores económicos”*

**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 adquiera 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 [...].”*

**Art. 17.- Cálculo del Volumen de Negocios.-** *“Para el cálculo del volumen de negocios total del operador económico afectado, se sumarán los volúmenes de negocios de las empresas u operadores económicos siguientes:*

- a) La empresa u operador económico en cuestión.*
- 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 y 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.*
- 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.*

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).

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)."

**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."

**Artículo 21 de la LORCPM.-** Le corresponde a la SCPM en todos los casos sometidos al procedimiento de notificación autorizar, subordinar el acto de cumplimiento de las condiciones que la misma Superintendencia establezca; o denegar la autorización.

**Artículo 37 de la LORCPM que textualmente señala:** "(...) corresponde a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentar la competencia; la prevención, investigación, conocimiento, corrección, sanción y eliminación del abuso del poder de mercado, de los acuerdos y prácticas restrictivas, de las conductas desleales contrarias al régimen previsto en esta Ley, y el control, la autorización, y de ser el caso la sanción de la concentración económica (...)"

**Artículo 38 numeral 18 de la LORCPM.,** respecto a las atribuciones de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado señala taxativamente que le corresponde a esta entidad gubernamental "(...) examinar e investigar las concentraciones económicas para confirmar su cumplimiento en la presente Ley." Correspondiéndole, de acuerdo con el artículo 38 numeral 19 del cuerpo legal en mención, a este organismo de control: autorizar, denegar o condicionar las solicitudes de concentración económica.

**Art. 78.- Infracciones.-** "Las infracciones establecidas en la presente Ley se clasifican en leves, graves y muy graves." "I. Son infracciones leves:" "a. Haber presentado a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado la notificación de la concentración económica fuera de los plazos previstos en el artículo 16." "b. No haber notificado una concentración requerida de oficio por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado según lo previsto en el artículo 16." "c. No haber cumplido con las medidas correctivas dispuestas en virtud de los artículos 73 y siguientes de esta Ley." "d. Incumplir o contravenir lo establecido en una resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado." "e. Incurrirán en infracción leve las autoridades administrativas o cualquier otro funcionario que hubiere admitido o concedido recursos administrativos, que se formulen con el ánimo de o que tengan como resultado el impedir, restringir, falsear, o distorsionar la competencia, o retrasar o impedir la aplicación de las normas previstas en esta Ley." "f. No haberse sometido a una inspección ordenada de acuerdo con lo establecido en esta Ley." "g. Incurrirá en infracción leve quien presentare una denuncia falsa, utilizando datos o documentos falsos, con el propósito de causar daño a la competencia, sin perjuicio de las demás acciones civiles y penales que correspondan." "h. La obstrucción por cualquier medio de la labor de inspección de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado."



**Art. 79.- Sanciones.-** “La Superintendencia de Control del Poder de Mercado impondrá a las empresas u operadores económicos, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellos que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley, las siguientes sanciones:” “a. Las infracciones leves con multa de hasta el 8% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.” “b. Las infracciones graves con multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.” “c. Las infracciones muy graves con multa de hasta el 12% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa. (...)”

### **6.2.3. Reglamento a Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado**

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

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

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

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

**Art. 11.- Grupo económico.-** Para fines de aplicación del literal e) del artículo 14 de la Ley, artículo 7 de este reglamento y de esta sección, se entenderá que pertenecen a un grupo económico el conjunto de empresas u operadores económicos cuyo volumen de negocios debe sumarse en virtud del artículo 17 de la Ley.

La Junta de Regulación podrá considerar otros factores de relación entre las partes que conforman los grupos económicos, respecto a la dirección, administración y relación comercial. Para el efecto emitirá la normativa que establezca el mecanismo de aplicación de estos criterios.

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

**Art. 15.- Cálculo de la cuota de mercado.-** “A los efectos de lo previsto en el artículo 16 literal b) de la Ley se entenderá, en todo caso, que la cuota de mercado resultante de una operación de concentración en un mercado relevante, será la suma de las cuotas de mercado, en dicho mercado relevante, de los operadores económicos partícipes en la operación.

Se entenderá, en todo caso, que existe adquisición de cuota cuando:

Aun existiendo control previo por parte del adquirente se produjera como consecuencia de la concentración económica un cambio en las características del control, sea este conjunto o exclusivo.” “Asimismo, existe adquisición de cuota cuando se produce la creación de una empresa en participación y los operadores económicos aporten todo o parte de su negocio a la entidad de nueva creación.”

**Art. 17.- Notificación obligatoria de concentración económica.-** Las operaciones de concentración que requieran de autorización previa según la Ley y este Reglamento, deberán ser notificadas a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, para su examen previo, en el plazo de ocho (8) días contados a partir de la fecha de la conclusión del acuerdo que dará lugar al cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos de conformidad con el artículo 14 de la Ley.

