



EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-007-2020

**SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.-
COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.-** D.M. Quito, 4 de
septiembre de 2020 a las 12h40.-

Comisionado sustanciador: Marcelo Vargas Mendoza

VISTOS

- [1] La Resolución No. SCPM-DS-2019-040 mediante la cual el Superintendente de Control del Poder de Mercado (en adelante “SCPM”) designó al Mgs. Marcelo Vargas Mendoza Presidente de la Comisión, al Mgs. Jaime Lara Izurieta Comisionado, y al Mgs. José Cartagena Pozo Comisionado.
- [2] Las acciones de personal Nos. SCPM-INAF-DNATH-300-2019-A, SCPM-INAF-DNATH-299-2019 -A y SCPM-INAF-DNATH-295-2019-A, correspondientes al Mgs. Marcelo Vargas Mendoza Presidente de la Comisión, al Mgs. Jaime Lara Izurieta Comisionado, y al Mgs. José Cartagena Pozo Comisionado, respectivamente.
- [3] El acta de la sesión extraordinaria del pleno de la Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante “CRPI”) de 5 de junio de 2020, mediante la cual se dejó constancia de la designación del abogado Omar Poma como secretario Ad-hoc de la CRPI.

1. AUTORIDAD COMPETENTE

- [4] La Comisión de Resolución de Primera Instancia es competente para autorizar, denegar o subordinar la operación de concentración económica, previo el cumplimiento de los requisitos normativos, conforme lo señalado en el artículo 21 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante “LORCPM”), en concordancia con lo determinado el artículo 36 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM.

2. IDENTIFICACIÓN DE LA CLASE DE PROCEDIMIENTO

- [5] El procedimiento se encuentra determinado en la Sección Primera del Capítulo III del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM.

3. IDENTIFICACIÓN DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS INVOLUCRADOS

3.1. Operador económico adquirente y empresas vinculadas al mismo.



3.1.1. UNACEM ECUADOR S. A. (en adelante “UNACEM”). (adquirente en forma directa de las participaciones y notificante de la concentración económica).

- [6] Compañía ecuatoriana identificada con RUC No. 1790236862001, cuyo objeto social consiste en actividades de industrialización del cemento y sus derivados, así como ramas de actividad relacionadas (con participación de control en su capital social).¹
- [7] UNACEM produce y comercializa² cemento bajo las marcas: “Selvalegre”, “Campeón”, “Armadero”, “Gladiador”, “Techcem”, “Magno HE” y “Cemento HS”, a través de su planta central de producción en Imbabura, Ecuador.³
- [8] La participación accionaria de UNACEM está compuesta por 636 accionistas, así:

Tabla 1. Participación accionaria UNACEM ECUADOR S. A.

Accionistas	Porcentaje de participación
INVERSIONES IMBABURA S.A.	98.89%
CONGREGACION EDUCACIONAL DEL VERBO DIVINO EN EL ECUADOR	0,21%
CONSEJO GUBERNATIVO DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE EDUCACION Y DE ESEÑANZA HERMANOS CRISTIANOS ECUADOR	0,09%
ACCIONISTAS CON PARTICIPACIÓN INFERIOR AL 0,04% (633)	0,80%
TOTAL	100%

Fuente: Página web Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.⁴

- [9] La mayor accionista de UNACEM es INVERSIONES IMBABURA S.A., que posee el 98.89 del capital accionario.

¹ Sistema Portal de Información Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros https://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta_cia_menu.zul?expediente=1814&tipo=1. Consultado el 20 de agosto de 2020.

² Informe SCPM-IGT-INCCE-2020-007, 05 de marzo de 2020.

³ Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. <https://appscvsmovil.supercias.gob.ec/consultaImagen/VisualizaDocumetos.zul?tipoDocumento=juridica&expediente=1814&codigoResolucion=12015005666&idDocumento=2.2.1&fecha=2015-02-06%2000:00:00.0>. Consultado el 20 de agosto de 2020

⁴ Cambió de denominación de LAFARGE CEMENTOS S.A. a UNACEM ECUADOR S.A. Ver Sistema Portal de Información Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. https://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta_cia_menu.zul?expediente=1814&tipo=1. Consultado el 20 de agosto de 2020.



3.1.1.1. INVERSIONES IMBABURA S.A. (en adelante “INVERSIONES IMBABURA”).

- [10] Empresa domiciliada en Perú, registrada como inversionista extranjero con código SE-Q-00004360 de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros (en adelante “SCVS”).⁵
- [11] **INVERSIONES IMBABURA** es subsidiaria del grupo económico peruano **UNIÓN ANDINA DE CEMENTOS UNACEM S. A. A.** (en adelante “**UNACEM PERU**”). Dicho grupo posee el 100% de sus acciones, pero no produce ni comercializa directamente productos o servicios en el territorio nacional.⁶
- [12] La actividad principal del grupo empresarial **UNACEM PERU** es la producción y/o comercialización de cemento, clínker y otros materiales para construcción.⁷

3.1.1.2. CANTERAS Y VOLADURAS CANTYVOL S.A. (en adelante “CANTYVOL”).

- [13] **UNACEM** posee el 99,99% del capital social de **CANTYVOL**. Esta última es una compañía ecuatoriana identificada con RUC No. 0991381937001, cuya actividad principal se relaciona a las actividades mineras en general para el aprovechamiento racional de los recursos minerales tales como: sustancias minerales metálicas, no metálicas, rocas ornamentales, toda clase de piedras, arcillas, arena, ripio.⁸

3.2. Operador económico adquirido y empresas vinculadas al mismo.

⁵ Sistema Portal de Información Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. https://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta_cia_menu.zul?expediente=1814&tipo=1. Consultado el 26 de agosto de 2020.

