

EXPEDIENTE SCPM-CRPI-2015-023

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISION DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- Quito 12 de mayo de 2015, a las 14h45.- **VISTOS:** El Superintendente de Control del Poder del Mercado designó al abogado Juan Emilio Montero Ramírez, Presidente de la Comisión, al doctor Agapito Valdez Quiñonez Comisionado; y, al doctor Marcelo Ortega Rodríguez Comisionado, mediante los actos administrativos correspondientes. En lo principal por corresponder al estado procesal del expediente el resolver, para hacerlo se considera:

PRIMERO.- COMPETENCIA.- La Comisión de Resolución de Primera Instancia 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 PROCESAL.- 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.- El señor José Antonio Contreras Ruíz, en calidad de apoderado especial del operador económico YURA S.A., y los señores Javier Robalino Orellana y Daniel Robalino Orellana en calidad de abogados patrocinadores del operador económico Yura S.A., presentaron el 30 de enero de 2015 ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado la Notificación Obligatoria de concentración económica, en observancia de lo previsto en el artículo 14 literal e) de la LORCPM.

3.2.- El economista José Andrade, Intendente de Control de Concentraciones remite a esta Comisión mediante memorando SCPM-ICC-115-2015-M de 8 de mayo de 2015, el Expediente No. SCPM-ICC-EXP-2015-004 e Informe SCPM-ICC-022-2015 *“sobre la Notificación Obligatoria de Concentración Económica Ingresada a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 30 de enero de 2015; notificada por YURA S.A., e iniciada la etapa de autorización el 13 de febrero de 2015”*.

3.3.- Esta Comisión mediante providencia de 11 de mayo de 2015, a las 14h05, avocó conocimiento del Informe SCPM-ICC-022-2015 remitido por la Intendencia de Control de Concentraciones.

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

4.1.- Alegaciones formuladas por el operador económico YURA S.A.-

El señor José Antonio Contreras Ruíz, en calidad de apoderado especial del operador económico YURA S.A., y los señores Javier Robalino Orellano y Daniel Robalino Orellana en calidad de abogados patrocinadores del operador económico Yura S.A., presentaron ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado la Notificación Obligatoria de concentración económica manifestando entre otros puntos, que:

- 4.1.1. En relación a la operación de concentración económica: *“Dentro de la estrategia cementera nacional [...] se estableció como compromiso emblemático, la incorporación de un socio estratégico privado para la constitución e implementación de un tercer polo cementero. Para ello, la EPCE presentó la propuesta de asociación empresarial, en concurso público, con el fin de desarrollar la actividad cementera [...] Con fecha 13 de octubre de 2014, mediante resolución EPCE-GG-2014-091, la empresa pública EPCE adjudicó el referido concurso público de socio estratégico a la empresa de origen peruano: YURA S.A.- Como resultado de la adjudicación de dicho concurso público, EPCE y YURA suscribieron el denominado ‘Acuerdo Marco para la Inversión del Nuevo Socio Estratégico Cementero’ que implica la asociación de YURA como socio estratégico para la operación de la sociedad Unión Cementera Nacional UCEM [...] La inversión se llevará a cabo mediante la suscripción de un aumento de capital social en la UCEM por parte de Yura por un importe equivalente a US\$ 230.000.000,00 (doscientos treinta 00/100 millones de dólares de los Estados Unidos de América), representativas del 63,5% del total del capital social resultante [...]”*.
- 4.1.2. En relación a la determinación del mercado relevante el notificante determina que: *“[...] es el mercado de producción y comercialización de cemento. Si bien existe algunas variedades de cemento, la materia prima principal es la misma: Clinker [...]”*. Adicionalmente, *“[...] El mercado geográfico de la presente operación de concentración es el Ecuador [...]”*. Finalmente, *“[...]El mercado de producción y comercialización de cemento corresponde las siguientes fases: i) extracción o compra de materia prima (principalmente Clinker); ii) procesamiento de materia prima y producción del compuesto (cemento) y iii) comercialización y distribución de cemento [...]”*.
- 4.1.3. Añaden en relación al volumen de negocios de los operadores económicos involucrados que: *“UCEM: El volumen de negocios proyectado a diciembre de 2014 es de US\$ 130.611.689,93 [...] EPCE: 313.437,74.YURA: US\$ 0,00 en Ecuador [...]”*.
- 4.1.4. Adicionalmente, en relación a la existencia de barreras de entrada económicas y legales, los notificantes, han manifestado que si existen estas barreras.