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

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

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

c) En el caso de la adquisición, directa o indirectamente, de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda que den cualquier tipo de derecho a ser convertidos en acciones o participaciones de capital o a tener cualquier tipo de influencia en las decisiones de la persona que los emita, cuando tal adquisición otorgue al adquirente el control de, o la influencia sustancial sobre la persona que los emita, existe acuerdo de concentración desde el momento en que los partícipes consientan en realizar la operación que origine la concentración, y determinen la forma, el plazo y las condiciones en que vaya a ejecutarse. Cuando los partícipes sean compañías, se considerará que el acuerdo existe cuando haya sido adoptado por la junta general de accionistas o socios, o el órgano competente de conformidad con el estatuto correspondiente.

d) En el caso de la vinculación mediante administración común, existe acuerdo de concentración desde el momento en que los administradores han sido designados por



*la junta general de accionistas o socios, o el órgano competente de conformidad con el estatuto correspondiente.*

*e) En el caso de cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico, los activos de un operador económico o le otorgue el control o influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de un operador económico, existe acuerdo de concentración desde el momento en que los partícipes consientan en realizar la operación que origine la concentración, y determinen la forma, el plazo y las condiciones en que vaya a ejecutarse. Cuando los partícipes sean compañías, se considerará que el acuerdo existe cuando haya sido adoptado por la junta general de accionistas o socios, o el órgano competente, de conformidad con el estatuto correspondiente.”*

*“La existencia de cláusulas que de cualquier modo condicionen la futura formalización o ejecución de dichos acuerdos no exime del cumplimiento del deber de notificar.” “Si una vez notificado el proyecto de concentración y previamente a la resolución del expediente, las partes desisten de la misma, el notificante pondrá inmediatamente en conocimiento de la Superintendencia esta circunstancia, acreditándola formalmente, en cuyo caso la Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá acordar sin más trámite el archivo de las actuaciones.”*

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

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

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

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

*Si la Superintendencia de Control del Poder de Mercado comprobare que falta información o que se debe completar la información contenida en la notificación de concentración económica, requerirá al notificante o notificantes para que subsanen esta falta de información en un término de diez (10) días. En caso de no producirse la*

*subsanción dentro del plazo estipulado, se tendrá al notificante por desistido de su petición y no se beneficiará del silencio administrativo previsto en el artículo 23 de la Ley. Ello no obsta a que la Superintendencia pueda iniciar de oficio el procedimiento de control de concentraciones conforme lo establecido en la Ley."*

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

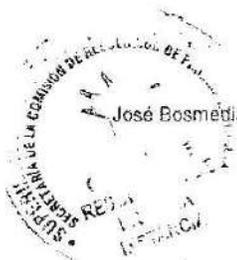
*Si de las actuaciones previas realizadas la Superintendencia de Control del Poder de Mercado concluyere que la operación de concentración debió ser notificada y autorizada, informará de este particular al o los operadores económicos que debieron notificarla para que en el término de treinta (30) días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

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

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

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

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



#### 6.2.4. Doctrina en materia de competencia.-

##### 6.2.4.1. Derecho administrativo sancionador.-

El tratadista ecuatoriano Marco Morales Tobar, citando a Alejandro Nieto, respecto a la potestad sancionadora de la administración sostiene: “[...] proporciona una base muy sólida l Derecho Administrativo Sancionador, puesto que, así queda anclado en el ámbito constitucional del Estado superando los planteamientos habituales tradicionales, más rudimentarios, que buscan su justifican dogmática en la sanción en el ilícito o, a todo lo más, en la organización administrativa. En el principio de todo Derecho está una potestad administrativa sancionadora y un ordenamiento jurídico administrativo sancionador es por lo que puede hablarse, con propiedad de un Derecho Administrativo Sancionador [...]”.

##### 6.2.4.2. Carácter preventivo y disuasivo de la sanción.-

De acuerdo con el informe de la Fiscalía Nacional Económica de la República de Chile de 11 de noviembre de 2014, se indica que: “[...] Las sanciones y remedios cumplen también una función preventiva, disuadiendo a los agentes económicos de infringir la ley. Las sanciones y remedios pueden cumplir una función preventiva especial o general, según si buscan establecer incentivos para evitar que el infractor sancionado reincida, o para prevenir que el universo de posibles infractores transgreda la ley, respectivamente.[...] Por regla general, las conductas declaradas ilegales por el derecho de competencia reportan beneficios económicos para quienes las llevan a cabo, e imponen costos a los consumidores y a la sociedad en general [...] el ordenamiento reducirá las infracciones y cumplirá exitosamente con su función preventiva en medida en que los agentes económicos puedan esperar más costos que beneficios al evaluar la conveniencia de involucrarse en una conducta ilegal. Por lo Mismo, una sanción será disuasiva en la medida en que asocie a la infracción un costo esperado mayor al beneficio esperado [...]”.

#### 6.2.5. Jurisprudencia.-

La Corte Constitucional enseña: “[...] El principio de legalidad, reserva de ley o tipicidad, en el ámbito de las infracciones y sanciones, tiene una radical importancia en el quehacer jurídico de la sociedad, puesto que posibilita que las personas alcancen certeza y certidumbre de aquellas conductas que se encuentran permitidas y aquellas que se encuentran prohibidas; cuestión que trasciende al ámbito procesal, puesto que el órgano del poder público que cuenta con potestad para juzgar infracciones y determinar sanciones únicamente lo puede efectuar si existe una ley previa, expresa y taxativa, concretando el aforismo *Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege, nullum crimen sine poena legales*, el mismo que ampliado técnicamente al ámbito de imposición de sanciones, configura el principio de juridicidad [...]”. El operador económico ICEBLL S.A., solicita que se considere la sentencia de la Corte Nacional emitida por la “(...) La Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo del Tribunal de Casación, dentro del Juicio Especial No. 17811-2016-01271, en fecha 20 de octubre de 2017, emite sentencia donde en el Octavo de sus Considerando refiere: “(...) En el análisis de daño y perjuicio al mercado, es importante la valoración de acuerdo a la regla de la razón. Si hablamos de regla de la razón, necesariamente hay que evaluar los efectos que la conducta examinada ha provocado o no en el mercado, volviéndose de esta forma el examen económico del mercado que supuestamente se considera afectado riguroso y además detallado, procediendo solo la

sanción al operador económico si se llegara a demostrar que los efectos de su actuar en el mercado perjudicaron al consumidor o produjeron daños a la competencia o mercado (...)"

