



- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado.
- **Órgano de Sustanciación:** Comisión de Resolución de Primera Instancia
- **Expediente Comisión:** SCPM-CRPI-005-2020
- **Expediente Apelación:** SCPM-DS-INJ-RA-008-2020
- **Apelante:** Unión de Concreteras S.A. –UNICON-

**SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.-** Quito, DM, 04 de noviembre de 2020, a las 12h00- **VISTOS.-** Doctor Danilo Sylva Pazmiño, en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado, conforme la acción de personal No. SCPM-INAF-DNATH-328-2018 de 06 de noviembre de 2018, cuya copia certificada consta en el expediente; en conocimiento del Recurso de Apelación presentado por el doctor David A. Sperber Vilhelm, en calidad de Apoderado Especial del operador económico Unión de Concreteras S.A. en contra de las Resoluciones del 13 de julio de 2020 de las 15h20, del 15 de julio de 2020 de las 13h00 y del 21 de julio de 2020 de las 12h00, emitidas por la Comisión de Resolución de Primera Instancia dentro del Expediente No. SCPM-CRPI-005-2020; en uso de mis facultades legales, dispongo:

**PRIMERO.- VALIDEZ PROCESAL.-**

Verificada que ha sido la tramitación del expediente en esta instancia jerárquica, se desprende que la misma no adolece de vicios de procedimiento, ni se han omitido solemnidades sustanciales que puedan generar nulidad procesal; por lo que ésta Autoridad declara la validez del mismo.-

**SEGUNDO.- LEGALIDAD DEL RECURSO.-**

El doctor David A. Sperber Vilhelm, en calidad de Apoderado Especial del operador económico UNIÓN DE CONCRETERAS S.A. –UNICON- mediante escrito ingresado en la ventanilla virtual de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado [en adelante SCPM], el 18 de agosto de 2020 con número de trámite 167611, interpuso Recurso de Apelación en contra de las Resoluciones del 13 de julio de 2020 de las 15h20, del 15 de julio de 2020 de las 13h00 y del 21 de julio de 2020 de las 12h00, emitidas por la Comisión de Resolución de Primera Instancia dentro del expediente administrativo No. SCPM-CRPI-005-2020.

La admisión a trámite del referido Recurso de Apelación fue debidamente analizada en esta instancia mediante providencia de 07 de septiembre de 2020 de las 13h00, en la que se verificó que la impugnación cumplió con los requisitos formales, como son el principio de oportunidad, procedencia del recurso y debida fundamentación.



### **TERCERO.- ACTOS IMPUGNADOS.-**

Los actos administrativos impugnados son las Resoluciones de fecha 13 de julio de 2020 de las 15h20, de 15 de julio de 2020 de las 13h00 y de 21 de julio de 2020 de las 12h00, emitidas por la Comisión de Resolución de Primera Instancia dentro del expediente administrativo No. SCPM-CRPI-005-2020, en las que se resolvió:

- **Resolución de 13 de julio de 2020 de las 15h20:**

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

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

*TERCERO.- IMPONER al operador económico UNICON PERU la multa de DOSCIENTOS VEINTE Y NUEVE MIL SEIS CIENTOS VEINTE Y SIETE 67/100 Dólares de los Estados Unidos de América (\$ 229.627,67 USD), en aplicación del artículo 79 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y la Resolución 12 publicada en el Registro Oficial No. 887 de 22 de noviembre de 2016, mediante la cual se expidió la Metodología para la Determinación del Importe de Multas por Infracción a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado [...]”*

- **Resolución de 15 de julio de 2020 de las 13h00:**

*“[...] PRIMERO.- SUBSANAR y rectificar la Resolución de 13 de julio de 2020 en lo siguiente:*

*- En el párrafo 51 de la Resolución al citar el informe de la INCCE se menciona: (...) disminuyó a 2.054 puntos” cuando lo correcto es disminuyó a 2.074 puntos.*

*- Por un “lapsus calami” en la resolución de 13 de julio de 2020 emitida por la CRPI, se incorporó mal el Índice de Herfindahl-Hirschman normalizado (HNi). Tomando en cuenta que el IHH correcto es de 1.776,6266, modificando a su vez el HNi a 0,09543.*

*Por lo tanto sustituir el párrafo que menciona: “Por lo expuesto, una vez aplicada la metodología con los parámetros establecidos anteriormente, la multa sería de DOSCIENTOS VEINTE Y NUEVE MIL SEIS CIENTOS VEINTE Y SIETE 67/100 Dólares de los Estados Unidos de América (\$ 229.627,67 USD)”, por el siguiente: Por lo expuesto, una vez aplicada la metodología con los parámetros establecidos anteriormente, la multa sería de DOS CIENTOS ONCE MIL TRES CIENTOS CUARENTA Y OCHO 02/100 Dólares de los Estados Unidos de América (\$ 211.348,02 USD).*

*Sustituir el resuelve tercero por el siguiente:*



**TERCERO.- IMPONER** al operador económico UNICON PERU la multa de DOSCIENTOS ONCE MIL TRES CIENTOS CUARENTA Y OCHO 02/100 Dólares de los Estados Unidos de América (\$ 211.348,02 USD), en aplicación del artículo 79 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y la Resolución 12 publicada en el Registro Oficial No. 887 de 22 de noviembre de 2016, mediante la cual se expidió la Metodología para la Determinación del Importe de Multas por Infracción a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

- Sustituir en el cuadro de factores de cálculo de la multa la participación al 0,2017.

**SEGUNDO.- CONCEDER** al operador económico UNION DE CONCRETERAS S.A., la metodología o base de cálculo para la determinación de la multa dentro del presente expediente conforme lo determinado en la parte motiva.

**TERCERO.- NEGAR** la base de cálculo con la cual se fijó la multa dentro del expediente SCPM-CRPI-007-2019, por cuanto corresponde a otro expediente ajeno a este [...]”

- **Resolución de 21 de julio de 2020 de las 12h00:**

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

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

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

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

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



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

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

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

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

#### **CUARTO.- PRETENSIÓN CONCRETA DEL RECURRENTE.-**

El operador económico UNION DE CONCRETERAS S.A.- UNICON-, en su escrito de apelación, pretende:

“[...] 1. Realice el cálculo de la multa conforme la LORCPM y los precedentes de la SCPM en casos análogos, en especial en la resolución del expediente SCPM-CRÍ-007-2019.

2. Cuantifique y rectifique de forma correcta la concentración del mercado relevante, puesto que el índice HHI del mercado total relevante que utilizó la CRPI en 2018 fue de 1.77,62 y en realidad es de 1.115,03; por ende, el HHI Ni (normalizado) es de 0.06 y no 0.33, hecho que repercute de forma directa en el cálculo de la multa; y,

3. Valore todas y cada una de las atenuantes descritas en el presente documento, tal como exige la LORCPM y como se ha realizado en casos análogos, en especial en la resolución del expediente SCPM-CRPI-007-2019 y que fueron rechazadas por la CRPI sin motivación.

De forma supletoria [...]

1. Declare la nulidad del acto administrativo impugnado por construirse sobre indicios y pruebas obtenidos por la INICCE y la CRPI en violación de la Constitución y de la ley en violación de los derechos constitucionales al debido proceso, la seguridad jurídica y a la defensa.

2. Declare la falta de aplicación del principio de primacía de la realidad por parte de la INICCE y la CRPI en el acto administrativo impugnado puesto que se han demostrado como es la verdadera estructura de funcionamiento de UNICON desde la perspectiva societaria, administrativa y financiera, esto es, independientemente de UNACEN Ecuador.



3. *Declare nulas las pruebas aportadas por la INICCE que fueron actuadas en violación de la Constitución y la Ley que fueron valoradas de forma inconstitucional e ilegal por la CRÍ en violación al debido proceso y la seguridad jurídica.*
4. *Declare la violación al derecho a la defensa de UNICON por la negativa ilegal del acceso a pruebas públicas y reservadas por la INCCE y la CRPI [...]"*

Pretensiones fundamentadas en los siguientes puntos básicos:

- i. Para la formación de la voluntad administrativa, no se ha respetado el precedente análogo que obra del expediente administrativo No. SCPM-CRPI-007-2019, el cual resolvió en torno al mercado relevante de hormigón;
- ii. Se encuentra mal determinado el mercado relevante y sus actores, lo cual ha causado un error en el HHI;
- iii. Falta de valoración de circunstancias atenuantes;
- iv. De forma subsidiaria:
  - a) Pruebas indebidamente obtenidas por parte de la INICCE;
  - b) La CRPI omitió valorar pruebas;
  - c) La estructura del operador económico UNION DE CONCRETERAS S.A.- UNICON- es independiente de UNACEM ECUADOR;
  - d) Violación del derecho a la defensa, por cuanto se limitó el acceso a datos esenciales usados para el cálculo de la multa.