4.2.- Alegaciones formuladas por la Intendencia de Control de Concentraciones contenidas en el “Informe SCPM-ICC-022-2015”.-

En el análisis técnico realizado en el Informe SCPM-ICC-022-2015 de la Intendencia de Control de Concentraciones y remitido a esta Comisión se establece que:

- 4.2.1. En relación a la descripción de la concentración económica notificada consiste en *"[...] la adquisición directa de la participación mayoritaria de acciones de la empresa Unión Cementera Nacional UCEM C.E.M. por parte de la empresa peruana Yura S.a. a través del aumento de capital social de USD230.000.000, por lo que para efectos del caso se considerará que existe conclusión del acuerdo de conformidad con la letra a) del artículo 17 del RLORCPM, a partir del acuerdo en el cual las partes expresan su consentimiento, para este caso particular se considerará a partir de la fecha del acuerdo celebrado entre las partes mediante el 'Acuerdo Marco para la Inversión del Nuevo Socio Estratégico Cementero' suscrito por el Representante de la Empresa Pública Cementera del Ecuador y el Representante de Yura S.A. el 23 de enero de 2015 [...]"*.
- 4.2.2. Respecto de la determinación del volumen de negocios se precisa que: *"Si bien Yura S.A. no mantiene presencia en el mercado cementero ecuatoriano, mantiene una participación del 31.27% en la compañía Lechera Andina S.A. y mantiene relación indirecta con el Grupo Azucarero EQ2 S.A., empresas domiciliadas en Ecuador.- En este sentido, el volumen de negocios calculado en función del artículo 17 de la LORCPM esta calculado [...] Total 129.791.438"*.
- 4.2.3. La Intendencia de Control de Concentraciones formula un análisis económico del sector cementero, precisando que: *"[...] El término cemento engloba diversos aglutinantes que tienen en común la propiedad de fraguar cuando se mezclan con agua. Se distinguen tres mercados de producto: * Clinker.- Todos los tipos de cemento se derivan de este producto standard [...] * Cemento gris.- Se obtiene del Clinker molido y mezclado con otras sustancias como yeso, puzolanas, cenizas o escorias. [...] * Cemento blanco.- Su fabricación requiere un tipo especial de caliza para la producción de Clinker blanco. [...] La demanda de cemento se caracteriza por ser poco sensible a las variaciones de su precio, teniendo en cuenta que el cemento mantiene una baja participación en los costos de construcción, pero al mismo tiempo es un material fundamental e imprescindible en la misma [...]"*.
- 4.2.4. En cumplimiento de lo determinado en el artículo 5 de la LORCPM, relativo al mercado relevante, *"[...] para efectos del presente análisis de concentración, con base en la experiencia internacional y las características propias de este mercado se lo definió como el producto ofrecido por la empresa UCEM, que para los fines pertinentes es el cemento. Además se establece como mercado geográfico de la operación todo el territorio de la República del Ecuador."*

- 4.2.5. En atención a lo previsto en el artículo 22, numeral 1 de la LORCPM, sobre *“El estado de situación de la competencia en el mercado relevante”* se menciona que: *“[...] la estructura actual del mercado de cemento se encuentra altamente concentrado en el territorio nacional”*.
- 4.2.6. En observancia de lo determinado en el artículo 22, numeral 2 de la LORCPM, sobre *“El grado de poder de mercado del operador económico en cuestión y el de sus principales competidores”* se establece que: *“[...] existen pocos competidores en el mercado de cemento ecuatoriano y que específicamente la empresa UCEM posee una participación del 16,47%, convirtiéndose en un competidor importante del sector cementero”*.
- 4.2.7. En relación a lo previsto en el artículo 22, numeral 4 de la LORCPM, sobre *“la circunstancia de si a partir de la concentración se generare o fortaleciere el poder de mercado o se produjere una sensible disminución, distorsión y obstaculización, claramente previsible o comprobada, de la libre concurrencia de los operadores económicos y/o la competencia”* la ICC precisa que: *“[...] existen altos requerimientos de financiamiento para la inversión que les permita entrar a competir en el mercado bajo análisis; además encontrar yacimientos de Clinker supone un condicionamiento fuerte para nuevos operadores, ya que supone el insumo principal para la elaboración del cemento. Por lo que se puede concluir que la entrada de nuevos operadores se encuentra altamente condicionada al acceso a los recursos antes mencionados.”*.
- 4.2.8. Adicionalmente, en observancia de lo previsto en el artículo 22, numeral 5 de la LORCPM, sobre *“La contribución que la concentración pudiere aportar [...] se concluye que la operación de concentración notificada genera eficiencias en cuanto al aumento de producción de Clinker en el territorio nacional, lo que constituye un beneficio para el mercado de cemento”*.