⁶ Superintendencia de Mercado de Valores del Perú. https://www.smv.gob.pe/Frm_GrupoEconomicoDetalle.aspx?str_denominacion_social_value=45&str_grupo_economico_value=35&str_denominacion_social_text=UNION%20ANDINA%20DE%20CEMENTOS%20S.A.A.%20-%20UNACEM%20S.A.A.&str_grupo_economico_text=UNION%20ANDINA%20DE%20CEMENTOS%20S.A.A.%20-%20UNACEM%20S.A.A. Consultado el 27 de agosto de 2020.

⁷ Sobre esto se puede ver: <https://www.smv.gob.pe/ConsultasP8/temp/UNACEM%20dic-19%20y%20mar-20.pdf>. Consultado el 1 de septiembre de 2020.

⁸ Sistema Portal de Información Superintendencia de Compañías. Valores y Seguros. https://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta_cia_menu.zul?expediente=76585&tipo=1. Consultado el 13 de agosto de 2020.



3.2.1. UNIÓN DE CONCRETERAS UNICON UCUE CIA. LTDA. (en adelante “UCUE”)

- [14] Es una compañía ecuatoriana, identificada con RUC No. 1790844900001, cuyo objeto social es la compra, venta, distribución, comercialización y transformación de productos para construir con hormigón.⁹
- [15] Con fecha 14 de febrero de 2018 la SCVS aprobó la reforma de estatutos y cambio de denominación societaria del operador **HORMIGONERA QUITO HORQUITO CÍA. LTDA.**, adoptado la actual denominación: **UNIÓN DE CONCRETERAS UNICON UCUE CIA. LTDA.**¹⁰
- [16] La participación accionaria de UCUE está compuesta por 2 accionistas, así:

Tabla 2. Participación accionaria UNIÓN DE CONCRETERAS UNICON UCUE CIA. LTDA.

Accionistas	Porcentaje de participación
UNIÓN DE CONCRETERAS S.A.	99,99%
RIZO PATRÓN DE LA PIEDRA MARCELO	0,0038%
TOTAL	100%

Fuente: Página web Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.¹¹

3.2.1.1. UNIÓN DE CONCRETERAS S.A. (en adelante “UNICON PERÚ”)

- [17] Sociedad anónima peruana registrada como inversor con código SE-Q-00005674 de la SCVS.¹² Su objeto social es la fabricación y comercialización de todo tipo y clase de concreto, la realización de actividades mineras, la producción y comercialización de materiales de construcción, entre otras relacionadas.¹³ **UNICON PERÚ** no realiza

⁹ Sistema Portal de Información Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. https://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta_cia_menu.zul?expediente=17912&tipo=1. Consultado el 20 de agosto de 2020.

¹⁰ Sistema Portal de Información Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. <https://appscvsmovil.supercias.gob.ec/consultaImagen/VisualizaDocumetos.zul?tipoDocumento=juridica&expediente=17912&codigoResolucion=12018017923&idDocumento=2.2.2&fecha=2018-03-26%2000:00:00.0>. Consultado el 21 de agosto de 2020.

¹¹ Sistema Portal de Información Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. https://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta_cia_menu.zul?expediente=17912&tipo=1. Consultado el 21 de agosto de 2020.

¹² Ibídem.

¹³ Informe SCPM-IGT-INCCE-2020-007, 05 de marzo de 2020. Pág 6.



actividades de forma directa en Ecuador y la totalidad de sus acciones son propiedad de **INVERSIONES EN CONCRETO Y AFINES S. A.**

3.2.1.2. INVERSIONES EN CONCRETO Y AFINES S.A. (en adelante “**INVERSIONES EN CONCRETO Y AFINES**”).

- [18] Sociedad anónima peruana, cuyo objeto social es la fabricación y comercialización de todo tipo y clase de concreto, la realización de actividades mineras, la producción y comercialización de materiales de construcción y otras relacionadas. Dichas actividades no son realizadas directamente en el país.¹⁴
- [19] El grupo empresarial **UNACEM PERÚ** ejerce control sobre **INVERSIONES EN CONCRETO Y AFINES S. A.** (93,38% del capital social) y, por tanto, sobre **UNICON PERÚ**.

4. ANTECEDENTES

- [20] Mediante escrito y anexos ingresados en la Secretaria General de la SCPM el 07 de octubre de 2019 a las 13h21, signados con número de trámite 146939, el operador económico **UNACEM** presentó notificación obligatoria del proceso de fusión por absorción de la compañía **UCUE**.
- [21] Mediante la providencia de 09 de enero de 2020 expedida a las 17h15, la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas (en adelante “**INCCE**”), inició el procedimiento de autorización de concentración económica.
- [22] Mediante memorando SCPM-IGT-INCCE-2020-098 de 05 de marzo de 2020, la **INCCE** remitió a la **CRPI** el Informe SCPM-IGT-INCCE-2020-007 de 05 de marzo de 2020 y le otorgó acceso al expediente digital No. SCPM-IGT-INCCE-022-2019.
- [23] Mediante providencia de 10 de marzo de 2020 a las 11h40, la **CRPI** avocó conocimiento del expediente No. SCPM-CRPI-007-2020, agregó al expediente el Informe No. SCPM-IGT-INCCE-2020-007 y dio traslado de este último al operador económico **UNACEM**. De igual manera dispuso prorrogar por 60 días término el tiempo máximo para emitir la resolución.
- [24] Mediante escrito presentado por **UNACEM** el 13 de marzo de 2020 a las 10h42, signado con ID 159424, solicitó lo siguiente:

“Señores Comisionados, en virtud de los fundamentos de derecho expuestos solicito,

¹⁴ Ibídem, pág.



