Expediente No. SCPM-CRPI-2015-050

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISION DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- Quito 17 de septiembre de 2015, a las 15h45.- **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, quienes en uso de sus atribuciones disponen que se agregue al expediente el escrito presentado por el abogado Julio Jurado Vivar, apoderado del operador económico CASARACRA S.A., ingresado en la Secretaría General de la SCPM el 17 de septiembre de 2015, a las 14h34. 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 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.- El señor Roberto Foulkes Aguad, en calidad de apoderado del operador económico CASARACRA S.A., y los doctores Julio Jurado V. y Mario Prado M. en calidad de abogados patrocinadores del operador económico Casaracra S.A., presentaron el 9 de septiembre 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 Investigación y Control de Concentraciones Económicas remite a esta Comisión mediante memorando SCPM-ICC-196-2015-M de 14 de septiembre de 2015, el Expediente No. SCPM-ICC-EXP-2015-025 e Informe SCPM-ICC-046-2015 "*sobre la Notificación Obligatoria de Concentración Económica Ingresada a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el día 09 de septiembre de 2015; notificada por CASARACRA S.A.*".

3.3.- Esta Comisión mediante providencia de 15 de septiembre de 2015, a las 16h05, avocó conocimiento del Informe SCPM-ICC-046-2015 remitido por la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas.

3.4.- El operador económico CASARACRA S.A. presento el 17 de septiembre de 2015, a las 14h34, ante la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, un escrito aclaratorio en el proceso de concentración entre el operador económico CASARACRA S.A. y el operador económico UCEM C.E.M.

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

4.1.- Alegaciones formuladas por el operador económico *CASARACRA S.A.*-

El señor Roberto Foulkes Aguad, en calidad de apoderado del operador económico CASARACRA S.A., y los doctores Julio Jurado V. y Mario Prado M. en calidad de abogados patrocinadores del operador económico Casaracra 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 ésta consiste en: "*la adquisición directa de la participación mayoritaria de acciones de la Unión Cementera Nacional UCEM C.E.M., a través de un aumento de capital por USD $ 230´000.000,00, por parte de Casaracra S.A., en virtud de que Yura S.A., seleccionada como Socio Estratégico, fue autorizada por la Empresa Pública Cementera del Ecuador EPCE, a realizar la inversión a través de un vehículo societario de su propiedad […]*".

4.1.2. En relación a la determinación del mercado relevante el notificante determina que: "Esta descrita en el expediente No. SCPM-CRPI-2015-023 de mayo de 2015, presentado por YURA S.A.", es decir: "*[…] 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 […]*"[1].

4.1.3. Añaden en relación al volumen de negocios de los operadores económicos involucrados precisan que: "*Esta descrita en el expediente No. SCPM-CRPI-2015-023 de mayo de 2015, presentado por YURA S.A.*", es decir: "*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 […]*"[2].

4.1.4. Adicionalmente, en relación a la existencia de barreras de entrada económicas y legales, los notificantes, han manifestado que: "*Esta descrita en el expediente No.*

[1] Fuente Formulario para la Notificación de Operaciones de Concentración Económica, presentado por el operador económico YURA S.A., constante en el expediente administrativo No. SCPM-CRPI-2015-023.
[2] Fuente Formulario para la Notificación de Operaciones de Concentración Económica, presentado por el operador económico YURA S.A., constante en el expediente administrativo No. SCPM-CRPI-2015-023.

SCPM-CRPI-2015-023 de mayo de 2015, presentado por YURA S.A.", es decir: si existen estas barreras.

4.2.- Alegaciones formuladas por la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas contenidas en el "*Informe SCPM-ICC-046-2015*".-

En el análisis técnico realizado en el Informe SCPM-ICC-046-2015 de la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas y remitido a esta Comisión se establece que:

4.2.1. En relación a la descripción de la concentración económica notificada se precisa que: "*[…]El 23 de enero de 2015 los representantes de Yura S.A: y de la EPCE suscriben el Acuerdo marco para la inversión del nuevo socio estratégico cementero, el mismo establece que Yura S.A. realizará una inversión, mediante la suscripción de un aumento de capital social en la UCEM por un valor de USD 230.000.000, a través de la suscripción de 5.750.000 acciones ordinarias, representativas del 63.5% del total del capital social resultante. Una vez que Yura S.A. haya adquirido la mayoría de capital accionario, tendrá la opción de implementar la transformación de UCEM a una sociedad anónima para optimizar la funcionalidad operativa de esta […] Yura S.A. decidió utilizar a su subsidiaria Casaracra S.A., para suscribir y pagar el aumento de capital en UCEM, en calidad de inversionista, un Contrato de Inversión con el Ministerio Coordinador de la Producción, Empleo y Competitividad , aprobado por el Consejo Sectorial de la Producción, mediante Resolución No. CSP-2015-07EX-02C, de 2 de julio de 2015 […]*".

Es decir que la operación de concentración económica notificada por Casaracra S.A. 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 Casaracra S.A., en virtud de que Yura S.A. fue autorizada por la Empresa Pública Cementera del Ecuador, a realizar la inversión a través de su subsidiaria*".

4.2.2. Respecto de la determinación del volumen de negocios se precisa que: "*Casaracra S.A: no está domiciliada en el Ecuador y no realiza actividades económicas en el Ecuador; sin embargo, Yura S.A., su principal accionista, si bien 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 […] Total 129.791.438*".

4.2.3. La Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas 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 substancias 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 en 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%,*". Por otra parte la SCPM ha determinado que: "*[…] no existe poder de mercado en el lado de la demanda, debido a que no hay grandes clientes en Ecuador que puedan negociar o influenciar sobre los precios a los cuales se comercializa el cemento […]*".

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*".