QUINTO.- FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO.-

5.1. Fundamentos de hecho.

El señor José Antonio Contreras Ruíz, en calidad de apoderado especial del operador económico YURA S.A., y los señores Javier Robalino Orellano y Daniel Robalino Orellana en calidad de abogados patrocinadores del operador económico Yura S.A., presentaron ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado la Notificación Obligatoria de concentración económica manifestando, en relación a la operación, que:

“Dentro de la estrategia cementera nacional [...] se estableció como compromiso emblemático, la incorporación de un socio estratégico privado para la constitución e implementación de un tercer polo cementero. Para ello, la EPCE presentó la propuesta de asociación empresarial, en concurso público, con el fin de desarrollar la actividad cementera [...] Con fecha 13 de octubre de 2014, mediante resolución EPCE-GG-2014-091,

la empresa pública EPCE adjudicó el referido concurso público de socio estratégico a la empresa de origen peruano: YURA S.A.- Como resultado de la adjudicación de dicho concurso público, EPCE y YURA suscribieron el denominado 'Acuerdo Marco para la Inversión del Nuevo Socio Estratégico Cementero' que implica la asociación de YURA como socio estratégico para la operación de la sociedad Unión Cementera Nacional UCEM [...] La inversión se llevará a cabo mediante la suscripción de un aumento de capital social en la UCEM por parte de Yura por un importe equivalente a US\$ 230.000.000,00 (doscientos treinta 00/100 millones de dólares de los Estados Unidos de América), representativas del 63,5% del total del capital social resultante [...]

Adicionalmente, la Intendencia de Control de Concentraciones, mediante Informe SCPM-ICC-022-2015, de 08 de mayo de 2015, determinó que: i) el volumen de negocios de los operadores económicos involucrados en la concentración económica asciende a un de total 129.791.438; y, ii) el mercado relevante, se lo definió como el producto ofrecido por la empresa UCEM, que para los fines pertinentes es el cemento. Además se establece como mercado geográfico de la operación todo el territorio de la República del Ecuador.

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 e), 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.-

De la revisión realizada por la Intendencia de Control de Concentraciones y del análisis documental efectuado por esta Comisión se advierte que la notificación de concentración económica realizada por el operador económico YURA S.A. es obligatoria, en observancia de lo previsto en el literal a) del artículo 16 de la LORCPM, considerando que el volumen de negocios, conforme al último periodo fiscal, de la operación supera los 200.000 RBU establecidas en la Resolución No. 002 de la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

Otro criterio a considerar para tomar la decisión es el relacionado con el numeral 2 del artículo 22 de la LORCPM, es decir en relación al *“grado de poder de mercado del operador económico en cuestión y el de sus principales competidores”*, por cuanto realizado el análisis se establece que: *“[...] existen pocos competidores en el mercado de cemento ecuatoriano y que específicamente la empresa UCEM posee una participación del 16,47%, convirtiéndose en un competidor importante del sector cementero”*.

Finalmente, como criterio de decisión se acoge el contenido en el numeral 5 del artículo 22 de la LORCPM sobre *“La contribución que la concentración pudiere aportar [...] se*

concluye que la operación de concentración notificada genera eficiencias en cuanto al aumento de producción de Clinker en el territorio nacional, lo que constituye un beneficio para el mercado de cemento”.

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 Control de Concentraciones contenida en el Informe SCPM-ICC-022-2015 que fue remitido a esta Comisión mediante memorando SCPM-ICC-115-2015-M de 8 de mayo de 2015.
2. **Autorizar** la operación de concentración económica notificada obligatoriamente por el operador económico YURA S.A., consistente en “[...] *la adquisición directa de la participación mayoritaria de acciones de la empresa Unión Cementera Nacional UCEM C.E.M. por parte de la empresa peruana Yura S.A. a través del aumento de capital social de USD230.000.000, por lo que para efectos del caso se considerará que existe conclusión del acuerdo de conformidad con la letra a) del artículo 17 del RLORCPM [...]*”.
3. Notifíquese la presente Resolución a la Intendencia de Control de Concentraciones y al operador económico YURA S.A. en la casilla judicial Nro. 2297 del Palacio de Justicia de la ciudad de Quito y en la casilla electrónica: drolalino@pazhorowitz.com.

Actúe en calidad de Secretaria, de esta Comisión, la doctora Marcel Carrera Montalvo.-
NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y PUBLIQUESE.-

Ab. Juan Emilio Montero Ramírez
PRESIDENTE CRPI

Dr. Agapito Valdez Quinonez
COMISIONADO

Dr. Marcelo Ortega Rodríguez
COMISIONADO