1. Sírvanse señalar día y hora para llevar a cabo una Audiencia Pública conforme a lo previsto en el artículo 76, numeral 7, literal c) de la Constitución de la República, artículo 60 de la LORCPM y artículo 71 del RLORCPM.”

[25] Mediante providencia de 6 de julio de 2020 expedida a las 13h30, mediante la cual la CRPI dispuso lo siguiente:

“(…)

SEGUNDO.- RECHAZAR la solicitud del operador económico **UNACEM ECUADOR S.A.**, consistente en convocar a una audiencia pública, de conformidad con la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO.- CONVOCAR a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas y al operador económico **UNACEM ECUADOR S.A.**, a una reunión de trabajo virtual que se llevará a cabo el 9 de julio de 2020 a las 10h00, de conformidad con los parámetros y las reglas fijadas para el efecto en la parte motiva de la presente providencia.

(…)”

[26] El 9 de julio de 2020 a las 10h00 se celebró una reunión de trabajo por vía telemática entre la CRPI, la INCCE y el operador económico **UNACEM**.

[27] Mediante escrito presentado por el operador económico **UNACEM** el 13 de julio de 2020 a las 14h39, signado con ID 164390, solicitó lo siguiente:

“(…)”

IV.

CONFIDENCIALIDAD DE LA INFORMACIÓN

En consideración a que la información que se entrega a la Intendencia que Usted preside, constituye información sensible y delicada del giro comercial de mi representada, ya que incluye información reservada que puede influir en el desenvolvimiento normal y apropiado del mercado relevante, de los consumidores o de los competidores, de conformidad con el Artículo 47 de la LORCPM y el Artículo 3 del RLORCPM, solicitamos se declare confidencial la información presentada

V.

PETICIÓN CONCRETA



Señores Comisionados, en virtud de lo expuesto solicito a su Autoridad se resuelva,

- 1. Agregar la información remitida mediante el presente al expediente de la referencia.*
- 2. Nos otorgue el acta respectiva de la reunión de trabajo el 09 de julio de 2020.”*

[28] Mediante providencia de 15 de julio de 2020 expedida a las 16h10, la CRPI dispuso lo siguiente:

“PRIMERO.- SOLICITAR al operador económico UNACEM que indique clara y puntualmente las razones por las cuales dicha información debe ser declarada confidencial, de conformidad con los parámetros del inciso primero del artículo 4 de la Resolución No. SCPM-DS-037-2017 de 21 de julio de 2017. Además, que remita el extracto no confidencial pertinente.

(...)”

[29] Mediante escrito presentado el 3 de agosto de 2020 a las 15h25, signado con Id 16624, el operador económico UNACEM indicó lo siguiente:

(...)

La solicitud de confidencialidad de la información presentada ante vuestro despacho mediante escrito de 13 de julio de 2020 con ID: 164390, se la realiza en virtud de que en el documento adjuntado se hace mención a la reunión de trabajo de 18 de febrero de 2020, misma que fue declarada confidencial por la INCCE.

Sírvase encontrar adjunto la versión no confidencial de la presente información.

(...)

[30] Mediante providencia de 11 de agosto de 2020 a las 11h40, la CRPI le solicitó a la INCCE información sobre la confidencialidad de los documentos y reuniones de trabajo que indicó el operador económico UNACEM.

[31] Mediante Memorando No. SCPM-IGT-INCCE-2020-177 de 13 de agosto de 2020, la INCCE indicó lo siguiente:



“1. Respecto a las dos primeras consultas, se aclara que el expediente No. SCPM-IGT-INICCE-006-2019 inició el 5 de abril de 2019 y finalizó el 6 de febrero de 2020, razón por la cual no existen actuaciones procesales dentro del mismo, antes o después de dichas fechas.

2. Si su autoridad se refiere a la reunión de trabajo celebrada el 18 de febrero de 2020, dentro del expediente No. SCPM-IGT-INICCE-022-2019, certifico que la misma (sic) existió y tuvo lugar con los representantes del operador económico UNACEM ECUADOR S.A., misma que fue declarada como reservada, tal como se desprende del acta de reunión de trabajo cuya copia está en poder de dicho operador económico.

3. Si su autoridad se refiere a la reunión de trabajo celebrada el 18 de septiembre de 2019, dentro del expediente No. SCPM-IGT-INICCE-006-2019, certifico que la misma existió y se llevó a cabo con los representantes del operador económico Holcim Ecuador S.A., misma que en razón de lo discutido, fue declarada como confidencial.

4. Respecto al documento que consta a fojas 1032 del expediente digital SCPM-IGT-INICCE-006- 2019, al que la Comisión de Resolución de Primera Instancia tiene acceso, podemos informar que el mismo es una razón de confidencialidad de la información presentada por el operador económico Holcim Ecuador S.A., que en razón de su sensibilidad debió declararse de tal manera.”

[32] Mediante providencia de 21 de agosto de 2020 expedida a las 12h00, la CRPI dispuso lo siguiente:

“(…)

SEGUNDO.- SOLICITAR al operador económico **UNACEM** que, en el término de tres (3) días, responda las siguientes preguntas:

(i) ¿La reunión de trabajo de 18 de febrero de 2020 referenciada en las diapositivas Nos. 7 y 8, así como en el escrito de 3 de agosto de 2020 presentado a las 15h25, fue aquella llevada a cabo en el marco del expediente SCPM-IGT-INICCE-022-2019?

(ii) ¿Cuál es la razón de presentar como confidencial la diapositiva No. 12, si en su texto no se hace referencia a la reunión de trabajo de 18 de febrero de 2020?