#### 6.2.6. Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno

**Artículo 101 manifiesta que:** "La declaración hace responsable al declarante y, en su caso, al contador que firme la declaración, por la exactitud y veracidad de los datos que contenga.

(...)

*Las declaraciones e informaciones de los contribuyentes, responsables o terceros, relacionadas con las obligaciones tributarias, así como los planes y programas de control que efectúe la Administración Tributaria son de carácter reservado y serán utilizadas para los fines propios de la administración tributaria. La información que contribuya a identificar la propiedad y las operaciones de los residentes en el Ecuador con terceros ubicados en paraísos fiscales, así como las prácticas de planificación fiscal agresiva, no estarán sujetas a la reserva establecida en este artículo. Tampoco tendrá el carácter de reservado la información relacionada con los asesores, promotores, diseñadores y consultores de estas prácticas." (Énfasis agregado).*

**6.2.7. Resolución del SRI No. 52** publicada en el Registro Oficial Suplemento 430 de 03 de febrero de 2015 resolvió expedir las normas que establezcan paraísos fiscales, regímenes fiscales preferentes y regímenes o jurisdicciones de menor imposición.

#### SÉPTIMO.- CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS.-

**7.1.-** La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, a partir de su promulgación el 13 de octubre de 2011, contempla la obligación de notificar a la SCPM las operaciones de concentración económica sujetas al procedimiento obligatorio de notificación previa, de acuerdo a los artículos 15 y 16 de la LORCPM y a los artículos 16, 17 y 19 de su RLORCPM, para ser examinadas, reguladas, controladas y, de ser el caso, intervenidas o sancionadas por este ente de control.

**7.2.-** El operador económico Icebell S.A. es una compañía ecuatoriana que fue constituida ante el Doctor Oswaldo Mejía Espinosa, Notario Cuadragésimo del Cantón Quito, mediante escritura de 11 de enero de 2007, inscrita en el Registro Mercantil del Cantón Quito el 25 de enero de 2007. La compañía, portadora del RUC No. 1792069416001, a fecha de 08 de mayo de 2017, se encuentra activa, pues aunque la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros ha emitido una Resolución de Liquidación de Pleno Derecho, la misma aún no ha sido inscrita en el Registro Mercantil. Sus administradores actuales son los señores César Augusto Alarcón Acosta, portador de la cédula de ciudadanía No. 1714767629 en calidad de Presidente, desde que su nombramiento fuera inscrito en el Registro Mercantil del Cantón Quito el 09 de octubre de 2015 y Jaime Vinicio Leiva Páez, portador de cédula de ciudadanía No. 1706456702, en calidad de Gerente General y Representante Legal, desde que su nombramiento fuera inscrito en el Registro Mercantil el 12 de junio de 2014 quien, además,



ya fue Gerente General y Representante Legal desde el 03 de mayo de 2007 y antes, desde el 29 de enero de 2007.

7.3.- El 09 de junio de 2014 se produjo una operación de concentración económica, mediante la cual Icebell S.A (bajo el control de Deli Internacional S.A.) adquirió los activos y pasivos de la compañía Recapitomsa S.A., propietaria de varios restaurantes cuya marca comercial es “Dolce Incontro” produciendo un cambio y toma de control y la desaparición de un competidor directo que operaba de manera independiente en el mercado de restaurantes de servicio completo.

7.4.- LA LORCPM en el artículo 16 Notificación de concentración.- establece: *“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 adquiera 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 (...)”*

7.5.- La Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, para determinar quien ejercía control sobre la compañía señala: *“(...) al momento de la operación de concentración (año 2014), figuraban como accionistas la empresa NECKIC LTD con un porcentaje del 97% de acciones y la compañía Copacabana Holding con un 3%, lo cual y de conformidad al estatuto de la compañía (información tomada de la escritura de domiciliación presentada ante la Superintendencia de Compañías), el cual textualmente señala: “ARTICULO CUARTO. GOBIERNO Y ADMINISTRACION.- La sociedad será gobernada por la Junta de Accionistas y administrada por el Directorio y por los Dignatarios” Así mismo el artículo quinto, respecto a la conformación de la junta de accionistas, señala: “La Junta de accionistas estará conformada exclusivamente por los Accionistas tenedores de acciones con derecho a voto (...)”, en la misma línea es importante señalar las principales atribuciones de la Junta de Accionistas, enmarcadas en el numeral 5.1.7 del referido estatuto: “ a) Elegir y remover a los Directores de la Compañía. Fijar su número y determinar su remuneración (...) c) Exigir a los Directores la rendición de cuentas en cualquier momento. (...) f) Ejercer las funciones que competen como máxima entidad de gobierno de la sociedad” de la información constante en los estatutos se colige que los accionistas de la empresa poseen el control de la compañía.” “Una vez señaladas las facultades de dirección de la compañía, se evidencia que la Junta de accionistas es el máximo órgano de dirección de la compañía DELI INTERNACIONAL S.A., y a su vez sus accionistas*