#### **QUINTO.- CONSTANCIA PROCESAL.-**

**a) Dentro del expediente administrativo No. SCPM-CRPI-005-2020, se resaltan las siguientes actuaciones administrativas:**

- i. Memorando SCPM-IGT-INCC-2020-065 de 07 de febrero de 2020, mediante el cual el Intendente Nacional de Control de Concentraciones Económicas, remite el Informe No. SCPM-IGT-INCCE-2020-005;
- ii. Extracto no confidencial del Informe No. SCPM-IGT-INCCE-2020-005, de 06 de febrero de 2020;
- iii. Providencia de 18 de febrero de 2020 de las 12h40, mediante la cual la CRPI, avoca conocimiento y dispone trasladar el extracto no confidencial del Informe No. SCPM-IGT-INCCE-2020-005, al operador económico UNION DE CONCRETERAS S.A. - UNICON-, y conceder el término de 5 días para que ejerza su derecho de contradicción;



- iv. Escrito y anexos presentados por el abogado Pablo Lara, patrocinador del operador económico UNION DE CONCRETERAS S.A.- UNICON- presentado el 02 de marzo de 2020 a las 15h54 con ID. 158171, mediante el cual presenta sus argumentaciones respecto al extracto no confidencial del Informe No. SCPM-IGT-INCCE-2020-005;
- v. Providencia de 06 de julio de 2020 a las 13h00, mediante la cual la CRPI, requiere a la INICCE, “[...] confiera (...) copia certificada de la información provista por el operador económico ANGOS E HIJOS CONSTRUCCIONES CIA. LTDA., (...) que reposa en el expediente No. SCPM-ICC-009-2018. (...) confiera copia certificada de la información provista por el operador económico JC VALENZUELA CONSTRUCTORA CIA. LTDA., (...) que reposa en el expediente No. SCPM-ICC-009-2018. Información que es declarada confidencial con providencia de 10 de julio de 2020, a las 13h00, poniendo en conocimiento del operador económico UNION DE CONCRETERAS S.A.- UNICON- el extracto no confidencial;
- vi. Resolución de 13 de julio de 2020 a las 15h20, la CRPI dispone: “[...] **PRIMERO.- DECLARAR** la falta de notificación y la ejecución no autorizada de una operación de concentración económica por parte del operador económico **UNICON PERÚ**, al haber este último adquirido el 100% de las participaciones en **HORQUITO**; y la posterior celebración de contratos por parte de la entidad producto de dicha transacción, es decir, **UNICON ECUADOR.- SEGUNDO.- DECLARAR** al operador económico **UNICÓN PERÚ**, infractor de los artículos 15 y 16 de la LORCPM por la no notificación obligatoria de concentración económica.- **TERCERO.- IMPONER** al operador económico **UNICON PERU** la multa de **DOSCIENTOS VEINTE Y NUEVE MIL SEIS CIENTOS VEINTE Y SIETE 67/100 Dólares de los Estados Unidos de América (\$ 229.627,67 USD) [...]”**;
- vii. Auto Resolutorio de 15 de julio de 2020 a las 15h20, la CRPI dispone:

“[...] **PRIMERO.- SUBSANAR** y rectificar la Resolución de 13 de julio de 2020 en lo siguiente:

- En el párrafo 51 de la Resolución al citar el informe de la INCCE se menciona: (...) disminuyó a 2.054 puntos.” cuando lo correcto es disminuyó a 2.074 puntos.

- Por un “lapsus calami” en la resolución de 13 de julio de 2020 emitida por la CRPI, se incorporó mal el Índice de Herfindahl-Hirschman normalizado (HNi). Tomando en cuenta que el IHH correcto es de 1.776,6266, modificando a su vez el HNi a 0,09543.

Por lo tanto sustituir el párrafo que menciona: “Por lo expuesto, una vez aplicada la metodología con los parámetros establecidos anteriormente, la multa sería de **DOSCIENTOS VEINTE Y NUEVE MIL SEIS CIENTOS VEINTE Y SIETE 67/100 Dólares de los Estados Unidos de América (\$ 229.627,67**



USD)”, por el siguiente: Por lo expuesto, una vez aplicada la metodología con los parámetros establecidos anteriormente, la multa sería de DOS CIENTOS ONCE MIL TRES CIENTOS CUARENTA Y OCHO 02/100 Dólares de los Estados Unidos de América (\$ 211.348,02 USD). Sustituir el resuelve tercero por el siguiente:

**TERCERO.- IMPONER** al operador económico UNICON PERU la multa de DOS CIENTOS ONCE MIL TRES CIENTOS CUARENTA Y OCHO 02/100 Dólares de los Estados Unidos de América (\$ 211.348,02 USD), en aplicación del artículo 79 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y la Resolución 12 publicada en el Registro Oficial No. 887 de 22 de noviembre de 2016, mediante la cual se expidió la Metodología para la Determinación del Importe de Multas por Infracción a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

- Sustituir en el cuadro de factores de cálculo de la multa la participación al 0,2017.

**SEGUNDO.- CONCEDER** al operador económico UNION DE CONCRETERAS S.A., la metodología o base de cálculo para la determinación de la multa dentro del presente expediente conforme lo determinado en la parte motiva.

**TERCERO.- NEGAR** la base de cálculo con la cual se fijó la multa dentro del expediente SCPM-CRPI-007-2019, por cuanto corresponde a otro expediente ajeno a este [...]”;

- viii. Escrito presentado por el abogado Pablo Lara, patrocinador del operador económico UNIÓN DE CONCRETERAS S.A.- UNICON- presentado el 16 de julio de 2020 a las 15h54 con ID. 164749, mediante el cual plantea Recurso de Ampliación y Aclaración en base al COA, en el cual solicitó: “[...] 1. Se aclare por qué no se valoró las atenuantes expuestas dentro del presente escrito, en concordancia con la LORCPM y lo expuesto en el expediente SCPM-CRPI-007-2019. 2. Se rectifique los valores concernientes a al factor  $Y_i$ , pertenecientes a las atenuantes solicitadas. 3. Se rectifique la cantidad de operadores que operan en el mercado relevante. 4. Se rectifique la fórmula utilizada por vuestro despacho y se aplique la fórmula utilizada en el expediente SCPM-CRPI-007-2019. 5. Se rectifique la información utilizada para el cálculo de la multa conforme el HHI del operador económico responsable. 6. Se aclare el nombre de los operadores y los montos de ventas netas que se utilizaron para la obtención de los factores utilizados para el cálculo de la multa. 7. Remitirnos copia la base de cálculo (Excel) con la cual se fijó la multa dentro del expediente SCPM-CRPI-007-2019, al ser información pública. 8. Se aclare, amplíe y rectifique el valor de la multa impuesta a nuestra representada [...]”;
- ix. Auto Resolutorio de 21 de julio de 2020 a las 12h00, la CRPI dispone:



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

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

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

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

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

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

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

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

***DÉCIMO.- NEGAR** la solicitud de ampliación y rectificación del valor de la multa impuesta conforme la parte motiva de la presente resolución [...]”;*





- x. Recurso de Apelación y anexos presentados por el operador económico Unión de Concretaras S.A. –UNICON- de 18 de agosto de 2020, a las 16h16, con ID. 167611;
- xi. Providencia de 27 de agosto de 2020 a las 10h20, mediante la cual la CRPI dispone elevar el Recurso de Apelación presentado por el operador económico Unión de Concretaras S.A. –UNICON- al Superintendente de Control del Poder de Mercado;

**b) Dentro del expediente administrativo No. SCPM-DS-INJ-RA-008-2020, en el que se sustancia el presente expediente de apelación, consta:**