(…)”



[33] Mediante escrito presentado por el operador económico **UNACEM** el 24 de agosto de 2020, signado con Id 168169, indicó lo siguiente:

“(…)

CONTESTACIÓN PREGUNTA i

Tal como vuestro despacho establece, las diapositivas en mención Nos. 7 y 8 pertenecen a la reunión de trabajo realizada dentro del expediente SCPM-IGT-INICCE-022-2019.

CONTESTACIÓN PREGUNTA ii

Señores Comisionados, en la diapositiva No. 12 se establece como se realizó el pago (cual banco realizo el préstamo) para la adquisición de HORMIGONERA QUITO HORQUITO CIA. LTDA., ello no es información pública y su conocimiento de los fondos a mi representada puede afectar al desenvolvimiento normal del negocio.

(…)”

[34] Mediante providencia de 26 de agosto de 2020 expedida a las 11h10, la CRPI dispuso lo siguiente:

“PRIMERO.- DECLARAR como confidencial:

- (i) *El anexo del escrito de 13 de julio de 2020, presentado por el operador económico UNACEM (Id de trámite 164390 - Id de anexo 293464).*
- (ii) *La grabación de la reunión de trabajo celebrada el 09 de julio de 2020.*

SEGUNDO.- AGREGAR al expediente en su parte confidencial:

- (i) *El anexo del escrito de 13 de julio de 2020, presentado por el operador económico UNACEM (Id de trámite 164390 - Id de anexo 293464).*
- (ii) *La grabación de la reunión de trabajo celebrada el 09 de julio de 2020.*

TERCERO.- SOLICITAR a la Dirección Nacional de Comunicación de la SCPM que, en el término de tres (3) días, censure la grabación del minuto 10:31 al minuto 11:52.

CUARTO.- AGREGAR al expediente en su parte reservada:



- (i) *El escrito presentado por el operador económico UNACEM ECUADOR S.A. (en adelante “UNACEM”) el 13 de julio de 2020 a las 14h39, signado con ID 164390.*
- (ii) *El escrito presentado por el operador económico UNACEM el 24 de agosto de 2020, signado con Id 168169.*
- (iii) *El extracto no confidencial del anexo al escrito de 13 de julio de 2020, donde se censura únicamente la diapositiva 12.*
- (iv) *El extracto no confidencial de la grabación de la reunión de trabajo celebrada el 09 de julio de 2020, donde se censura del minuto 10:31 al minuto 11:52.*

(...)”

5. FUNDAMENTOS DE DERECHO

5.1. Constitución de la República del Ecuador (en adelante “CN”)

[35] Los artículos 213 de la CN establece las facultades de las Superintendencias como órganos de control y regulación en actividades económicas, así:

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

(...)”

[36] Los artículos 335 y 336 de la CN establecen las bases normativas para que el Estado logre una adecuada protección de la libre competencia, el comercio justo y leal, así:

“Art. 335.- El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos.



El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal.”

“Art. 336.- El Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad.

El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley.”

5.2. Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante “LORCPM”)

[37] Los artículos 1 y 2 de la LORCPM establecen su objetivo y el ámbito de aplicación:

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

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

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

La presente ley incluye la regulación de las distorsiones de mercado originadas en restricciones geográficas y logísticas, así como también aquellas que resultan de las asimetrías productivas entre los operadores económicos.”

[38] El artículo 14 de la LORCPM determina qué se entiende por concentración económica:



“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.”*

[39] El artículo 15 de la LORCPM indica las facultades de la SCPM en relación con las concentraciones económicas de notificación obligatoria, así:

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

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

[40] El artículo 16 de la LORCPM determina las condiciones que se deben cumplir para que la notificación de concentración económica sea obligatoria:



“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.*

En los casos en los cuales las operaciones de concentración no cumplan cualquiera de las condiciones anteriores, no se requerirá autorización por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Sin embargo, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá solicitar de oficio o a petición de parte que los operadores económicos involucrados en una operación de concentración la notifiquen, en los términos de esta sección.

Las operaciones de concentración que requieran de autorización previa según los incisos precedentes, deberán ser notificadas para su examen previo, en el plazo de 8 días contados a partir de la fecha de la conclusión del acuerdo, bajo cualquiera de las modalidades descritas en el artículo 14 de esta Ley, ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. La notificación deberá constar por escrito, acompañada del proyecto del acto jurídico de que se trate, que incluya los nombres o denominaciones sociales de los operadores económicos o empresas involucradas, sus estados financieros del último ejercicio, su participación en el mercado y los demás datos que permitan conocer la transacción pretendida. Esta notificación debe ser realizada por el absorbente, el que adquiere el control de la compañía o los que pretendan llevar a cabo la concentración. Los actos sólo producirán efectos entre las partes o en relación a terceros una vez cumplidas las previsiones de los artículos 21 o 23 de la presente Ley, según corresponda.”

[41] El artículo 21 de la LORCPM prevé el término para resolver las notificaciones obligatorias de concentración económica, así:

“Art. 21.- Decisión de la Autoridad.- En todos los casos sometidos al procedimiento de notificación previa establecido en este capítulo, excepto los de



carácter informativo establecidos en el segundo inciso del artículo 16 de la presente Ley, la Superintendencia, por resolución motivada, deberá decidir dentro del término de sesenta (60) días calendario de presentada la solicitud y documentación respectiva:

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

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

5.3. Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante “RLORCPM”)

[42] El artículo 12 del RLORCM indica que se entiende por control en el marco del artículo 14 de la LORCPM, así:

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

5.4. Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM (en adelante “Instructivo”)

[43] El artículo 36 del Instructivo vigente al momento de presentar la notificación de concentración económica, determinaba el procedimiento en fase de resolución para las operaciones de concentración económica notificadas obligatoriamente, así:

“Art. 36.- PROCEDIMIENTO PARA LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA NOTIFICADAS OBLIGATORIAMENTE.- Para dar cumplimiento al procedimiento obligatorio de notificación previa, previsto en los artículos 15 y 16 de la LORCPM se cumplirá lo siguiente:

(...)