*mantiene indirectamente control sobre la compañía ICEBELL S.A.*”, como elemento de análisis adicional, se considera que más allá de las formas que mantienen los operadores económicos, prima la realidad, es decir el análisis realizado por la ICC, sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes, resulta ilógico pensar que un grupo económico que se concentra deba tan solo razonar que la operación que se realiza responde a la causa inmediata de esa concentración, como en el presente caso, el operador económico ICEBELL concentra al operador económico Dolce Incontro perteneciente a Recapitomsa, excluyendo a los otros operadores económicos que conforman su grupo. A lo largo del proceso de investigación se concluye que esa operación se verifica dentro de un marco en el que recoge a otros operadores económicos a más de los concentrados y a aquellos que formalmente y eventualmente no tengan relación jurídica entre ellos o la tenga de manera no muy clara. Una de las potestades de la SCPM es determinar la primacía de la realidad establecido en el artículo 3 de la LORCPM en el que se dice: “Para la aplicación de la presente Ley la autoridad administrativa determinará la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo su realidad o efecto económico. La forma de los actos jurídicos utilizados por los operadores económicos no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos.”. La Intendencia devela la relación que existe entre los operadores económicos concentrados y su grupo de pertenencia, concluyendo que son parte del mismo grupo económico. Por lo que obligatoriamente el operador económico ICEBELL S.A., debió haber notificado de manera obligatoria esa concentración.

7.6.- Con relación a la determinación del volumen de negocios del operador económico ICEBELL S.A. la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas advierte que. “(...) *El volumen de negocios de los operadores inmersos directa e indirectamente en la operación de concentración descrita entre Icebell S.A. y Recapitomsa S.A. fue de USD [REDACTED] con lo cual, superó el monto de 200.000 RBU establecido en la Resolución No. 002 del 22 de octubre de 2013 de la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Lo que implica que dicha operación superó el umbral fijado en la letra a) del artículo 16 de la LORCPM y, por tanto, dicha operación tuvo que haber cumplido con el procedimiento obligatorio de notificación previa, establecido en el artículo 15 de la LORCPM.*” “*El volumen de negocios de la operación fue calculado en función del Art. 17 de la LORCPM, que en un principio dispone la sumatoria de las empresas en cuestión (Icebell S.A. y RECAPITOMSA S.A.) y en un segundo plano a las empresas relacionadas directa o indirectamente (Deli Internacional S.A. y a Shemlon S.A. y Neckie Ltda).*”

7.7.- La Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas referente al mercado relevante manifiesta que: “(...) *considerando las actividades en las cuales participaban los operadores económicos directos e indirectos inmersos en la presente operación no notificada, la Dirección Nacional de Estudios y Examen de Control de Concentraciones determina que existe un mercado relevante de producto implicado en la operación de concentración no notificada que es el de Restaurantes de Servicio Completo que estipula que el cliente ordena en mesa; un mesero toma la orden; los alimentos se sirven a la mesa y paga su consumo al final en la misma mesa; son establecimientos más amplios y exclusivos que pueden operar también dentro de centros comerciales o plazas; ofertan un amplio menú que incluyen bebidas como vino o cerveza que se sirven en vajilla no desechable como cubiertos de metal en recipientes sólidos como cerámica, vidrio, etc.*” “En



*cumplimiento al artículo 5 de la LORCPM, relativo al “mercado relevante”, para efectos del presente análisis de concentración económica no notificada, se consideró los servicios que proveían en su momento Recapitomsa S.A. (con Dolce Incontro) y Icebell S.A. más el conjunto de compañías vinculadas. Se evaluaron criterios cualitativos para determinar los patrones de sustitución y las áreas geográficas donde se determina la competencia, además de una revisión de la experiencia internacional en casos similares. En ese sentido, se identificó que los restaurantes Dolce Incontro de Recapitomsa S.A. y los restaurantes American Deli Full, Arrecife y City Bistro del grupo económico al que pertenece Icebell S.A. en liquidación pertenecen al mismo mercado de producto, pero no al mismo mercado geográfico, por lo cual no compiten dentro del mismo mercado relevante 1) Mercado de Restaurantes de Servicio Completo dentro de Aeropuerto. 2) Mercado de Restaurantes de Servicio Completo fuera de Aeropuerto.” “El mercado geográfico se determinó para el mercado de producto identificado. Para el caso de Restaurantes de Servicio Completo dentro de Aeropuertos se definió al Aeropuerto José Joaquín de Olmedo de Guayaquil, mientras que para el caso de Restaurantes de Servicio Completo fuera de Aeropuertos se definió a la ciudad de Guayaquil.”*

7.8.- De la revisión y del análisis documental efectuado por esta Comisión se advierte que el artículo 16 literal a), de la LORCPM, establece los umbrales a partir de los cuales se determina la obligatoriedad de notificación de una operación de concentración económica. El estándar que se establece en dicho apartado –el volumen de negocios- debe ser calculado tomando en cuenta la sumatoria de los volúmenes de negocios de todos los partícipes de la operación de concentración económica; de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 6 de la LORCPM y 5 del RLORCPM, e integrando además en el cálculo a las empresas y/u operadores económicos vinculados a los partícipes de acuerdo al artículo 17 de la LORCPM y 11 del RLORCPM. En el año 2014, cuando se produjo la operación de concentración entre los operadores económicos ICEBELL S.A. y Recapitomsa S.A. se encontraba vigente la Resolución No. 002 del 22 de octubre de 2013, expedida por la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en la que se define en el artículo 3, el monto en Remuneraciones Básicas Unificadas al 2014, fue de USD 340 para la aplicación de la letra a) del artículo 16 de la LORCPM. En mérito de lo expuesto, se concluye que la operación de concentración económica llevada a cabo en mayo de 2014, en la que el operador económico ICEBELL S.A. adquiere los activos y pasivos de Recapitomsa S.A., de acuerdo al volumen de negocios del ejercicio inmediatamente anterior de los partícipes, calculado conforme lo dispone el artículo 17 de la LORCPM y 11 del RLORCPM, superó el monto establecido por la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado para determinar la obligatoriedad de notificación de acuerdo a la letra a) del artículo 16 de la LORCPM, alcanzando el valor de USD [REDACTED] con lo cual, superó el monto de 200.000 RBU establecido en la Resolución No. 002 del 22 de octubre de 2013 de la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. En ese sentido dicha operación superó el umbral fijado en la letra a) del artículo 16 de la LORCPM y, por tanto, la operación tuvo que haber cumplido con el procedimiento obligatorio de notificación previa, establecido en el artículo 15 de la LORCPM.