- i. Memorando SCPM-CRPI-2020-639 de 31 de agosto de 2020, suscrito electrónicamente por el abogado Omar Poma García, en calidad de Secretario Ad-Hoc de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, con sus respectivos anexos, memorando mediante el cual el Secretario ad-hoc manifiesta: *“Por medio del presente procedo a notificar a Usted, copia de la providencia emitida por la Comisión de providencia [Sic] de Primera Instancia. Además, anexo a la presente sírvese encontrar copia certificada del recurso de apelación y anexo presentado por el operador económico **UNIÓN DE CONCRETERAS S.A., el 18 de agosto de 2020.**”*; **b)** La providencia de 27 de agosto de 2020, de las 10h20 emitida electrónicamente por la Comisión de Resolución de Primera Instancia; y, **c)** El Recurso de Apelación y anexo presentados por el doctor David A. Sperber Vilhelm, quien manifiesta actuar en calidad de Apoderado Especial del operador económico **UNIÓN DE CONCRETERAS S.A. – UNICON-**, ingresados el 18 de agosto de 2020 a las 16h16 con el número de trámite ID 167611;
- ii. Providencia de 07 de septiembre de 2020 de las 13h00, suscrita por esta autoridad, mediante la cual se admite a trámite el Recurso de Apelación interpuesto por el operador económico **UNIÓN DE CONCRETERAS S.A. – UNICON-**;
- iii. Escrito suscrito electrónicamente por el doctor David Sperber Vilhelm, en calidad de Apoderado Especial del operador económico **UNIÓN DE CONCRETERAS S.A. –UNICON-**, ingresado mediante ventanilla virtual el 07 de septiembre de 2020 a las 16h51 y signado con el número de trámite ID 169628;
- iv. Providencia de 17 de septiembre de 2020, a las 13h10, mediante la cual se convoca al operador económico **UNIÓN DE CONCRETERAS S.A. –UNICON-**, a audiencia para el día viernes 02 de octubre de 2020 a las 10h30 en modalidad telemática;
- v. Providencia de 24 de septiembre de 2020, a las 12h20, mediante la cual se designó al economista Carl Pfistermeister Mora, Asesor de Despacho en calidad de especialista técnico dentro del presente expediente de apelación;



- vi. Audiencia pública de viernes 02 de octubre de 2020 a las 10h30 en modalidad telemática, llevada a cabo con los representantes del operador económico UNIÓN DE CONCRETERAS S.A. –UNICON- y los funcionarios de la SCPM;
- vii. Memorando SCPM-DS-2020-085, de 02 de octubre de 2020, mediante el cual el economista Carl Pfistermeister Mora, Asesor de Despacho, solicita: “[...] una extensión del plazo de presentación del informe referido por un término máximo de entrega de 5 días adicionales”. Prórroga concedida mediante providencia de 06 de octubre de 2020 a las 11h10;
- viii. Providencia de 21 de octubre de 2020 de las 15h30, mediante la cual se agregó al expediente y se puso en conocimiento del apelante el Informe No. SCPM- DS-020-2020 de 19 de octubre de 2020;
- ix. Providencia de 28 de octubre de 2020 a las 13h00, mediante la cual se agrega al expediente el escrito suscrito electrónicamente por el doctor David Aldo Sperber Vilhelm, en calidad de Apoderado Especial del operador económico UNIÓN DE CONCRETERAS S.A. –UNICON-, ingresados mediante ventanilla virtual el 26 de octubre de 2020 a las 15h36 signado con el número de trámite ID. 174601, y se dispone correr traslado con el escrito agregado al economista Carl Pfistermeister Mora, a fin de que en el término de dos se pronuncie respecto de respecto de, si la resolución emitida por la CRPI dentro del expediente administrativo No. SCPM-CRPI-005-2020, contiene el cálculo íntegro de la multa, esto es, si incluye el análisis de todas sus variables atinentes a ese objeto;
- x. Informe No. SCPM-DS-026-2020 de 29 de octubre de 2020 suscrito electrónicamente por el economista Carl Pfistermeister Mora.-

#### **SEXTO.- MARCO NORMATIVO APLICABLE.-**

Para el análisis del acto materia de la impugnación, es necesario considerar:

La **Constitución de la República del Ecuador** –CRE- reconoce los siguientes derechos y garantías: “[...] **Art. 75.-** *Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley*”; “**Art. 76.-** *En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. [...] 3. [...] Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. [...] 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza. 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: [...] l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la*



resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho [...]”m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos; “**Art. 82.-** El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”; “**Art. 173.-** Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”; “**Art. 226.-** Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley [...]”; “**Art. 304.-** La política comercial tendrá los siguientes objetivos: [...] 6. Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados”;

La **Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado –LORCPM-** manda: “**Art. 1.- Objeto.-** El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.”; “**Art. 3.- Primacía 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. La costumbre o la costumbre mercantil no podrán ser invocadas o aplicadas para exonerar o eximir las conductas contrarias a esta Ley o la responsabilidad del operador económico”; “**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 considerará las características de la superficie de venta, el conjunto de bienes que se oferta, el tipo de intermediación y la diferenciación con otros canales de distribución o venta del mismo producto.”; “Art. 14.- Operaciones de concentración económica.- A los efectos de esta ley se entiende por concentración económica al cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos, a través de la realización de actos tales como: a) La fusión entre empresas u operadores económicos. b) La transferencia de la totalidad de los efectos de un comerciante. c) La adquisición, directa o indirectamente, de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda que den cualquier tipo de derecho a ser convertidos en acciones o participaciones de capital o a tener cualquier tipo de influencia en las decisiones de la persona que los emita, cuando tal adquisición otorgue al adquirente el control de, o la influencia sustancial sobre la misma. d) La vinculación mediante administración común. e) Cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de un operador económico o le otorgue el control o influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de un operador económico”;* “Art. 15.- Control y regulación de concentración económica.- Las operaciones de concentración económica que estén obligadas a cumplir con el procedimiento de notificación previsto en esta sección serán examinadas, reguladas, controladas y, de ser el caso, intervenidas o sancionadas por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado [...]”; “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 [...] Las operaciones de concentración que requieran de autorización previa según los incisos precedentes, deberán ser notificadas para su examen previo, en el plazo de 8 días contados a partir de la fecha de la conclusión del acuerdo, bajo cualquiera de las modalidades descritas en el artículo 14 de esta Ley, ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.[...]”; “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”; “**Art. 67.- Recurso de Apelación o Jerárquico.-** Los actos administrativos emitidos en virtud de la aplicación de esta Ley podrán ser elevados al Superintendente de Control de Poder de Mercado mediante recurso de apelación, que se presentará ante éste. También serán susceptibles de recurso de apelación actos administrativos en los que se niegue el recurso ordinario y horizontal de reposición [...]”; “**Art. 78.- Infracciones.-** Las infracciones establecidas en la presente Ley se clasifican en leves, graves y muy graves [...] 3. Son infracciones muy graves: [...] c. La ejecución de actos o contratos efectuados por el operador económico resultante de una operación de concentración sujeta a control, antes de haber sido notificada a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado; o antes de que haya sido autorizada de conformidad con lo previsto en esta ley [...]”; “**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:[...] 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 [...]”; “**Art. 80.- Criterios para la determinación del importe de las sanciones.-** El importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios: a. La dimensión y características del mercado afectado por la infracción. b. La cuota de mercado del operador u operadores económicos responsables. c. El alcance de la infracción. d. La duración de la infracción. e. El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos. f. Los beneficios obtenidos como consecuencia de la infracción. g. Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en relación con cada una de las empresas u operadores económicos responsables”.

El **Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado** dispone; “**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. [...]”; “**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: a) 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. b) 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: [...] 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. [...] 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 [...]”; “**Art. 19.- Obligación de notificar.-** La notificación de una operación de concentración económica será realizada: [...] 2. Por el operador económico al que se le transferirá la totalidad de los efectos de un comerciante [...]”; “**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[...]*”; **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”.*

### **SÉPTIMO.- ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA PRETENSIÓN.-**

En tutela del numeral 23 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador, y las facultades constantes en el numeral 2 del artículo 44 de la LORCPM, corresponde a la máxima autoridad conocer y pronunciarse sobre las argumentaciones en las que el recurrente funda su pretensión impugnatoria. Como se ha detallado en líneas anteriores, las argumentaciones planteadas por el apelante se centran en:

#### **1.- No se ha respetado el precedente análogo emitido dentro del expediente administrativo No. SCPM-CRPI-007-2019, en el cual se resolvió en torno al mercado relevante de hormigón:**

A fin de analizar este fundamento impugnatorio, con el cual, en forma, el apelante sostiene yerros en la formación de la voluntad administrativa de la Comisión de Resolución de Primera Instancia para la emisión de los actos administrativos contradichos, ha de mencionarse:

La doctrina de los actos propios, cuyo fundamento legal parte del Derecho Civil, que erige la exigencia de la buena fe en el ejercicio de cualquier derecho, sostiene que los hechos que, exteriorizados por una parte, imponen la necesidad de que exista un comportamiento futuro coherente con los mismos. Precisamente porque, al exteriorizarlos, se ha generado confianza en que las cosas se harán en la misma medida. En suma, significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad, generalmente de carácter tácito y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio.