En casos excepcionales, el término de investigación y resolución podrá ser prorrogado, por una sola vez, hasta por sesenta (60) días término por:



1. *El Intendente de Investigación y Control de Concentraciones Económicas con aprobación del Intendente General o,*

2. *Por la CRPI*

(...)

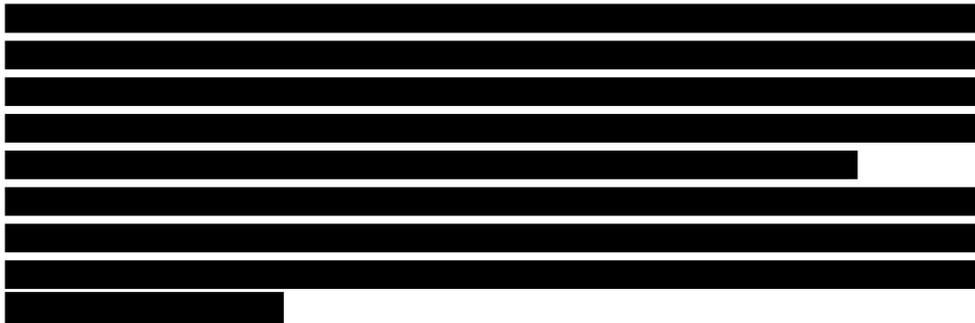
4.- *FASE DE RESOLUCION.- La CRPI, recibirá el proceso y resolverá en el término de cinco (5) días. La resolución la expedirá considerando lo establecido en el artículo 21 de la LORCPM y notificará al operador económico y a la Intendencia para que registre y supervise el cumplimiento de la resolución en caso que la misma sea subordinada.*

(...)”

6. ANÁLISIS DE LA CONCENTRACIÓN ECONÓMICA

6.1 Descripción de la operación de concentración económica

[44] El 30 de septiembre de 2019 los operadores económicos **UNACEM** y **UNICON PERÚ** celebraron un Acuerdo de Fusión por Absorción (SPA) que consiste en la venta, cesión y transferencia de la totalidad de las participaciones que **UNICON PERÚ** tiene sobre el operador **UCUE** a favor de **UNACEM**:



[45] Por lo tanto, la operación implica la transferencia a **UNACEM** de [REDACTED] participaciones sociales, que representan el 99,9962% del capital social de **UCUE**, con todos sus derechos sin limitación.

¹⁵ Acuerdo de Fusión por Absorción celebrado entre UNICON PERU y UNACEM. Anexo No. 1 a Notificación Obligatoria registrado con trámite interno ID 146939, expediente No. SCPM-IGT-INICCE-022-2019.



- [46] Mediante esta transacción **UNACEM** obtendrá un porcentaje del capital social de la compañía **UCUE** que le facultará ejercer una influencia decisiva y permanente¹⁶ en las decisiones de la empresa adquirida.
- [47] Una vez determinado el esquema de la operación de concentración, podemos pasar a determinar la estructura societaria *ex ante* y *ex post*.

6.2. Estructura societaria *ex ante* y *ex post*.

- [48] En los siguientes gráficos se plasma un diagrama de la operación de concentración *ex ante* versus un hipotético diagrama de concentración *ex post*, lo que permite vislumbrar la dimensión de la adquisición planteada, tanto para la estructura societaria del grupo empresarial **UNACEM PERÚ** como para **UNACEM** en Ecuador.

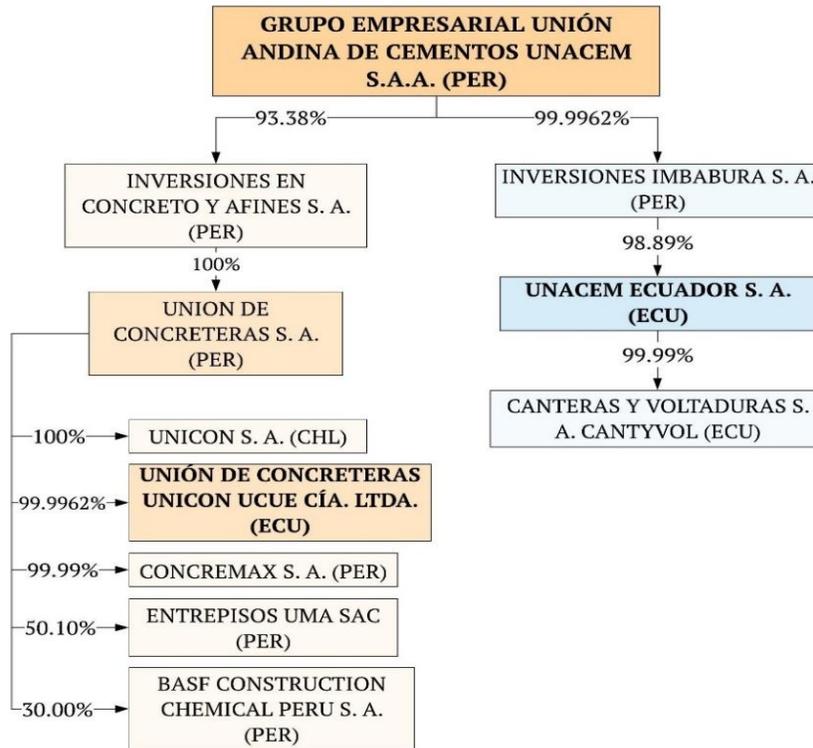
Gráfico 1. Diagrama actual sobre el paquete de acciones de UNACEM y operadores relacionados¹⁷

