

EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-0060-2017

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISION DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- Quito D.M., 03 de octubre de 2017, a las 12h00.- **VISTOS:** El Superintendente de Control del Poder de Mercado (en adelante SCPM), designó al doctor Marcelo Ortega Rodríguez, Presidente de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, al doctor Agapito Valdez Quiñonez, Comisionado y al doctor Diego Xavier Jiménez Borja, Comisionado, mediante los actos administrativos correspondientes, quienes por corresponder al estado procesal del expediente el resolver, para hacerlo se considera:

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

SEGUNDO.- VALIDEZ DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.- La presente notificación obligatoria de concentración económica ha sido tramitada de conformidad con las disposiciones contenidas tanto en la LORCPM como en el Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante Reglamento de la LORCPM), observando las garantías constitucionales del debido proceso puntualizadas en el artículo 76 de la Constitución de la República no existiendo error, vicio o nulidad que declarar que haya influido en el presente expediente por lo que se declara expresamente su validez.

TERCERO.- ANTECEDENTES.-

3.1.- Los operadores económicos Unión Cementera Nacional UCEM C.E.M. (pudiendo adelante denominar también UCEM) e Industria de Prefabricados Prefabricadosecuador S.A., constituida por el Ministerio de Industrias y Productividad y Empresa Publica Cementera de Ecuador, a través del señor Roberto Foulkes Aguad, Gerente General de la Unión Cementera Nacional UCEM C.E.M., ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado la Notificación Obligatoria de concentración económica, en observancia de lo previsto en el literal c) del artículo 14 de la LORCPM.

3.2.- El economista Daniel Cedeño, Intendente de Investigación y Control de Concentraciones Económicas (e) remite a esta Comisión, el memorando “*SCPM-ICC-163-2017-M, de 01 de septiembre de 2017,*” en el que realiza la “*Entrega del Expediente Digital SCPM-ICC-011-2017 e informe No. SCPM-ICC-047-2017.*”

3.3.- Esta Comisión mediante providencia de 08 de septiembre del 2017 a las 10h00, avoco conocimiento del **Informe No. SCPM-ICC-047-2017** de 31 de agosto de 2017, remitido por la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, relacionada

bricado 1



con la notificación obligatoria de concentración económica presentada por el operador económico Unión Cementera Nacional UCEM C.E.M., por adquisición a Industria de Prefabricados Prefabricadosecuador S.A., constituida por el Ministerio de Industrias y Productividad y Empresa Publica Cementera de Ecuador, a través del señor Roberto Foulkes Aguad, Gerente General de la Unión Cementera Nacional UCEM C.E.M en la que “(...) **RESUELVE: 1) AVOCAR CONOCIMIENTO** del Informe No. SCPM-ICC-0047-2017, de fecha 31 de agosto del 2017, relacionado con la notificación de concentración económica obligatoria efectuada por el operador económico Unión Cementera Nacional UCEM C.E.M. 2) **Signar el presente expediente administrativo con el número de trámite SCPM-CRPI-0047-2017.** 3) **Incorporar como parte del presente expediente el INFORME SCPM-ICC-047-2017 de fecha 31 de agosto del 2017, emitido por la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas (...)**”

3.4.- Con fecha 29 de junio de 2017, el economista Daniel Cedeño Gallegos, Intendente de Investigación y Control de Concentraciones Económicas en su Informe No. SCPM-ICC-035-2017, recomienda: “*En función de las consideraciones expresadas en este informe, la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas recomienda a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, AUTORICE la operación de concentración notificada por la Unión Nacional Andina de Cementos UCEM y la Empresa Pública Cementera del Ecuador EPCE EP de manera obligatoria de conformidad con el artículo 21 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.*”

CUARTO.- ALEGACIONES FORMULADAS POR EL OPERADOR ECONÓMICO Y POR LA INTENDENCIA DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE CONCENTRACIONES ECONÓMICAS.-

4.1.- Alegaciones formuladas por el operador económico Unión Cementera Nacional UCEM C.E.M.

El operador económico **Unión Cementera Nacional UCEM C.E.M.**, por su Gerente General y por tanto Representada Legalmente el señor Roberto Foulkes Aguad, Gerente General, presentó el 31 de mayo de 2017, presentó ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado la Notificación Obligatoria de concentración económica, en observancia de lo previsto en el literal c) del artículo 14 de la LORCPM, manifestando entre otros puntos que:

4.1.1. En relación a la operación de concentración económica: “(...) *AL amparo del Decreto Ejecutivo No. 1174 de 23 de agosto de 2016, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 831 de 1 de septiembre de 2016, que regula la distribución de competencias y los procedimientos por los que la Administración Pública Central e Institucional de la Función Ejecutiva, hace líquidas las inversiones previamente efectuadas en actividades o emprendimientos y bienes públicos, para destinar los recursos resultantes al cumplimiento de los objetivos de la planificación nacional, la Empresa Pública Cementera del Ecuador E.P. (EPCE) tomo la decisión de vender la planta de producción de prefabricados de hormigón que mantiene en la provincia de Chimborazo, con la condición de que el comprador también asuma el pasivo laboral asociado con esa línea de negocios. Al ser la referida planta de*

bricado 2



producción de prefabricados de hormigón un activo de la EPCE ésta empresa pública decidió implementar la desinversión a través de la venta de acciones emitidas por una compañía anónima a la que se aportará como capital ese activo y se le transferirá ese pasivo laboral (...)" "(...) El precio al que UCEM comprará a EPCE la totalidad de acciones emitidas y que emitirá PREFABRICADOSECUADOR es de USD \$8.642.000,00, que por condición impuesta por la EPCE en el "Pliego de Base para el Procedimiento Público de Desinversión de la Empresa Pública Cementera del Ecuador EP en la compañía Industrial de Prefabricados PREFABRICADOS ECUADOR S.A.", debe pagar de la siguiente forma: El 60% a la celebración de la promesa de compraventa y el 40% a la celebración de la compraventa. Después de la operación de concentración económica descrita, la estructura de la propiedad y control de la EPCE no variará pues seguirá siendo una empresa pública perteneciente al sector público; la estructura de la propiedad y de control de la UCEM tampoco variará pues su mayor accionista, con más del 97.9758339% de participación en el capital, continuará siendo Casaracra S.A. sociedad anónima domiciliada en la República de del Perú; y, la estructura de propiedad y de control de PREFABRICADOSECUADOR pasará a ser exclusivamente de UCEM. Los bienes que se prevén comercializar posteriormente a la operación de concentración económica son prefabricados de hormigón. (...)"

4.1.2. En relación a la determinación del mercado relevante se precisa que: "(...) UCEM no produce ni comercializa prefabricados de hormigón (...)."

4.1.3. Añaden, en cuanto al volumen de negocios de los partícipes: Los volúmenes de negocios de los participantes en Ecuador son: UCEM Volumen de negocio total durante el ejercicio económico 2016: USD \$119.430.093,00. Hormigonera Equinoccial Equihormigonera Cia. Ltda. Volumen de negocio de hormigón durante el ejercicio económico 2016: USD \$ 8.360.585,00. EPCE Volumen de negocio de hormigón durante el ejercicio económico 2016: USD \$ 1,407.923,82; PREFABRICADOSECUADOR Todavía no tiene actividad económica."

4.1.4. En relación a las cuotas de participación en el mercado relevante de cada uno de los Partícipes en la operación de concentración refiere: "(...) 1. UCEM: 19 % aproximadamente de cuota de participación en el mercado de cemento 2. EPCE 8,73% de cuota de participación en el mercado de prefabricación de hormigón. 3. PREFABRICADOSECUADOR: No aplica porque todavía no tiene actividad económica. (...)"

4.1.5. Adicionalmente, en relación a la existencia de barreras de entrada económicas y legales, los notificantes manifiestan: "(...) No existe barreras de carácter normativo; sin embargo, persisten aquellas relacionadas, con los costos de inversión inicial en activos lo que puede configurar una barrera de entrada de tipo económico financiera principalmente (Precios de transporte, costos de producción, precios de la competencia)"

4.1.6. Contribución de la operación "(...) Sobre la mejora de los sistemas de producción o comercialización, la contribución será la diversificación en la oferta en general un

bricado 3



portafolio de productos adicional para el mercado ecuatoriano. Sobre el fomento del avance tecnológico o económico del país la contribución será la implementación de tecnología de punta para la fabricación de hormigón. Sobre el bienestar de los consumidores nacionales la contribución será el incremento de la oferta del portafolio de productos de hormigón de calidad, Sobre si el aporte resultare suficiente para compensar determinados y específicos efectos restrictivos sobre la competencia, la contribución será la consolidación de PREFABRICADOS como una alternativa para el mercado de prefabricados de hormigón. Sobre la diversificación del capital social y la participación de los trabajadores, la contribución será la creación de nuevas fuentes de empleo para el país ajo la normativa laboral vigente.”