Conforme al principio *stare decisis*, al estar o seguir lo decidido, las decisiones precedentes sobre idénticas cuestiones deben ser seguidas por los juzgadores, por ello obligados a acatar o cumplir con los asuntos resueltos. Es una máxima general de que cuando un punto se ha resuelto mediante una decisión, que forma un precedente que no podrá dejar de aplicarse salvo que otras circunstancias modifiquen el statu quo, el dejar estar lo anteriormente decidido obliga a tener que argumentar sólidamente el cambio adoptado, por lo que la doctrina del *stare decisis* no impide volver a examinar y, si es necesario, invalidar las decisiones anteriores, con la dificultad de considerar una serie de factores, incluyendo la edad del precedente que se deja de seguir, la



naturaleza y el grado de confianza pública y privada en la que se apoya la variación, y su compatibilidad o incompatibilidad con otras normas legislativas.

Con esa base, cabe cuestionarse dentro de la sustanciación de este expediente administrativo de apelación, si la supuesta “inobservancia” del “precedente análogo” emitido dentro del expediente administrativo No. SCPM-CRPI-007-2019 para la formación de la voluntad administrativa dentro del expediente impugnado, contraviene un hecho propio, acarreado consigo -de alguna manera- destruir el efecto producido por la misma administración.

Se parte de dos premisas; por un lado, no existen hechos que previamente hayan creado una situación jurídica inalterable por la administración; y, por otro, la obligación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado es analizar –conforme señala el artículo 5 de la LORCPM- para cada caso las particularidades del objeto de investigación y sanción (mercado relevante). Ahora bien, téngase en cuenta que, ambas premisas nos llevan a una conclusión directa: La administración actúa dentro de actos propios al observar –con respeto a la seguridad jurídica- el marco normativo a la que está sometida, haciendo que, habiéndose cubierto (cumplido) los “parámetros-elementos” para la determinación de mercado relevante y cálculo de la multa, normados en la LORCPM y la Resolución 012, se haya actuado de manera coherente con sus actuaciones previas, dentro del marco jurídico.

A fin de sustentar (y responder) que la presunta “inobservancia” del “precedente análogo” no tuvo lugar, es oportuno señalar que, existen requisitos para la apreciación de actos propios, siendo –entre otros- los siguientes: **a)** Estar ante un acto susceptible de crear una situación jurídica: La doctrina de los actos propios, para ser relevante para el Derecho, debe referirse a situaciones jurídicas; esto es –para nuestros fines- de un acto administrativo que un vínculo de trascendencia legal entre la administración y el administrado. Lo que pretende protegerse es que, la confianza creada por la administración respecto a una situación, que la induce a obrar en un determinado sentido, no pueda pretender que aquella situación cambie; **b)** Que exista una contradicción entre un acto anterior y uno posterior: El elemento contradictorio es, probablemente, el núcleo de la doctrina analizada. Para que sea aplicable se hace necesaria la existencia de una contradicción entre la conducta anterior y la pretensión posterior; y, **c)** Que sea objetivamente valorable como exponente de una actitud definitiva: Es decir, para que pueda sostenerse la creación de una confianza jurídicamente protegible para el administrado, el acto administrativo debe ser unívoco e inequívoco; esto es, debe crear, definir, fijar, modificar, o extinguir, sin ninguna duda, una precisada situación jurídica afectando al administrado, ocasionando incompatibilidad entre la conducta precedente y la actual.

Con lo anterior, hay que ser enfáticos que cada procedimiento de investigación tiene sus particularidades, por lo que la actuación procesal se determina conforme las características individuales y propias del caso en análisis, circunstancia que de ninguna manera altera la aplicación del marco normativo vigente, en este sentido, tanto el expediente No. SCPM-CRPI-007-2019, como el expediente objeto de esta impugnación ha formado su voluntad, de manera





principal en base a la LORCPM, el Reglamento para aplicación a la Ley, y las Resoluciones de la Junta de Regulación.

Puntualícese en que no se debe olvidar que, conforme el artículo 47 de la LORCPM, los procesos de investigación son reservados excepto para las partes procesales, cuyo objetivo es proteger la información constante en ellos, ratificando la postura de que el camino a seguir para adoptar una decisión se rige en leyes previas, claras y vigentes, respetando el derecho a la seguridad jurídica de los usuarios.

Ratificando lo dicho, el Código Orgánico Administrativo –COA- en su artículo 22 añade:

*“Art. 22.- Principios de seguridad jurídica y confianza legítima. Las administraciones públicas actuarán bajo los criterios de certeza y previsibilidad. La actuación administrativa será respetuosa con las expectativas que razonablemente haya generado la propia administración pública en el pasado. La aplicación del principio de confianza legítima no impide que las administraciones puedan cambiar, de forma motivada, la política o el criterio que emplearán en el futuro [...]”*

Este mandato se vuelve a constreñir en el razonamiento anotado, la aplicación de la normativa vigente, lo cual impone un procedimiento a ser respetado y ciertos parámetros, jamás puede entenderse un modelo inamovible, sin que este establecido en la Ley.

Conforme ha sido tratado anteriormente, la administración se encuentra obligada a la observancia y cumplimiento del marco normativo correspondiente, respecto de sus competencias y facultades, si –con base a la seguridad jurídica- emite un acto administrativo que observa y cumple con los mandatos normativos, su actuación posterior debe encaminarse al mismo resultado. De manera que, revisados los actos administrativos impugnados, esta Autoridad no encuentra –por seguridad jurídica- una aplicación diferenciada por parte de la administración para la formación de su voluntad, encontrando que los actos administrativos responden a los parámetros normativos en los que se sustenta su voluntad. Los tres requisitos mencionados de manera previa, solo se cumplen respecto del enunciado en el literal a), no existiendo contradicción jurídica en la aplicación y observancia del marco jurídico normativo por parte de la administración, que sea refutable a una desconfianza por incompatibilidad, haciendo que, el deber de coherencia se haya cubierto y cumplido.

Sin perjuicio de lo indicado, con el fin de analizar la tesis expuesta en este punto por el apelante, en la cual argumenta:

*Factor D: duración de la Infracción: **La infracción es una sola y no constituye una infracción continuada.** El 2 de octubre de 2017 se ejecutó el primer contrato del comprador, es decir la fecha efectiva de ejecución de la concentración. Por lo tanto, el factor de duración de la infracción es de 1, ya que la conducta empezó y terminó el 2 de octubre de 2017.”<sup>1</sup>*

<sup>1</sup> Recurso de Apelación de UNICON, Pág. 17.



Así mismo, en las páginas 14 y 15 de su recurso, el apelante indica que “[l]a sanción de la CRPI dentro del expediente en mención SCPM-crpi-007-2019 corresponde a la ejecución de la siguiente formula:

La sanción de la CRPI dentro del expediente en mención SCPM-CRPI-007-2019 corresponde a la ejecución de la siguiente formula:

*“IMB = Volumen de Negocios Mercader Relevante Afectado \*  $\beta$*

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

Donde:

- Factor A: Corresponde al volumen de negocio del operador económico UNACEM S.A. dentro del mercado de producción de hormigón en la ciudad de Quito, cuyo monto asciende a USD \$ 13.898.704,49. El mismo se obtuvo de las ventas del operador económico investigado en el mercado relevante afectado.
- Factor B: Corresponde al factor sancionador compuesto por el factor proporcional a la gravedad de la infracción y el factor proporcional del tamaño del mercado relevante donde ocurrió la infracción:  
 $\beta = (a + \Theta) * \text{gravedad}$   
Factor proporcional de la gravedad de la infracción: Componentes de a:  
 $a = (\lambda) + \text{Cobertura Geográfica} + \text{Tipo de Infracción}$   
Cuota del mercado del operador económico responsable  $\lambda$ ): 21.44% o 0,2144

Av. Amazonas N35-55 y Juan Pablo Sanz. Edificio Antisana 1, Piso 9.  
Teléfono: (593-2) 603 - 4466  
Quito - Ecuador



14



Cobertura Geográfica local dado que la misma se dio únicamente en la ciudad de Quito y sus alrededores = 0,25

Tipo de Infracción: Muy grave = 0,12 La infracción es considerada muy grave ya que se perfeccionaron contratos luego del proceso de concentración no notificada, tipificada en el literal e) del numeral 3) del Artículo 78 de la LORCPM.