¹⁶ Sobre la permanencia de la toma de control se puede ver Molina Sandoval, Carlos. El Control de las Concentraciones Económicas y Fusiones en el Régimen Competitivo Argentino. Pág. 362. Disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/52475591.pdf>. Indica lo siguiente:

“(…)

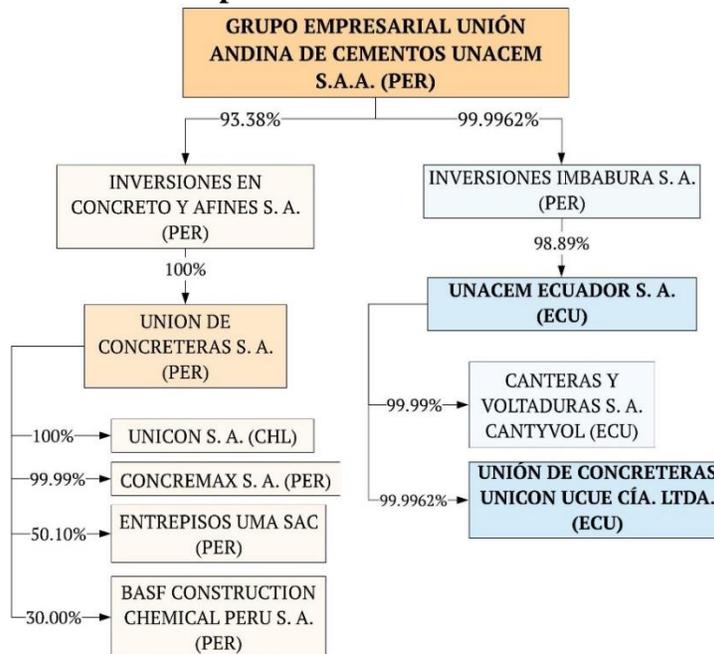
No cualquier acto de toma de control de la empresa importa una concentración, pues si el control o influencia tiene una vigencia fugaz y rápida, no será suficiente para que el acto encuadre en esta idea, La permanencia es un elemento definitorio de la concentración.”

¹⁷ Superintendencia de Mercado de Valores del Perú.
<https://www.smv.gob.pe/ConsultasP8/temp/UNACEM%20Diagrama%20GE.pdf>. Consultado el 20 de agosto de 2020.



Fuente: Informe SCPM-IGT-INCCE-2020-007, 05 de marzo de 2020.

Gráfico 2. Diagrama ex post sobre el paquete de acciones de UNACEM y operadores relacionados



Fuente: Informe SCPM-IGT-INCCE-2020-007, 05 de marzo de 2020.



6.3. Análisis de la Obligatoriedad de Notificación Previa.

- [49] El artículo 14 de la LORCPM define a las operaciones de concentración económica como el cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos mediante cualquier acto que transfiera sus activos u otorgue influencia determinante sobre estos.
- [50] De conformidad con lo anterior, para que se configure una operación de concentración económica necesariamente debe existir un cambio o toma de control. Sin este requisito esencial no estaríamos en frente del supuesto normativo regulado en la LORCPM.
- [51] En este sentido, lo primero que se debe establecer es la existencia de dicho cambio o toma de control, para posteriormente analizar si se configura la obligación de notificar a la autoridad la operación realizada.
- [52] Respecto del concepto de control, el artículo 12 del RLORCPM establece claramente lo siguiente:

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

- [53] Ahora bien, el cambio o toma de control implica el desplazamiento total o parcial de dicho control hacia otro operador económico mediante cualquier acto jurídico idóneo para el efecto. En esa línea, la CRPI coincide con la INCCE al indicar que *“la definición de cambio o toma de control comportaría la sustitución – total o parcial – en el ejercicio del control de un operador económico por parte de otro, con base en un vehículo de hecho o de derecho, como la compraventa y cesión de acciones en el presente caso, a través del cual muta la calidad de cada operador económico interviniente, con la correlativa asunción de derechos y obligaciones”*.
- [54] De conformidad con las particularidades del asunto bajo estudio, la pregunta obligada es la siguiente: ¿la fusión de dos empresas pertenecientes a un mismo grupo económico implica un cambio o toma de control?
- [55] Existe una línea de precedentes donde la CRPI ha soportado su argumentación bajo la idea de que una restructuración interna de un grupo económico no implica un cambio o toma de control. Sobre esto se pueden ver la Resolución expedida el 25 de mayo de 2015 a las 9h25, en el marco del expediente SCPM-CRPI-2015-022; y Resolución expedida el 27 de julio de 2016 a las 12h00, en el marco del expediente SCPM-CRPI-2016-039.



- [56] La Guía de Control de Concentraciones entre Empresas de la Unión Europea No. 2008/C 95/01, nos da una respuesta muy clara. Indica que las reestructuraciones internas no pueden ser consideradas concentraciones, dado que no existe un cambio de control:

“el concepto de concentración se limita a cambios en la estructura de control. Una reestructuración interna de un grupo de empresas no constituye una concentración. Esto se aplica, por ejemplo, a los incrementos en las participaciones empresariales que no vayan acompañados de cambios de control o a operaciones de reestructuración tales como la fusión de una compañía de doble cotización en una única entidad jurídica o una fusión de filiales. Un concentración sólo podrá producirse si la operación provoca un cambio en la naturaleza del control de una empresa y, por tanto, ya no es puramente interna.”¹⁸

- [57] Asimismo, la Guía de Análisis de Concentraciones Empresariales de Colombia incluye la misma fórmula así:

“68. Las empresas que se integren, fusionen o reorganicen y puedan acreditar la existencia de Grupo Empresarial o en las que las intervinientes se encuentren bajo una misma unidad de control en los términos del numeral 4 del Artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, estarán exentas del deber de notificación e información ante la SIC, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 y el numeral 4 de la Resolución No.10930 de 2015.”¹⁹

- [58] La idea que sustenta lo anterior es que las operaciones de concentración económica se presentan entre empresas independientes entre sí, es decir, aquellas que no hacen parte de una unidad de control compartida, tal y como sería el caso de las filiales de un grupo económico porque comparten un foco de control por parte de una matriz.
- [59] En este sentido, la Guía para Análisis de Operaciones de Concentración de la Fiscalía Nacional Económica de Chile indica lo siguiente:

“La FNE entiende por operación de concentración o concentración, las fusiones, las adquisiciones de acciones, las adquisiciones de activos, las asociaciones y, en general, los actos y convenciones que tienen por objeto o

¹⁸ Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) No. 139/2204 del Consejo, de 16 de abril de 2008. Diario Oficial de las Comunidades Europeas No. C/95, p. 15.

¹⁹ Disponible en <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Guia%20Concentraciones%20Empresariales%2004-11-15.pdf>. Consultado el 1 de septiembre de 2020.



*efecto que dos o más empresas económicamente independientes entre sí pasen a conformar una sola empresa, a tomar decisiones en forma conjunta o a integrar un mismo grupo empresarial.*²⁰

- [60] Teniendo en cuenta lo anterior, se entiende perfectamente el concepto de grupo económico que plantea el artículo 11 de la RLORCP, mediante el cual se remite a los supuestos previstos en artículo 17 de la LORCPM y que tienen que ver con el cálculo del volumen de negocios donde se tienen en cuenta a las empresas controladas y subordinadas.
- [61] En conclusión, la fusión de dos empresas pertenecientes a un mismo grupo económico no implica un cambio o toma de control, ya que el foco de control no cambia, es decir, siguen compartiendo el mismo operador controlante o matriz.
- [62] En el caso particular estamos en frente de un reordenamiento interno del grupo económico **UNACEM PERU**, tal y como se puede observar en los gráficos 1 y 2 sobre la estructura societaria *ex ante* y *ex post*. Tanto la empresa adquirente como la adquirida son subordinadas de dicho grupo económico, situación que no cambia por la operación planteada. Se conserva la misma unidad de control en cabeza de **UNACEM PERÚ**, lo que quiere decir que no habría un cambio o toma de control en el presente caso.
- [63] El hecho de que los operadores económicos **UNACEM** y **UCUE** formen parte del mismo grupo económico, fue plenamente establecido por la CRPI en la Resolución de 13 de julio de 2020 expedida a las 15h20, así:

“(…)

7. LA INFORMACIÓN PRESENTADA Y SU VALORACIÓN

iv. PAGINA WEB DE UNACEM reafirma la existencia de relación entre UNACEM S.A.A. y UNICON⁵.

[46] La INCCE materializó la página web de UNACEM S.A.A. www.unacem.com. Mediante esta información se observan todas las compañías del grupo UNACEM S.A.A. que incluye a UNICON PERU y UCUE.

v. INFORMACIÓN FINANCIERA DE UNACEM S.A.A., DIAGRAMA UNION ANDINA DE CEMENTOS S.A.A. que reafirma la existencia efectiva y real de la relación indirecta entre las empresas del grupo sobre la cual se presume el cometimiento de acto contrario a la libre competencia⁶.

²⁰ Página Web Fiscalía Nacional Económica. Guía para el análisis de operaciones de concentración. Fiscalía Nacional Económica de Chile. Consultado desde: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf>.



[47] La INCCE adjuntó la información financiera de **UNACEM S.A.A.** que incluye el diagrama **UNIÓN ANDINA DE CEMENTOS S.A.A.** Esta información fue entregada por la Superintendencia de Valores del Perú. Mediante estos documentos se observan todas las compañías del grupo **UNACEM S.A.A.**, que incluye a **UNICON PERU** y **UCUE**; por tanto, esto constituye una muestra sobre la vinculación entre ellas.

(...)

8.3 De la administración común

(...)

[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. Por lo cual, se concluye que debió incluir para el cálculo del volumen de negocios los ingresos de **UNACEM ECUADOR**, **UNICON PERU** en Ecuador y **HORQUITO** y, por tanto, la Compraventa superó el umbral tipificado en el Artículo 16 literal a) de la LORCPM.

(...)

9. LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS

(...)

9.2 Umbral de concentraciones

[74] La INCCE al respecto de la notificación obligatoria señala:

“Cumplimiento de umbrales previstos en el artículo 16 de la LORCPM”. (...) de la información recaba por parte de la INCCE, el grupo económico al que pertenece **UNICON ECUADOR**, se resume en las siguientes empresas:

- a. **UNICON PERÚ**, que al momento de la operación de concentración económica no generaba ventas en Ecuador;
- b. **HORQUITO**;
- c. **UNACEM PERÚ**, que no genera ventas en el territorio ecuatoriano;
- d. **Inversiones en Concreto y Afines S.A.**, que no genera ventas en el territorio ecuatoriano;
- e. **Inversiones Imbabura S.A.**, que no genera ventas en el territorio ecuatoriano;
- f. **UNACEM ECUADOR**; y,



g. *Cantylvol.*

A partir del cálculo antes detallado, es posible concluir que el volumen de negocios superó el monto de 200.000 Remuneraciones Básicas Unificadas establecidas en la Resolución No. 009 de la Junta de Regulación de la LORCPM que para el 2017 ascendía a USD 75.000.000, en razón de que el valor del salario básico unificado para ese año era de USD 375, cumpliéndose por tanto la condición establecida en la letra a) del artículo 16 de la LORCPM.”