4.2.- Alegaciones formuladas por la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas contenidas en el informe “SCPM-ICC-047-2017, de 31 de agosto de 2017”

En el análisis técnico realizado en el Informe No. SCPM-ICC-047-2017, de 31 de agosto de 2017 de la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas y emitido a esta Comisión se establece que:

- 4.2.1. En relación a la descripción de la concentración económica notificada se expresa que:
“(…) respecto la operación de concentración analizada se refiere a la adquisición de Prefabricadosecuador por parte de la UCEM, operación que se enmarca en lo dispuesto en la normativa aquí citada. Además, se determinó que a pesar de que la UCEM adquiere la línea de negocios de la EPCE, a través de la compañía vehículo constituida en marzo de 2017 y, denominada “Industrias de Prefabricados Prefabricadosecuador S.A.”, una vez celebrado el contrato de compra venta se efectuará la desinversión de una parte de los activos de la EPCE, correspondiente a la planta de producción de prefabricados de hormigón que mantienen en la provincia de Chimborazo y el pasivo laboral asociado con esa línea de negocio.”
- 4.2.2. Respecto de la determinación del volumen de negocios de la operación de concentración económica, *“(…) Según el artículo 6 de la LORCPM “(…) se entiende por volumen de negocio total de uno o varios operadores económicos, la cuantía resultante de la venta de productos y de la prestación de servicios realizados por los mismos, durante el último ejercicio que corresponda a sus actividades ordinarias (…)”. Así, el volumen de negocios calculado con base a las ventas obtenidas en el año 2016 supera el umbral para el sector real de 200.000 RBU, determinado por la Junta de Regulación, ya que el volumen de ventas fue de **USD 278.138.998,73** en el período fiscal. Este cálculo se ha realizado de conformidad a los artículos 6 y 16 de la LORCPM y del artículo 14 del Reglamento. Por lo tanto, esta notificación de concentración tiene el carácter de obligatoria al superar el umbral de la letra a) del artículo 16 de la LORCPM.*
- 4.2.3. En cumplimiento de lo determinado en el artículo 5 de la LORCPM, relativo al mercado relevante, para efectos del análisis de la operación de concentración, con base en las características propias de este mercado, se *“(…) identificaron dos*

bricado 4

mercados relevantes dentro de la operación de concentración vertical: Mercado de Cemento- Mercado Geográfico: Territorio Ecuador y Mercado de Prefabricados- Mercado Geográfico: Territorio Ecuador.”

- 4.2.4. Los efectos competitivos que provocará en el Ecuador la operación de concentración supone un contrapeso a los riesgos de posibles prácticas anticompetitivas que puede ser inherente a las operaciones, desde la perspectiva de la competencia, la concentración económica puede aumentar la competitividad dentro de la industria, contribuyendo a mejorar el bienestar de los mercados y a elevar el nivel de vida en la comunidad, se analizan en función de los criterios de decisión que se detallan en el artículo 22 de la LORCPM, así:
- 4.2.5. En cumplimiento al artículo 22 numeral 1 de la LORCPM, sobre “(...) *El estado de situación de la competencia en el mercado relevante*”, se puede mencionar que la operación de concentración planteada, no crea, modifica o refuerza la posición de dominio sobre el mercado de prefabricados de hormigón ni el mercado de cemento en el territorio ecuatoriano; tampoco existen efectos verticales contrarios a la competencia porque las participaciones de las empresas adquirente y adquirida no permiten realizar conductas unilaterales que puedan afectar a las cadenas aguas arriba o aguas abajo analizadas.
- 4.2.6. Barreras de entrada: “(...) *la operación de concentración no afectaría la libre competencia ni la sana concurrencia en ninguna cadena vertical. En este sentido, no se requiere un análisis de efectos verticales, barreras de entrada o eficiencias porque esta operación no genera preocupaciones que se puedan derivar de la operación de concentración en el mercado ecuatoriano de cemento y prefabricados.*”
- 4.2.7. La Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, recomienda “(...) *AUTORICE la operación de concentración notificada por la Unión Nacional Andina de Cementos UCEM y la Empresa Pública Cementera del Ecuador EPCE EP de manera obligatoria de conformidad con el artículo 21 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.*”

QUINTO.- FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO.-

5.1. Fundamentos de hecho.

Unión Nacional Andina de Cementos UCEM, representada legalmente por su Gerente General Roberto Verner Foulkes Aguad, presentó el 31 de mayo de 2017, presentó ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado la Notificación Obligatoria de concentración económica, en observancia de lo previsto en el literal c) del artículo 14 de la LORCPM, consistente en la adquisición de acciones y activos por parte del operador económico Unión Cementera Nacional UCEM C.E.M., a Industria de Prefabricados Prefabricados Ecuador S.A., constituida por el Ministerio de Industrias y Productividad y Empresa Pública Cementera de Ecuador, UCEM es una Compañía de Economía Mixta, constituida el 24 de diciembre de 2013, como efecto de la fusión de las compañías Industrias