$a = 0,2144 + 0,25 + 0,12$

$a = 0,58$

Componentes de  $\Theta$

$\Theta$  = Dimensión del mercado afectado + Características del mercado afectado.

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

- Dimensión del mercado afectado = 0,40
- Características del mercado afectado (HHI normalizado) = 0,159583...
- Características del mercado afectado (HHI normalizado del operador denunciado) = 0,0436 ...

$\Theta = 0,40 + 0,159583...$

$\Theta = 0,559683 ...$

- Factor B:

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

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

$\beta = 0,00592354$

- Factor C

Factor C = Factor A \* Factor B

Factor C =  $13.611.284 * 0,005423945$

Factor C = 73.826.86

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

- Factor D = 1

Factor E = Factor C \* Factor D

Factor E = 164.659,09.

- Factor F: Circunstancias atenuantes y agravantes: (...)

Factor F = 0.75

Importe de la multa E\*F

IMP =  $123.494,32 * 0,75$

IMP = 123.494,32

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

Si hacemos atención a la transcripción del propio operador económico, claramente se puede evidenciar que en el Factor “D” consta:

*“[...] duración de la Infracción: La infracción se extendió desde el 13 de abril de 2016 y el 26 de marzo de 2018, es decir desde la concentración hasta la presentación del compromiso de cese, con una duración de 2 años. Por lo tanto, el factor de duración de la infracción es de 2.*

Factor D: **I** [...]” (las negrillas y el subrayado no son propias del texto)



Pero en el cuadro denominado “Resumen de Variables” en la columna de “Factor” en la fila correspondiente al denominado “D” consta:

D	Duración infracción	2
---	---------------------	---

Este hecho llama de sobremanera la atención, pues es uno de los puntos accidentados por el recurrente tanto en su escrito de recurso de apelación como en su escrito ingresado mediante ventanilla virtual el 26 de octubre de 2020 a las 15h36 signado con el número de trámite ID. 174601; por lo que se ha procedido a verificar en la página institucional de la SCPM la Resolución emitida el 21 de marzo de 2019, a las 09h00 dentro de expediente No. SCPM-CRPI-007-2019, en la cual se observa en el acápite NOVENO:1

**Factor C= 82329,55**

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

**Factor D= 2**

Factor E = Factor C \* Factor D

En este contexto, claramente se pueden identificar dos situaciones:

- Que el apelante, parte en su defensa y aseveraciones sobre la falta de aplicación de los mismos criterios aplicados en la resolución del expediente No. SCPM-CRPI-007-2019 de un error de tipeo de su propia autoría, pues en lugar de consignar el valor del factor “D” como 2 (como consta en la resolución 21 de marzo de 2019, a las 09h00 dentro de expediente No. SCPM-CRPI-007-2019), equívocamente consigna el valor de 1, y sobre este error continúa realizando su defensa inobservando este detalle importante.
- Conforme se citó el operador económico apelante, considera que no se aplican los mismos criterios considerados en la resolución del expediente No. SCPM-CRPI-007-2019, y afirma que la infracción cometida “[...] **es una sola y no constituye una infracción continuada. El 2 de octubre de 2017 se ejecutó el primer contrato del comprador, es decir la fecha efectiva de ejecución de la concentración. Por lo tanto, el factor de duración de la infracción es de 1, ya que la conducta empezó y terminó el 2 de octubre de 2017.**”; de la revisión de la Resolución emitida en el expediente No. SCPM-CRPI-007-2019 y la emitida en el expediente No. SCPM-CRPI-005-2020, se observa que el criterio o parámetro para la determinación del Factor “D” fue:
  - En la Resolución de 21 de marzo de 2019, a las 09h00 dentro de expediente No. SCPM-CRPI-007-2019:



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

- Y en las resoluciones impugnadas emitidas en el expediente SCPM-CRPI-005-2020, fue:

#### 11.2.4 Duración de la infracción

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

Es decir que dentro de la Resolución del expediente SCPM-CRPI-007-2019 y el expediente SCPM-CRPI-005-2020, se ha mantenido el mismo criterio para la determinación de la duración de la infracción, esto es desde la ejecución de la concentración no notificada hasta la fecha en la que la autoridad ha prevenido el conocimiento.

Por otro lado el operador económico apelante, respecto del Factor F “atenuantes”, considera que la CRPI no aplicó los mismos criterios o parámetros utilizados en el expediente SCPM-CRPI-007-2020, pues realiza el siguiente cuestionamiento: “*Se valoraron las mismas atenuantes que en el expediente SCPM-CRPI-007-2019 y en otros casos?*”

Sobre este punto cabe referir la Resolución de 21 de marzo de 2019 de las 09h00 dentro de expediente No. SCPM-CRPI-007-2019, que en su parte pertinente consta:

- Factor F: Circunstancias atenuantes y agravantes:
  - Circunstancias agravantes: No existen
  - Circunstancias atenuantes:
    - Realización que pongan fin a la infracción: Presentación del compromiso de cese.
    - Realización de actuaciones tendientes a reparar el daño causado: Disposición a pagar monto de subsanación y oferta de cumplimiento de medidas correctivas y complementarias dentro del compromiso de cese.
    - La colaboración activa y efectiva con la SCPM: Existió colaboración.
    - La no aplicación efectiva de la conducta prohibida no aplica en el presente caso, por lo que la CRPI resuelve considerar como atenuante la realización de un estudio de mercado completo en el que se demuestra que no existió daño al mercado.
  - De esta manera se concluye que existen cuatro atenuantes y ninguna circunstancia agravante.  
**Factor F = 0,75**

Ahora bien, en el expediente SCPM-CRPI-005-2020 consta:



### 11.2.3 Atenuantes

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

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

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

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

Av. de los Shyris N44-93 y Río Coca Edificio Ocaña  
Telf. (593) 23956 010  
www.scpm.gob.ec  
Quito-Ecuador

Página 46 de 50



[150] La CRPI conforme el artículo 82<sup>41</sup> de la LORCPM, para calcular el importe total de las sanciones, deberá establecer la existencia de las circunstancias atenuantes. Según se observa del expediente, se tiene constancia de lo siguiente:

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

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

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

Conforme se puede claramente observar, existe una marcada diferencia entre las atenuantes consideradas en los dos expedientes, por lo cual se analiza:

- **Sobre la presentación de un compromiso de cese:**

- En el expediente No. SCPM-CRPI-007-2019, existió la presentación de un compromiso de cese.
- En el expediente No. SCPM-CRPI-005-2020, no se observa la presentación de un compromiso de cese, sin embargo el argumento del apelante es que tenía la intención de presentar un compromiso de cese, adicionalmente considera que son situaciones similares la presentación de un compromiso de cese y la, llamada, "*notificación tardía de una operación de concentración*"<sup>2</sup>, al respecto es importante indicar que la

<sup>2</sup>Recurso de Apelación de UNICON, Pág. 27.



Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado no contempla la figura de “notificación tardía”, lo que si establece es la obligación de la “notificación obligatoria” que debe ser **previa** a la operación de concentración económica, así como que la falta de notificación y ejecución no autorizada de una operación de concentración económica constituye una infracción a la LORCPM. Finalmente, existe una marcada diferencia entre un compromiso de cese y la, llamada, “*notificación tardía de una operación de concentración*”, pues en el compromiso de cese existe el “reconocimiento de los hechos”<sup>3</sup>, en cambio en la llamada, “*notificación tardía de una operación de concentración*” no cabe el reconocimiento de responsabilidad alguna, tanto es así que en su escrito de recurso de apelación indica que la falta de notificación es una supuesta conducta ilegal.

- **Sobre la disposición de pagar el monto de subsanación y oferta de cumplimiento de medidas correctivas y complementarias dentro del compromiso de cese:**
  - En el expediente No. SCPM-CRPI-007-2019, como ya se indicó, existió la efectiva presentación de un compromiso de cese, y dentro del mismo el acuerdo de pagar el importe de subsanación y el cumplimiento de las medidas que la autoridad impusiere.
  - En el expediente No. SCPM-CRPI-005-2020, no consta la presentación de un compromiso de cese, por lo tanto no se observa que haya existido el compromiso de cancelar el pago de la sanción que correspondiere; sin embargo el argumento del apelante es que “[...] nunca se ha mostrado contraria a realizar el pago de la multa [...]”. En este sentido existe una marcada diferencia entre una intensión expresa positiva de voluntad, frente al argumento de que no se ha mostrado contraria a cancelar la multa, ya que el cumplimiento de la sanción es una obligación.