7.9.- Respecto del pedido del operador económico ICEBELL de considerar que esta operación no ha dañado el mercado por lo que no debería aplicarse ninguna multa, amparándose en el texto de la sentencia de *La Sala Especializada de lo Contencioso*

*Administrativo del Tribunal de Casación, dentro del Juicio Especial No. 17811-2016-01271, en fecha 20 de octubre de 2017, emite sentencia donde en el Octavo de sus Considerando refiere: "(...) En el análisis de daño y perjuicio al mercado, es importante la valoración de acuerdo a la regla de la razón. Si hablamos de regla de la razón, necesariamente hay que evaluar los efectos que la conducta examinada ha provocado o no en el mercado, volviéndose de esta forma el examen económico del mercado que supuestamente se considera afectado riguroso y además detallado, procediendo solo la sanción al operador económico si se llegara a demostrar que los efectos de su actuar en el mercado perjudicaron al consumidor o produjeron daños a la competencia o mercado (...)"*, al respecto, cabe aclarar que la falta de notificación obligatoria no constituye una conducta infractora a la competencia o al mercado, siendo la analizada una conducta de incumplimiento a la obligación legal de notificar la concentración. El propio artículo 27 del RLORCPM establece en su parte pertinente que *"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 (...)"* Como la norma establece claramente que los efectos económicos en el mercado no necesariamente tienen que ver con lo que el operador económico ICEBELL S.A., denomina afectación al mercado, analizando además, que la sentencia invocada tiene que ver con una conducta de abuso de poder de mercado y no de concentraciones, que como queda dicho, la falta de notificación no constituye daño en el mercado. Se sanciona el hecho de notificar o no. Si hubieran existido efectos económicos en esta misma resolución se impondrían las medidas adecuadas para ese efecto.

**7.10.-** Respecto a las alegaciones del Operador económico ICEBELLS.A., en relación a que tiene que recibir un tratamiento similar al que la SCPM le dio al operador económico La Fabril S.A., en un caso de concentración económica, debemos señalar que para ese entonces. La Junta de Regulación no había determinado los umbrales del literal a) del artículo 16 del mismo cuerpo legal. Para ese caso se aplicaron las normas vigentes a ese entonces, es decir el literal b) del mismo artículo 16 citado y en este caso el operador económico citado no superaba el 30% del mercado relevante.

**7.11.-** ICEBELL S.A., manifiesta que tan solo se debe considerar para efectos del volumen de negocio a los operadores económicos ICEBELL S.A., y DELI INTERNACIONAL S.A., basándose en lo que dice el artículo 2 de la LORCPM que en su tenor literal manifiesta: *"(...) Las conductas o actuaciones en que incurriere un operador económico serán imputables a él y al operador que lo controla cuando el comportamiento del primero ha sido determinado por el segundo. (...)"*, según el argumento del operador económico para el caso de las concentraciones económicas, las estructuras y las jerarquías de los grupos económicos no podría tener más de un solo nivel, lo que riñe con la realidad. Y con el objeto mismo del control de concentraciones, pues los grupos económicos tienen en la realidad conexiones nacionales e internacionales y estructuras de decisión conexas que deben ser observadas y controladas por parte de las agencias de competencia en todo lugar.



## **OCTAVO.- IDENTIFICACIÓN DE LAS NORMAS O PRINCIPIOS VIOLADOS Y LA RESPONSABILIDAD.-**

**8.1.-** En la sustanciación del presente trámite se han respetado las garantías, principios y derechos consagrados en la Carta Fundamental del Estado ecuatoriano, especialmente el debido proceso y el derecho de defensa.

En relación al debido proceso la Corte Constitucional ha establecido que éste “[...] *no solo conlleva un mínimo de presupuestos y condiciones para tramitar adecuadamente un procedimiento y asegurar condiciones mínimas para la defensa, sino que constituye una concreta disposición desde el ingreso al proceso y se mantiene durante el transcurso de toda la instancia para concluir con una decisión adecuadamente motivada que encuentre concreción en la ejecución de lo dispuesto por los jueces [...]*”.<sup>1</sup> 1 Jurisprudencia de la Corte Constitucional, Corporación de Estudios y Publicaciones, Tomo VII de 14 de junio a 20 de junio de 2012, Quito – Ecuador. Pág. 14. En otro fallo la Corte Constitucional sostiene: “[...] *El debido proceso se materializa en las garantías básicas que permiten el desarrollo de un procedimiento que dé un resultado justo, equitativo e imparcial, a fin de procurar el respeto a los derechos de toda persona a la igualdad que tienen las partes y el órgano jurisdiccional de utilizar la ley para su defensa y para el correcto juzgamiento, así como para lograr la plena satisfacción de los intereses individuales de las partes. Observando el trámite propio de cada procedimiento, según sus características y el agotamiento de las etapas previamente determinadas por el ordenamiento jurídico. [...]*”<sup>2</sup>. 2 Jurisprudencia de la Corte Constitucional, Corporación de Estudios y Publicaciones, Tomo XI de 30 de julio, Quito – Ecuador. Pág. 221.