bricado 5

Guapán S.A. y Cementos Chimborazo C.A., tiene como objeto social la exploración, transformación y comercialización de bienes derivados de la industria del cemento, cales y calizas (información obtenida de la página de la Superintendencia de Compañías). La Industria de Prefabricados Prefabricadosecuador S.A. fue constituida por la EPCE y el MIPRO, el 07 de marzo de 2017, ante la Notaría Cuadragésima del cantón Quito e inscrita en el Registro Mercantil el 08 de marzo de 2017, su constitución se realizó con base al decreto ejecutivo Nro. 1174 de fecha 23 de agosto de 2016, todavía no tiene actividad económica. La Empresa Publica Cementera de Ecuador es una empresa pública creada mediante decreto ejecutivo Nro. 207, de 07 de enero de 2010, la cual tiene por objeto la industrialización, distribución y comercialización de cemento, cales, calizas, y demás materia prima relacionada; la fabricación de derivados de los mismos y de otros materiales de construcción. Los operadores económicos que se encuentran domiciliados en: Unión Cementera Nacional UCEM C.E.M en la calle Constituyente No. 37-21 y calle Brasil, ciudad de Riobamba, Provincia de Chimborazo, Industria de Prefabricados Prefabricadosecuador S.A. y la Empresa Publica Cementera de Ecuador, UCEM en el octavo piso del edificio Orellana 500, ubicado en la Av. Francisco de Orellana, E4-430 y Av. Amazonas, ciudad de Quito, provincia de Pichincha.

5.2. Fundamentos de derecho.

5.2.1. Constitución de la República del Ecuador.

Art. 213 establece que: *“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. [...]”*.

Numeral 6 del artículo 304, determina entre uno de los objetivos de la política comercial: *“Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten al funcionamiento de los mercados.”*.

Art. 336 prevé que: *“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.”*.

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

Las disposiciones constitucionales citadas se relacionan con lo establecido en el artículo 1 de la LORCPM, siendo uno de los objetos de la Ley el “[...] control y regulación de las operaciones de concentración económica [...]”, es decir que esta Superintendencia está facultada para autorizar las operaciones de concentración económica.

Al efecto, con sujeción a lo que prescriben los artículos: 14 literal c), 15 y 16 literal a) de la LORCPM, las operaciones de concentración económica, están obligadas a cumplir con el procedimiento de notificación contemplado en esta sección.

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. [...]”.

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

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

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

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

SEXTO.- CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS.-

6.1.- De la revisión realizada por la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas y del análisis documental efectuado por esta Comisión se advierte que la notificación de concentración económica realizada por el operador económico Unión Cementera Nacional UCEM C.E.M., es obligatoria, en observancia de lo previsto en el literal a) del artículo 16 de la LORCPM, considerando que, tiene un volumen de negocios producto de la operación de “USD 278.138.998,73 ” dólares de los Estados Unidos de América, superando el umbral para este sector de 200.000 remuneraciones básicas unificadas (USD 73.200.000) establecidos en la Resolución No. 009 de la Junta de Regulación publicada en Suplemento al Registro Oficial No. 622 de 6 de noviembre de 2015.

6.2.- Como criterio de decisión en atención a lo previsto en el artículo 22 numeral 1, se indica que: “la operación de concentración planteada, no crea, modifica o refuerza la posición de dominio sobre el mercado de prefabricados de hormigón ni el mercado de cemento en el territorio ecuatoriano; tampoco existen efectos verticales contrarios a la competencia

bricado 7



porque las participaciones de las empresas adquirente y adquirida no permiten realizar conductas unilaterales que puedan afectar a las cadenas aguas arriba o aguas abajo analizadas.”

SÉPTIMO.- DECISIÓN.- La Comisión de Resolución de Primera Instancia en uso de las atribuciones establecidas en el artículo 21 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado,

RESUELVE:

1. **Acoger** la recomendación formulada por la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, contenida en el Informe SCPM-ICC-0047-2017 de 31 de agosto de 2017, adjunto al Memorando SCPM-ICC-163-2017-M. de 01 de septiembre de 2017.
2. **Autorizar** la operación de concentración económica notificada obligatoriamente por el operador económico Unión Cementera Nacional UCEM C.E.M. y la Empresa Pública Cementera del Ecuador EPCE EP.
3. **Notifíquese** la presente Resolución a la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas y, a los operadores económicos Unión Cementera Nacional UCEM C.E.M. y la Empresa Pública Cementera del Ecuador EPCE EP.
4. **Rectificar** el lapsus calami existente en la providencia de avoco de fecha 08 de septiembre del 2017, a las 10h00, en la que esta Comisión de Resolución de Primera Instancia, signó al presente expediente administrativo con el número de trámite SCPM-CRPI-0047-2017, cuando lo correcto es el expediente No. SCPM-CRPI-0060-2017.
5. Actúe en calidad de Secretario Ad-hoc, de esta Comisión, el abogado Christian Torres Tierra.- **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.-**


Dr. Marcelo Ortega Rodríguez
PRESIDENTE CRPI


Dr. Agapito Valdez Quiñonez
COMISIONADO


Dr. Diego X. Jiménez Borja
COMISIONADO



bricado 8