En suma, de la revisión de la Resolución emitida dentro del expediente administrativo No. SCPM-CRPI-007-2019 y las emitidas en el expediente No. SCPM-CRPI-005-2020, no se observa que la CRPI se haya apartado de los criterios técnicos; observándose que la variación de la valoración de las atenuantes, es perfectamente viable, conforme al artículo 22 del Código Orgánico Administrativo, pues el acto impugnado en esta causa, presenta una suficiente y adecuada motivación para el efecto.

## **2.- Se encuentra mal determinado el mercado relevante y sus actores, lo cual ha causado un error en el HHI.**

A fin de analizar este punto, y al ser un tema eminentemente técnico, esta autoridad considera importante referir lo manifestado por la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas, argumento acogido por la CRPI y confrontado con el análisis técnico en la presente causa:

---

<sup>3</sup> LORCPM, artículo 90 numeral 1



**2.1.** En cuanto al mercado relevante y partiendo de la consideración que la Comisión de Resolución de Primera Instancia impuso la sanción observando:

*“[...] [131] La infracción consiste en no haber notificado UNICON PERU la concentración con el operador económico HORQUITO. No obstante, es necesario aclarar que la infracción se la realiza dentro de un mercado relevante que debe ser considerado, descrito, definido y determinado independientemente de los daños que se pudieron ocasionar; por tanto, sólo se realizó en el mercado relevante de producción y comercialización de hormigón premezclado en Quito y sus alrededores, ya que UNICON PERU y HORQUITO únicamente operan en ese mercado relevante”; y respecto del HHI, la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas, en su informe señaló:*

*“[...] 142. El hormigón premezclado al ser un producto perecedero debe ser transportado de manera inmediata al lugar donde será utilizado, puesto que con el paso del tiempo el producto pierde sus cualidades y características que disminuyen su calidad óptima. Al respecto, anotamos que su deterioro puede solucionarse, en ciertos casos, con la aplicación de aditivos, para que la mezcla tenga mayor duración; sin embargo, tales aditamentos no aumentan de manera considerable el tiempo de duración.*

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

*144. El área dentro de estas distancias máximas, delimitadas por el tiempo de entrega, para que el producto llegue en óptimas condiciones, es donde realmente compiten las empresas que ofertan hormigón. Por ese motivo, los participantes de este mercado intentan ubicarse cerca de los principales centros poblados y/o cerca de donde existe alta demanda de proyectos inmobiliarios públicos y privados, con el propósito de aumentar su oferta.*

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

*146. Por tanto, es preciso identificar la localización de las plantas del operador económico, al momento de la transacción analizada, a fin de definir su área de influencia [...]”*





**2.2** Dentro del expediente de investigación, el 07 de octubre de 2019, el operador económico UNION DE CONCRETERAS S.A.- UNICON-, presentó un escrito dentro del expediente SCPM-IGT-INCCE-006-2019, signado con ID. 146937, en el que anexó información mediante la cual, ante el cuestionamiento de la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas sobre el señalamiento de la distancia máxima de entrega de hormigón premezclado, sostiene que esa distancia máxima es de 25 kilómetros; afirmación congruente con el Informe No. SCPM-IGT-INCCE-2020-005, pues una determinación de ámbito geográfico de 25 kilómetros está dentro del intervalo 15 a 40 kilómetros (valores mínimos y máximos de los argumentos presentados en cuanto a precedentes de hormigón en casos de derecho de competencia), razón por la cual no resulta adecuado ampliar el ámbito geográfico de la definición de mercado relevante, por tanto, el cálculo de la variable HHI, asociada con el índice Herfindahl-Hirschman señalado por la CRPI en la Resolución de 15 de julio de 2020 es correcto.

**2.3. Mercado relevante, determinación.-** Conforme lo dispuesto, el economista Carl Pfistermeister Mora en calidad de especialista técnico, respecto al mercado relevante ha manifestado:

- **Informe No. SCPM-DS-020-2020 de 19 de octubre de 2020.**

*“[...] Presento este documento, en el que recrearé los cálculos hechos por la Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante CRPI) en cuanto a la metodología para el cálculo de determinación de la multa, y a la de determinación del puntaje del Herfindahl-Hirschman Index.*

*[...]*

*De acuerdo con la metodología de cálculo exhibida en la Providencia de 15 de julio de 2020, dentro del expediente SCPM-CRPI-005-2020.*

*[...]*

*Al sustituir los valores de las variables dentro de las ecuaciones señaladas, se obtiene un cálculo que asciende a 211347,9254.*

*Acerca del cálculo del Herfindahl-Hirschman Index, se empleó la metodología:*

*$HHI = \sum_{i=1}^n S_i^2$  ; donde*

*S corresponde a la participación de mercado de cada integrante del mercado.*

*Al introducir los valores del gráfico número 11 de la versión confidencial del Informe SCPMIGT-INCCE-2020-005, se obtuvo como resultado un puntaje de 1776.62*

*III Conclusiones:*

*Una vez recreados los cálculos constantes en la Providencia referida, se ha comprobado que los resultados de aquéllos han reportado valores prácticamente idénticos a los contenidos en la dicha Providencia [...]*”



- **Informe N° SCPM-DS-026-2020 de 29 de octubre de 2020.**

*“[...] II Desarrollo: Antes de entrar en materia, debo alertar sobre una imprecisión de forma constante en el informe SCPM-DS-020-2020, la ecuación:*

$$IMT=VNMRRIT* \{(\lambda_i+[(\phi N *1)]+[(\tau Ig*0,1)] + \theta_i) *[(SIG* v)]\} *d_i*\gamma_i$$

*En realidad es:*

$$IMT=VNMRRIT*\{(\lambda_i+[(\phi L *1)]+[(\tau IMG*0,12)] + \theta_i)*[(SIG* \omega)]\}*d_i*\gamma_i$$

*Igualmente debo señalar que pese a esta imprecisión de forma, las conclusiones alcanzadas en el informe referido se mantienen, ya que los cálculos fueron hechos con la última de las ecuaciones presentadas supra.*

*Sobre las variables indico lo siguiente:*

*El análisis de la variable:  $d_i$  , está contenido en el párrafo 153 de la Resolución de 13 de julio de 2020, de las 15:20 (en adelante: primera Resolución).*

*El análisis de la variable:  $\eta_i$  , está contenido en los párrafos 155 a 156 de la primera Resolución.*

*La variable  $n$ , está señalada en la sección 11.3 de la primera Resolución, en concordancia con el Informe SCPM-IGT-INCCE-2020-005.*

*Los análisis de las variables:  $\tau IMG$  y  $SIMG$ , están plasmados en el párrafo 67 de la primera Resolución.*

*El análisis de la variable:  $\phi L$  , está contenido en los párrafos 108 a 115 de la primera Resolución.*

*El señalamiento de las variables  $HNi$  y  $HHi$  reside en los párrafos 21 y 33 de la Resolución de 15 de julio de las 13:00 (en adelante: segunda Resolución), en concordancia con el Informe SCPM-IGT-INCCE-2020-005.0*

*El análisis de la variable:  $\gamma_i$  , está contenido en los párrafos 151 a 152 de la primera Resolución y en el párrafo 85 de la Resolución de 21 de julio de las 12:00.*

*El análisis de la variable:  $\lambda_i$  , radica en el párrafo 33 de la segunda Resolución.*

*El análisis de la variable:  $VNMRRIT$ , está dentro en el párrafo 156 de la primera Resolución. [...]”*

Entonces, respecto al índice Herfindahl-Hirschman (HHI) y al presunto error alegado por el apelante, se debe considerar que, la naturaleza de la metodología de cálculo del HHI es puramente de mercado, razón por la que este índice es conocido por sus análisis de concentración de mercado, de ningún modo supone ser una medida de carácter individual, ahondando en el análisis,

el cálculo del HHI normalizado y por tanto del HHI, obedece en la metodología de cálculo vigente a la características del mercado afectado, en relación directa con el literal a del artículo 80 de la LORCPM.

El marco normativo vigente, específicamente a la Resolución 012 de la Junta de Regulación, documento que contiene la metodología de cálculo de Multas, es de aplicación obligatoria para la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, y vuelve obligatorio el cálculo del HHI normalizado, que a su vez depende del cálculo del índice Herfindahl-Hirschman (HHI).