**8.2.-** En el presente caso se analiza lo prescrito en el artículo 16 literal a) de la LORCPM respecto a la Notificación de concentración. En la que existe obligación o no de cumplir con el procedimiento de notificación y si cumple con las condiciones establecidas en la presente Ley.

**8.3.-** El operador económico ICEBELL S.A, el 09 de junio de 2014, produjo una operación de concentración económica, mediante la cual ICEBELL S.A (bajo el control de DELI INTERNACIONAL S.A.) adquirió los activos y pasivos de la compañía RECAPITOMSA S.A., propietaria de varios restaurantes cuya marca comercial es “Dolce Incontro” produciendo un cambio y toma de control y la desaparición de un competidor directo que operaba de manera independiente en el mercado de restaurantes de servicio completo. Lo cual responde a un tipo de concentración establecido en el literal e) del artículo 14 de la LORCPM. El que refiere: “*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.*”

**8.4.-** Se desprende del expediente que la operación de concentración económica realizada por los operadores económicos Icebell S.A. y Recapitomsa S.A superó el umbral fijado en la letra

a) del artículo 16 de la LORCPM y, por tanto, dicha operación tuvo que haber cumplido con el procedimiento obligatorio de notificación previa, establecido en el artículo 15 de la LORCPM., ya que el volumen de negocios de los operadores inmersos directa e indirectamente en la operación de concentración descrita, fue de USD [REDACTED], conforme se desprende del análisis de vinculación realizado por la ICC, del cual se establece la vinculación establecida entre las compañías NECKIC LTD.; DELI INTERNACIONAL S.A.; SHEMLON S.A.; y ICEBELL S.A., compañías que conforman el grupo económico “(...) **Art. 11.- Grupo económico.-** Para fines de aplicación del literal e) del artículo 14 de la Ley, artículo 7 de este reglamento y de esta sección, se entenderá que pertenecen a un grupo económico el conjunto de empresas u operadores económicos cuyo volumen de negocios debe sumarse en virtud del artículo 17 de la Ley. La Junta de Regulación podrá considerar otros factores de relación entre las partes que conforman los grupos económicos, respecto a la dirección, administración y relación comercial. Para el efecto emitirá la normativa que establezca el mecanismo de aplicación de estos criterios”. Análisis que determina que cada una de las compañías mantiene el siguiente volumen de negocios: DELI INTERNACIONAL S.A.: USD [REDACTED]; SHEMLON S.A.: USD [REDACTED]; ICEBELL S.A.: [REDACTED]; RECAPITOMSA S.A. USD [REDACTED] sumadas conjuntamente generan un volumen de negocios total correspondiente a USD [REDACTED] por el año 2014. Superando el monto de 200.000 RBU (el valor de la RBU al 2014 fue de USD 340), realizando la ecuación supera el umbral de (USD 68.000.000), establecido en la Resolución No. 002 del 22 de octubre de 2013 de la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que estaba vigente al cometimiento de la supuesta infracción, lo cual implica que se habría superado el umbral fijado en la letra a) del artículo 16 de la LORCPM y, por tanto, dicha operación tendría que haber cumplido con el procedimiento obligatorio de notificación previa, establecido en el artículo 15 de la LORCPM. Operadores económicos que se puede determinar que encuentran vinculadas con el operador económico en cuestión, como se desprende del informe SCPM-ICC-070-2017 de 12 de diciembre de 2017, en el gráfico No. 3, en donde se establece la vinculación, de conformidad con el Art 17 de la LORCPM, el cual textualmente señala, literal a) del artículo 17 de la LORCPM “(...) Para el cálculo del volumen de negocio total del operador económico afectado, se sumaran los volúmenes de negocios de las empresas u operadores económicos siguientes: a) la empresa u operador económico en cuestión”.

**8.5.-** En relación al mercado relevante se ha identificado que los restaurantes Dolce Incontro de Recapitomsa S.A. y los restaurantes American Deli Full, Arrecife y City Bistró del grupo económico al que pertenece Icebell S.A. en liquidación pertenecen al mismo mercado de producto, pero no al mismo mercado geográfico, por lo cual no compiten dentro del mismo mercado relevante como es: el Mercado de Restaurantes de Servicio Completo dentro de Aeropuerto, y Mercado de Restaurantes de Servicio Completo fuera de Aeropuerto, en tal sentido no se creó, modificó o reforzó el poder de mercado del grupo económico en ninguno de los mercados geográficos de Restaurantes de Servicio Completo dentro de Aeropuertos y Restaurantes de Servicio Completo fuera de Aeropuertos; ya que no existió traslape con respecto al negocio adquirido de RECAPITOMSA S.A. Sin embargo, este hecho no exime la obligación que tenía ICEBELL S.A. de cumplir con el procedimiento de notificación previa conforme lo establece el artículo 16 de la LORCPM.