(...)

[79] Para el efecto del cálculo del volumen de negocios se ha tomado en cuenta los siguientes operadores económicos:

- a) UNION DE CONCRETERAS S.A.*
- b) HORMIGONERA QUITO HORQUITO CIA. LTDA.*
- c) INVERSIONES EN CONCRETO Y AFINES S.A.*
- d) INVERSIONES IMBABURA S.A.*
- e) UNACEM ECUADOR S.A.*
- f) CANTERAS Y VOLADURAS CANTUVOL S.A.*

[80] Por tanto, en estos casos se deberá sumar el volumen de negocios total en Ecuador de los partícipes en la operación y de los demás operadores económicos que pertenecen al mismo grupo económico o empresarial, que al esquema de la concentración objeto de esta resolución es:

(...)

9.5 Afectación a la libre competencia

(...)

[121] La INCCE, en su informe No. SCPM-IGT-INCCE-2020-005 de 06 de febrero de 2020, en sus conclusiones sobre la responsabilidad de UNICON PERU, señala que:

(...)

La INCCE ha recabado evidencia suficiente para concluir la vinculación existente entre los operadores económicos INVERSIONES EN CONCRETO Y AFINES S.A., UNICON PERÚ, UNICON ECUADOR, INVERSIONES IMBABURAS.A. UNACEM ECUADOR y CANTYVOL, como subsidiarias de UNACEM PERÚ, y por ende su inclusión en el cálculo del volumen de negocios presentado en este informe.



(...)”

- [64] En la reunión de trabajo celebrada el 9 de julio de 2020 a las 10h00, el operador económico presentó argumentaciones que la CRPI considera importante tratarlas. Indicó que los operadores económicos **UCUE**, **UNACEM PERÚ** y **UNACEM ECUADOR** tienen independencia financiera, contabilidad separada e independiente, independencia de administración y de directores autónomos e independientes, y domicilios independientes.
- [65] La CRPI considera que se encuentra demostrado la pertenencia de los operadores **UCUE** y **UNACEM** al grupo económico en cabeza de **UNACEM PERÚ**. Que las empresas subsidiarias pudieran gozar de domicilios, gerentes, contabilidad y ciertas operaciones financieras “separadas” y diarias, no desvirtúa para nada que comparten una misma unidad y estructura de control. Al observar la composición accionaria del grupo económico se evidencia la estructura piramidal en cabeza de **UNACEM PERÚ**, lo que quedó perfectamente demostrado en el análisis *ut supra*. Los grupos económicos desconcentran operaciones en las empresas subordinadas, pero siempre perteneciendo a una estructura que fija pautas de acción macro.
- [66] El operador económico **UNACEM** también afirmó que la INCCE no actuó la prueba correctamente por no haber materializado páginas web en las que se basó su argumentación. Ante esto la CRPI indica que el procedimiento surtido ante la Intendencia no es de carácter sancionatorio, no tiene previsto un periodo probatorio, pero sí tiene como finalidad recaudar información para ser trasladada a la CRPI, quien hace su propio análisis y toma una decisión. La INCCE emite un informe que no es vinculante para la CRPI y cuya finalidad es mostrar todos los elementos de juicio que considera pertinentes para que la Comisión resuelva autorizar, negar o condicionar la operación de concentración económica notificada.
- [67] Es importante resaltar que la página web www.unacem.com.pe a la que se refiere el operador **UNACEM** fue contemplada desde el punto de vista probatorio en la Resolución de 13 de julio de 2020 expedida por la CRPI a las 15h20, al resolver un asunto estrechamente relacionado con el presente, tal y como se indicó en el punto [62] de la presente Resolución. En dicha resolución también fue contemplado el diagrama que muestra la estructura del grupo económico **UNACEM PERÚ**. Teniendo en cuenta la existencia de dicho precedente, la utilización del mencionado documento para los fines de la presente resolución es indirecta, ya que se encuentra filtrado por el mismo. También es importante recordar que los órganos administrativos deben basar sus decisiones en sus propios precedentes para generar armonía y concordancia en las resoluciones que emiten.
- [68] Bajo las consideraciones expuestas, la operación notificada por el operador económico **UNACEM** no encaja en los supuestos de hechos previstos en el 14 de la LORCPM, ya que no existe un cambio o toma de control por tratarse de una reestructuración al interior del grupo **UNACEM PERU**. En consecuencia, no es procedente que la CRPI realice un análisis para autorizar, negar o subordinar una operación que no debió notificarse.



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

RESUELVE

PRIMERO.- INHIBIRSE de resolver sobre la operación de concentración económica notificada por el operador económico **UNACEM ECUADOR S. A.**, por cuanto dicha operación no está sujeta a control de concentraciones ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, de conformidad con la parte motiva de la presente resolución.

SEGUNDO.- DECLARAR como confidencial la presente resolución y emitir la versión no confidencial de la misma.

TERCERO.- NOTIFICAR la presente Resolución en su versión no confidencial a los operadores económicos **UNACEM ECUADOR S. A.** y **UNIÓN DE CONCRETERAS UNICON UCUE CIA. LTDA.**, así como a la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-



Firmado electrónicamente por:

**JOSE LUIS
CARTAGENA**

Mgs. José Cartagena Pozo
COMISIONADO



Firmado electrónicamente por:

**JAIME
FERNANDO LARA
IZURIETA**

Mgs. Jaime Lara Izurieta
COMISIONADO



Firmado electrónicamente por:

**MARCELO
VARGAS**

Mgs. Marcelo Vargas Mendoza
PRESIDENTE