Aquella alegación de supuesta desproporción en la que se emplea información que no le pertenece al operador económico sancionado, para el cálculo de la multa, al no tomar en cuenta únicamente la “cuota del operador (...) económico responsable”, queda subsanada al incluir en el cálculo, tal como la Resolución 012 manda, la cuota de mercado del operador económico responsable (parámetro  $\lambda_i$ ), tal como consta en el Resolución de 15 de julio de 2020 de las 13h00, la CRPI, en cumplimiento directo con el literal b del artículo 80 de la LORCPM.

### **3. Falta de valoración de atenuantes.**

Sin perjuicio de lo analizado anteriormente, se considera oportuno señalar que la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, respecto a la valoración de atenuantes dispone:

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

- a. La realización de actuaciones que pongan fin a la infracción.*
- b. La no aplicación efectiva de las conductas prohibidas.*
- c. La realización de actuaciones tendientes a reparar el daño causado.”*

El operador económico UNION DE CONCRETERAS S.A.- UNICON- señala que no se han valorado las atenuantes presentadas por este, ni por el órgano de investigación, ni por el de resolución, por lo que es preciso revisar lo argumentado por el apelante, la INICCE y la CRPI:

**3.1.** El apelante ha argüido en el libelo de recurso de apelación, la falta de valoración de atenuantes, estableciendo que la CRPI al referir “*Que existen atenuantes y que no existen agravantes...*”, habría más de una, indica el operador económico UNIÓN DE CONCRETERAS S.A. –UNICON-:

*“La aprobación de notificación económica de UCUE por la adquisición de bienes de MEZCLALISTA y CYMCA:*

*La presentación de un informe económico del mercado relevante; La predisposición de colaborar con la SCPM;*

*La realización de actuaciones que pongan fin a la infracción;*

*La predisposición de presentar un compromiso de cese y considerado por la INCCE”*



**3.2.** La Comisión de Resolución de Primera Instancia, en su acto administrativo de 13 de junio de 2020, motivó su decisión a este respecto de la siguiente forma:

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

En razón de la aclaración solicitada por el operador económico UNION DE CONCRETERAS S.A.- UNICON- y atendida en el acto administrativo de 21 de julio de 2020, el órgano de resolución fundamento:

*“2.1.1 La realización de actuaciones que pongan fin a la infracción [...] El hecho de presentar la notificación de operación de concentración en sí mismo no constituye atenuante, ya que no frena los efectos que produjo la concentración, puesto que esta notificación fue negada por haberse iniciado el procedimiento de investigación [...]”*

Afirmación con la que esta autoridad concuerda, pues la infracción se cometió y lo que se pretendía era adecuar la conducta a la norma, lo cual no obsta a la sanción por la falta.

*“[...] 2.1.2 La no aplicación efectiva de las conductas prohibidas [...] [16] La conducta imputada es “La ejecución de actos o contratos efectuados por el operador económico resultante de una operación de concentración sujeta a control, antes de haber sido notificada a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado; o antes de que haya sido autorizada de conformidad con lo previsto en esta ley.” Determinada en el literal c) del numeral 3 del artículo 78 de la LORCPM.*

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

Como ha referido el órgano de resolución, la conducta tipificada en la norma, e imputada al operador económico UNION DE CONCRETERAS S.A.- UNICON-, se verificó con la celebración del contrato para la provisión de hormigón premezclado, el 02 de octubre de 2020; por lo que la atenuante alegada no existe.

*“[...] 2.1.3 La realización de actuaciones tendientes a reparar el daño causado [...] [19] El operador económico no ha presentado sustento fáctico de actos para reparar el daño causado, únicamente supuestos [...]”*

La afirmación de la Comisión de Resolución de Primera Instancia es correcta en mérito a la constancia procesal, pues de autos no existen elementos que ratifiquen o comprueben esta aseveración.

*“[...] 2.1.4 La colaboración activa y efectiva con la Superintendencia de Control del Poder de Mercado [...] [44] Queda completo y claro que la información presentada por el operador económico UNICON es suficiente y únicamente sirvió para establecer como atenuante la colaboración activa y efectiva con la Superintendencia de Control del Poder de Mercado llevada a cabo fuera de los supuestos de exención y de reducción del importe de la multa regulados en los artículos 83 y 84 de la LORCPM en apego a lo determinado*



*en el literal d) del artículo 8211 de la LORCPM, por cuanto, el operador económico UNICON no solo se limitó a presentar la información solicitada por la INCCE, sino también remitió información adicional a su alcance y relevante para el correcto desenvolvimiento de la investigación realizada por la INCCE, y posterior resolución por parte de la CRPI [...]*”

Del texto transcrito y de las líneas precedentes se evidencia que toda la información aportada constituye en la colaboración efectiva con la Superintendencia de Control el Poder de Mercado, atenuante debidamente valorada por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, para el cálculo de la multa; de lo cual no se debe pretender inferir que cada documento aportado sea contabilizado como una atenuante, pues nos referimos al tipo de atenuante y no a su número de participaciones.

#### **4.- De forma subsidiaria:**

**4.1.- Pruebas indebidamente obtenidas por parte de la INICCE:** Señala el apelante que el órgano de investigación no ha valorado la totalidad de las pruebas aportadas por este, empero de lo expuesto por el requirente, esta autoridad observa en el informe puesto en conocimiento de la CRPI, en la Sección 9 “Análisis de Alegatos presentados por UNICON PERU”, se desvirtúa cada una de las argumentaciones del solicitante, comprobándose de manera fehaciente la vinculación.

Es importante señalar que la norma no prevé una etapa de prueba como tal, por lo que en el expediente lo que se ha realizado es recabar información a los participantes del mercado, en su mayoría la del propio operador económico UNION DE CONCRETERAS S.A.- UNICON-, utilizando además información pública, por lo que mal se puede pretender alegar la ilegalidad de los documentos, sin que por esto se olvide la posibilidad de acceso al expediente, en su parte reservada.

**4.2.- La CRPI omitió valorar pruebas:** Como se ha manifestado en líneas anteriores, la naturaleza del procedimiento de investigación de operaciones de concentraciones no notificadas, no establece la apertura de un término probatorio, que de ser el caso debería tener etapa de contradicción; del expediente reposa documentación pública de la cual no procede contradicción, similares a la información remitida por el mismo apelante en este recurso.

Adicional a ello es imperante recordar que la valoración de los elementos aportados en un procedimiento debe realizarse de manera conjunta, en este sentido la CRPI valora los elementos constantes en el expediente, con los cuales funda su decisión, así se evidencia esta estimación a partir del numeral 7 del acto administrativo de 13 de julio de 2020.

Es preciso anotar que la decisión debe contener los elementos que ayudan a arribar al juzgador a la toma de la decisión; entonces en conjunto los elementos constantes en el expediente de investigación han sido contrastados por la misma intendencia y valorados por la Comisión de Resolución de Primera Instancia aquellos conducentes y pertinentes al caso motivo de análisis.



A este respecto el Código Orgánico Administrativo, y para una adecuada motivación del acto administrativo dispone:

*“Art. 100.- Motivación del acto administrativo. En la motivación del acto administrativo se observará:*

*1. El señalamiento de la norma jurídica o principios jurídicos aplicables y la determinación de su alcance.*

***2. La calificación de los hechos relevantes** para la adopción de la decisión, sobre la base de la evidencia que conste en el expediente administrativo.*

*3. La explicación de la pertinencia del régimen jurídico invocado en relación con los hechos determinados.*

*Se puede hacer remisión a otros documentos, siempre que la referencia se incorpore al texto del acto administrativo y conste en el expediente al que haya tenido acceso la persona interesada.*

*Si la decisión que contiene el acto administrativo no se deriva del procedimiento o no se desprende lógicamente de los fundamentos expuestos, se entenderá que no ha sido motivado.” (Resaltado fuera del texto original)*

Por tanto, y de la revisión del expediente de la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas y del de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, se evidencia que cada unidad administrativa ha valorado oportunamente los elementos aportados.