**8.6.-** Adicionalmente, tenemos certeza que el responsable de la inobservancia del artículo 16 a) de la LORCPM es el operador económico ICEBELL S.A, misma que se encontraba activa hasta la Resolución de Disolución de fecha 24 de febrero de 2017, por lo tanto al momento de la concentración económica esta compañía podía contratar y obligarse legalmente, quien no cumplió con el procedimiento de notificación obligatoria, conforme a la solicitud realizada por la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, en consecuencia la operación de concentración entre ICEBELL S.A. y Recapitomsa S.A., efectuada en el año 2014, debió ser notificada de manera obligatoria a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, ya que se produjeron efectos jurídicos, sin embargo, no se ha producido efectos económicos, por lo tanto conforme establece numeral 1 literal b) los Art. 78 y 79 de la LORCPM., en cuanto a las infracciones leves refiere "(...) *No haber notificado una concentración requerida de oficio por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado según lo previsto en el artículo 16.*" para la aplicación de la sanción que le corresponde se estará a lo previsto en el penúltimo inciso del artículo 79 literal a) de la LORCPM considerando que la RBU en el año 2014 estaba determinada en USD 340 (TRESCIENTOS CUARENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA 00/100).

#### **NOVENO.- APLICACIÓN DE LA METODOLOGÍA PARA EL CÁLCULO DE LA MULTA.-**

La aplicación de la metodología para el cálculo de la multa establecida por la Junta de Regulación en la Resolución No.12 del 22 de septiembre de 2016, en la Junta de Regulación resuelve expedir la Metodología para la Determinación del Importe de Multas por Infracciones a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

#### **CÁLCULO DE LA MULTA DEL OPERADOR ECONÓMICO ICEBELL S.A.-**

<b>FACTOR</b>	<b>DESCRIPCIÓN</b>
<b>A</b>	Volumen de negocio del operador económico infractor, en el mercado relevante
<b>B</b>	$\beta = f(\text{gravedad } (\alpha), \text{afectación } (\theta))$
<b>C = (A*B)</b>	IMB = Importe Base de Operador
<b>D</b>	Duración de la infracción
<b>E = (C*D)</b>	IMB*DURACIÓN
<b>E</b>	Yi
<b>F*E</b>	Ajuste del importe base total

A efectos de calcular la multa que se aplicará al operador económico ICEBELL S.A., debemos remitirnos a la fórmula que estableció la Junta de Regulación en su resolución No. 12 del 22 de septiembre de 2016. En el proceso de aplicación de los parámetros establecidos en la fórmula, se irán identificando las variables que contienen los criterios aplicables a este tipo de infracciones. La falta de notificación de una concentración a la entidad controladora no es una infracción al mercado o sus diferentes participantes, es, más bien, una infracción de omisión de una obligación, pudiendo entenderse que se encuentra en la órbita administrativa y no económica. De ahí que no son aplicables todos los elementos determinados en la fórmula de la Junta de Regulación, tal como se expondrá más adelante.

**Factor A.-** Corresponde al volumen de negocio del operador económico ICEBELL S.A., reportado por la ICC, en el mercado de restaurantes de servicio completo dentro del aeropuerto y mercado de restaurantes de servicio completo fuera del aeropuerto de la ciudad de Guayaquil, cuyo valor asciende a USD \$ [REDACTED]

**Factor B.-** Corresponde al factor sancionador compuesto por el factor proporcional a la gravedad de la infracción y el factor proporcional de la afectación de la infracción. La definición de cada uno de estos factores se detalla a continuación:

- **Factor proporcional de la gravedad de la infracción ( $\alpha$ ):** Corresponde a las características del operador económico que realiza la infracción, así como sus características. Las variables consideradas para el cálculo de este factor son:
  - Cuota de mercado del operador económico responsable.
  - Cobertura geográfica de la infracción nacional; 1 si cumple, 0 caso contrario.
  - Cobertura geográfica de la infracción regional (3 o más provincias); 1 si cumple, 0 caso contrario.
  - Cobertura geográfica de la infracción local (menos 3 provincias); 1 si cumple, 0 caso contrario.
  - Tipo de infracción leve; 1 si cumple, 0 caso contrario.
  - Tipo de infracción grave; 1 si cumple, 0 caso contrario.
  - Tipo de infracción muy grave; 1 si cumple, 0 caso contrario.

Para la determinación del tipo de infracción en este caso, se ha considerado lo establecido en el literal d) del numeral 2) del artículo 78 de la LORCPM, relativo a las infracciones, categorizando a la infracción cometida por el operador económico ICEBELL S.A. como grave. Consecuentemente, considerando las variables señaladas, los cálculos realizados para determinar el valor del factor de gravedad, se presentan a continuación:



Id	Variable	Valor
a	Cuota del operador económico en el mercado relevante	0,0515
b	Cobertura geográfica de la infracción nacional	0
c	Cobertura geográfica de la infracción regional	0
d	Cobertura geográfica de la infracción local	1
e	Tipo de infracción leve	0
f	Tipo de infracción grave	1
g	Tipo de infracción muy grave	0
<b>α</b>		<b>0,4015</b>

Donde  $a = (\alpha) + ((b*1)+(c*0,5)+ (d*0,25))+ ((e*0,08)+ (f*0,1)+ (g*0,12)) = 0,4015$

- **Factor proporcional de la afectación de la infracción (Θ):** Corresponde a la evaluación de la infracción frente al mercado afectado. Para la determinación de la multa del operador económico ICEBELL S.A., esta variable no ha sido considerada, ya que se trata de una infracción de omisión de una obligación legal incumplida. No se trata de una infracción a la competencia y, en consecuencia, no existe afectación al mercado. Por lo tanto, el factor de afectación en este caso toma el valor de cero:  $(\Theta) = 0$

Con base en los cálculos anteriores, la fórmula para determinar el factor sancionador nos indica que se debe multiplicar la sumatoria de los factores de gravedad y de afectación, por el valor resultante de la multiplicación del factor de la naturaleza de gravedad de la infracción por su respectivo coeficiente de ponderación. Así, la fórmula se expresaría de la siguiente manera:

$$\beta = ((0,4015 + 0) * (1)) * 0,004336043 = 0,0017409214$$

$$\mathbf{B = 0,0017409214}$$

**Factor C.-** Corresponde al importe base del operador, obtenido por la multiplicación del volumen de negocio en el mercado relevante por el factor sancionador, es decir:

$$C=A*B$$

$$C = 4.038.667,64 * 0,0017409214 = 7.031,00$$

**Factor D.- Duración de la Infracción:** para la determinación de este coeficiente se consideró como fecha inicial el día siguiente de la fecha tope en la que el operador económico ICEBELL S.A., debía haber comunicado la notificación obligatoria a la SCPM, esto es el 17 de junio de 2014. Como fecha final, se consideró el día en el que la ICC inició el proceso de investigación por la presente infracción, es decir, el 28 de junio de 2017. Para este efecto tenemos que en el año 2014, al contabilizarse más de 6 meses se considera el factor igual a

“1”, al igual que el año 2015, 2016 por ser años completos y para el año 2017 se considera 0,5 por ajustarse a un período de tiempo menor a 6 meses.

2014	2015	2016	2017
1	1	1	0,5

**Total = 3,5**

**Factor E.-** Corresponde al total de la multa antes considerar circunstancias agravantes y atenuantes, y se calcula de la siguiente manera:

Importe Base de Operador \* Duración de la Infracción

$$7.031,00 * 3,5 = 24.608,51$$

**Factor F.-** Corresponde a la identificación de situaciones agravantes o atenuantes (Yi), tal como se señala a continuación:

**Circunstancias agravantes:**

- No existe comisión reiterada de infracciones tipificadas a la LORCPM en el presente caso, por lo que la valoración del presente criterio es de “0”;
- El operador económico ICEBELL S.A., es responsable por no haber presentado la notificación obligatoria a la SCPM. Por lo que la valoración del presente criterio es de “1”;
- No aplica para el presente caso que el operador económico ICEBELL S.A., haya adoptado medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de conductas ilícitas, por lo que la valoración de este criterio es de “0”; y,
- No se evidencia falta de colaboración del operador económico ICEBELL S.A., para con la SCPM, por lo que la valoración del presente criterio es de “0”.

**Circunstancias atenuantes:**

- No se evidencian actuaciones tendientes a poner fin a la infracción, por lo que la valoración de este criterio es de “0”;
- La no aplicación efectiva de las conductas prohibidas, no es aplicable al presente caso ya que no se trata de infracciones al mercado, por lo que la valoración de este criterio es de “0”;
- No es aplicable el criterio de actuaciones tendientes a reparar el daño causado, por lo que la valoración de este criterio es de “0”;
- Si no existe evidencia de falta de colaboración para con la SCPM, se presume que el operador económico ICEBELL S.A., colaboró con la SVCPM, por lo que la valoración de este criterio es de “1”;

Circunstancias agravantes – Circunstancias atenuantes: 1-1=0



Al haberse cancelado las circunstancias agravantes y las circunstancias atenuantes el valor de la multa se mantiene en USD \$24.608,51

Resumen de la aplicación de la resolución No. 012 de la Junta de Regulación:

FACTOR	DESCRIPCIÓN	ICEBEL S.A.
A	Volumen de negocio en el mercado relevante del operador económico infractor	██████████
B	$\beta = f(\text{gravedad } (\alpha), \text{afectación } (\Theta))$	0,0017409214
C = (A*B)	IMB=Importe Base de Operador	7.031,00
D	Duración de la infracción	3,5
E= (C*D)	IMB*Duración	24.608,51
E	Yi	1
F*E	Ajuste del importe base total	24.608,51

**DECIMO.- DECISIÓN.-** La Comisión de Resolución de Primera Instancia en uso de las atribuciones previstas en los artículos 50 y penúltimo inciso del 79 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado,

**RESUELVE:**

1. **Acoger** la recomendación realizada por la Intendencia de Investigación de Control de Concentraciones Económicas en el Informe No. SCPM-ICC-006-2018 de 29 de enero de 2018.
2. **Declarar** la responsabilidad del operador económico ICEBELL S.A. por la comisión de la infracción determinada en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, y sancionada de conformidad con el artículo 78 numeral 2 y literal d) y 79 de la LORCPM., por la falta de notificación de una operación de concentración económica requerida por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.
3. **Sancionar** al operador económico ICEBELL S.A., por no cumplir con el procedimiento de notificación, al haber superado los partícipes el volumen de negocios el Monto de Remuneraciones Básicas Unificadas, con la imposición de una multa sancionadora que asciende a la cantidad de **VEINTE Y CUATRO MIL SEISCIENTOS OCHO DÓLARES AMERICANOS CON 00/51 (\$24.608,51) Dólares de los Estados Unidos de América).**



Superintendencia  
Comercial del Perú  
**ÁGINA EN BLANCO**  
COMISIÓN DE RESOLUCIÓN  
DE PRIMERA INSTANCIA