**4.3. La estructura del operador económico UNION DE CONCRETERAS S.A.- UNICON- es independiente de UNACEM ECUADOR:** La alegación del apelante en este punto, radica en la existencia de independencia del operador económico UNION DE CONCRETERAS S.A.- UNICON- respecto de UNACEM ECUADOR, en razón de su estructura de funcionamiento, desde las perspectivas societaria, administrativa y financiera, a este respecto la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas ha desarrollado en su Informe SCPM-IGT-INCCE-2020-005, una exposición de elementos perfectamente clara y completa, que no deja lugar a dudas, elementos recogido en el acto administrativo impugnado de 13 de julio de 2020, a saber:

*“[...] [65] Sin embargo de lo expuesto, el operador económico involucrado no desvirtuó el fondo sobre la interdependencia propietaria entre UNACEM PERU con UNICON PERU y UCUE, mediante una estructura piramidal de grupo de empresas relacionadas DONDE UNACEM PERU actúa como matriz de dicho grupo [...]”*

**4.4.- Violación del derecho a la defensa, por cuanto se limitó el acceso a datos esenciales usados para el cálculo de la multa:** El apelante refiere la existencia de su derecho a la defensa en razón de no haber tenido acceso a los elementos valorados para el cálculo de la multa, mismos que de autos se desprende han sido declarados confidenciales, por lo que es pertinente revisar la normativa aplicable respecto a la información confidencial:

El artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador dice:



*“[...] En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: [...] 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: [...] d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento; e) **Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley.** [...]”*

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado exige el cumplimiento de deber de secreto y reserva de la información, estableciendo en el artículo 47 lo que sigue:

*“Quienes tomaren parte en la realización de investigaciones o en la tramitación de procedimientos o expedientes previstos en esta Ley o conocieren tales expedientes por razón de su cargo, labor o profesión, **están obligados a guardar confidencialidad, reserva y secreto sobre los hechos de que hubieren tenido conocimiento a través de ellos, en aplicación de las normas de este capítulo.***

*La obligación de confidencialidad y secreto se extiende a toda persona que en razón del ejercicio de su profesión, especialidad u oficio, aun cuando no formare parte de la Superintendencia, llegare a conocer de información contenida en los expedientes, investigaciones y denuncias fundadas en las disposiciones de la presente Ley y en las leyes y reglamentos de la materia.*

*Sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales, que pudieren corresponder a los infractores del deber de sigilo, confidencialidad o secreto, la violación de este deber se considerará como causal de destitución.*

***Sólo podrán informar sobre aquellos hechos o circunstancias a los Jueces, Tribunales y Órganos competentes de la Función Judicial y sólo por disposición expresa de juez o de los jueces que conocieren un caso específico, Función que mantendrá la confidencialidad de la información**”.* (Resaltado fuera del texto original)

El Reglamento para la aplicación a la LORCPM, establece:

*“Art. 3.- Confidencialidad de la información.- La información y documentos que haya obtenido la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en la realización de sus investigaciones podrán ser calificados de reservados o confidenciales, de oficio o a solicitud de parte interesada. La Superintendencia establecerá el instructivo para su tratamiento en el marco de la Constitución y la ley”*

Entonces es claro que la normativa constitucional, legal y reglamentaria faculta la declaratoria de confidencialidad, en consecuencia no existe vulneración del derecho, mucho más cuando, a cada momento se ha puesto del hoy apelante un extracto de libre disponibilidad, en los cuales básicamente se han restringido datos de sus competidores.

En razón de los elementos fácticos y legales, se ha analizado cada una de las premisas expuestas por el operador económico UNION DE CONCRETERAS S.A.- UNICON-, obteniendo un



panorama claro respecto de los hechos evidenciados en el proceso de investigación como en el de sanción, que son de conocimiento del apelante, en su parte reservada y los extractos en la parte confidencial.-

#### **OCTAVO.- CONSIDERACIONES ADICIONALES:**

Existen circunstancias que llaman la atención a esta autoridad, las cuales se exponen a continuación:

- Conforme se analizó anteriormente, el apelante en su Recurso de Apelación, expuso de manera correcta que, dentro del expediente SCPM-CRPI-007-2019, el factor de duración de la infracción era de 2; sin embargo en el escrito presentado el 26 de octubre de 2020, con ID. 174601, en referencia al mismo factor de duración de la infracción, hace constar que en la Resolución emitida en el año 2019, la CRPI habría referido un factor de 1, hecho contradictorio a la realidad procesal.
- De igual forma, en el Recurso de Apelación se señala:

*“... es un producto perecedero que debe transportarse en contenedores especiales calentados para evitar que fragüe antes de que pueda entregarse y colocarse. En consecuencia, la Comisión ha considerado un mercado geográfico en un radio de 25-100 km desde la planta de asfalto. Tanto las partes como la oficina opinan también que el mercado geográfico es local.” (SIC) Además, “en casos anteriores, la Comisión afirmó que no existen razones de peso para distinguir entre esos diferentes tipos de agregados primarios, la elección de los agregados se deriva principalmente de la distancia desde el punto de uso más que del tipo de material [...]*

*En cuanto al hormigón premezclado, la Comisión constató en casos anteriores que el mercado geográfico es local, determinado por un radio de aproximadamente 25 a 40 kilómetros alrededor del sitio de producción [...]*

*En lo que se refiere al hormigón preparado, decisiones previas de la Comisión han sugerido un ámbito geográfico de unos 15-40 kilómetros a partir de una planta de hormigón. (...)*”

Sin embargo dentro del expediente de investigación y como ha sido referido en el Informe SCPM-IGT-INCCE-2020-005, el 07 de octubre de 2019, el operador económico UNION DE CONCRETERAS S.A.- UNICON-, presentó un escrito dentro del expediente SCPM-IGT-INCCE-006-2019, signado con ID. 146937, en mencionado anexó información mediante la cual, ante el cuestionamiento de la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas sobre el señalamiento de la distancia máxima de entrega de hormigón premezclado, sostiene que esa distancia máxima es de 25 kilómetros.

De lo anotado, se evidencia una variación en su argumentación, lo cual podría devenir en una errada valoración de los argumentos por parte de la autoridad al momento de tomar su decisión y





afectar los principios de buena fe y lealtad procesal que las partes procesales deben observar en cada una de sus actuaciones<sup>4</sup>.-

#### **NOVENO.- RESOLUCIÓN.-**

Por las consideraciones expuestas, amparado en las disposiciones establecidas en los artículos 75, 76 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador, artículo 44, numeral 2, y el artículo 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad, **RESUELVE: NEGAR** el Recurso de Apelación presentado por el doctor David A. Sperber Vilhelm, en calidad de Apoderado Especial del operador económico UNION DE CONCRETERAS S.A.- UNICON- en contra de las Resoluciones de 13 de julio de 2020 de las 15h20, de 15 de julio de 2020 de las 13h00 y de 21 de julio de 2020 de las 12h00, emitidas por la Comisión de Resolución de Primera Instancia dentro del Expediente No. SCPM-CRPI-005-2020; en consecuencia se ratifican las mismas.-

#### **DÉCIMO.- NOTIFICACIONES.-**

De conformidad con el segundo inciso del artículo 164 del Código Orgánico Administrativo en concordancia con el artículo 66 del Código Orgánico General de Procesos, y con la Disposición General Segunda de la Resolución SCPM-DS-2020-026 de 03 de julio de 2020, que determina: *“Para notificaciones se priorizará el uso de los correos electrónicos señalados por los operadores económicos. Los órganos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, instarán a los operadores económicos y a los ciudadanos en general a señalar correos electrónicos para notificaciones”*, puesto que esta autoridad mediante Resolución No. SCPM-DS-2020-13 de 13 de marzo de 2020 ha resuelto: *“(...) Adoptar y autorizar la implementación del teletrabajo emergente en la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (...)”*; y, en virtud que el peligro de contagio de COVID 19 es latente, con el objeto de evitar riesgos en la salud de las personas que intervienen en la tramitación de este expediente administrativo, notifíquese con la presente providencia: **a)** Al operador económico UNION DE CONCRETERAS S.A.- UNICON-, en los correos electrónicos [dsperber@antitrust.ec](mailto:dsperber@antitrust.ec) y [plara@antitrust.ec](mailto:plara@antitrust.ec) **b)** A la Comisión de Resolución de Primera Instancia.-

**DÉCIMO PRIMERO.-** Continúe actuando la doctora Naraya Tobar en calidad de Secretaria de Sustanciación dentro del presente expediente administrativo.- **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-**

Dr. Danilo Sylva Pazmiño  
**SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO**

---

<sup>4</sup> COA.- **“Art. 21.-** Principio de ética y probidad. Los servidores públicos, así como las personas que se relacionan con las administraciones públicas, actuarán con rectitud, lealtad y honestidad [...]”



Superintendencia  
de Control del  
Poder de Mercado

Dra. Naraya Tobar  
**SECRETARIA AD-HOC**