José Bosmediano E15-68 y José Carbo ■ Telf.: (593) 23956 010 ■ www.scpm.gob.ec ■ Quito-Ecuador

QUINTO.- FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO.-

5.1. Fundamentos de hecho.

El señor Roberto Foulkes Aguad, en calidad de apoderado del operador económico CASARACRA S.A., y los doctores Julio Jurado V. y Mario Prado M. en calidad de abogados patrocinadores del operador económico Casaracra S.A., presentaron ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado la Notificación Obligatoria de concentración económica, consiste en: "*la adquisición directa de la participación mayoritaria de acciones de la Unión Cementera Nacional UCEM C.E.M., a través de un aumento de capital por USD $ 230´000.000,00, por parte de Casaracra S.A., en virtud de que Yura S.A., seleccionada como Socio Estratégico, fue autorizada por la Empresa Pública Cementera del Ecuador EPCE, a realizar la inversión a través de un vehículo societario de su propiedad […]*".

Adicionalmente, la Intendencia de Control de Concentraciones, mediante Informe SCPM-ICC-046-2015, de 11 de septiembre 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.

Art. 1.- Se determina como 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.- Previa calificación jurídica de los hechos que se analizan en la operación de concentración económica notificada por el operador económico Casaracra S.A., esta Comisión toma en cuenta las alegaciones formuladas por el operador en su escrito ingresado en la Secretaría General de la SCPM el 17 de septiembre de 2015, a las 14h34, en lo principal que: "*[…] 2. Por un error, en el campo denominado Fecha de conclusión del acuerdo del Formulario para la Notificación de Operaciones de Concentración Económica, se hizo constar el 23 de enero de 2015, que es la fecha en que el acuerdo se firmó con nuestra vinculada Yura S.A.*"; agregando que: "*3. Al 9 de septiembre de 2015, fecha de notificación de concentración económica, el acuerdo para que Casaracra S.A. realice la operación de concentración en lugar de Yura S.A:, extraoficialmente se nos informó que se había aceptado la cesión entre Yura y Casaracra, pero esta no se encontraba formalizada*".

Finalmente, precisa que: "*4. El acuerdo para que Casaracra S.A. realice la operación de concentración, se formalizó y concluyó el 10 de septiembre 2015, con la suscripción, por parte de la Empresa Pública Cementera del Ecuador EPCE, de la aceptación de cesión de derechos del Acuerdo Marco para la Inversión del Nuevo Socio Estratégico Cementero […]*

y solicita se considere al 10 de septiembre de 2015, como fecha de conclusión del acuerdo […]".

De las aseveraciones formuladas por el operador económico Casaracra S.A. se infiere que:

- El día miércoles 9 de septiembre de 2015 concluyó el proceso de negociación entre acuerdo entre los operadores económicos Casaracra S.A. y la Empresa Pública Cementera del Ecuador EPCE, accionista mayoritario del operador económico Unión Cementera Nacional UCEM C.E.M.

- El acuerdo llevado a cabo se refiere a la aceptación que realiza la Empresa Pública Cementera del Ecuador EPCE respecto a la cesión ordinaria de derechos que efectúa el operador económico Yura S.A. en favor del operador Casaracra S.A., a efecto que adquiera y reciba en perpetua enajenación, los respectivo derechos inherentes y derivados del Acuerdo Marco para la Inversión del Nuevo Socio Estratégico Cementero de 23 de enero de 2015.

- La formalización del acuerdo entre los operadores económicos Casaracra S.A. y la Empresa Pública Cementera del Ecuador EPCE, accionista mayoritario del operador económico Unión Cementera Nacional UCEM C.E.M., se formalizó el 10 de septiembre de 2015, es decir, cumpliendo con lo previsto en el inciso tercero del artículo 16 de la LORCPM.

6.2.- 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 CASARACRA 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*". Por otra parte la SCPM ha determinado que: "*[…] no existe poder de mercado en el lado de la demanda, debido a que no hay grandes clientes en Ecuador que puedan negociar o influenciar sobre los precios a los cuales se comercializa el cemento […]*".

Adicionalmente, 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-046-2015 que fue remitido a esta Comisión mediante memorando SCPM-ICC-196-2015-M de 14 de septiembre de 2015.

2. **Autorizar** la operación de concentración económica notificada obligatoriamente por el operador económico CASARACRA 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 Casaracra S.A., a través del aumento de capital social de USD230.000.000.*

3. Notifíquese la presente Resolución a la Intendencia de Control de Concentraciones y al operador económico CASARACRA S.A. en la en la casilla electrónica jurídico.prado17@foroabogados.ec y en el casillero judicial 1338 de esta ciudad de Quito.

4. Actúe en calidad de Secretario de esta Comisión el abogado Christian Torres Tierra.- **NOTIFIQUESE y CÚMPLASE.-**

CERTIFICACIÓN ELECTRÓNICA
BANCO CENTRAL DEL ECUADOR
Firmado Digitalmente por: JUAN EMILIO MONTERO RAMIREZ
Razon Social: SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO
Cargo: PRESIDENTE COMISION DE RESOLUCION DE PRIMERA INSTANCIA
Hora oficial Ecuador: 17/09/2015 16:10

Ab. Juan Emilio Montero Ramírez
PRESIDENTE C[illegible]

CERTIFICACIÓN ELECTRÓNICA
BANCO CENTRAL DEL ECUADOR
Firmado Digitalmente por: AGAPITO VALDEZ QUINONEZ
Razon Social: SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO
Cargo: COMISIONADO DE RESOLUCION DE PRIMERA INSTANCIA
Hora oficial Ecuador: 17/09/2015 16:17

Dr. Agapito Valdez Quiñonez
COMISIONADO

CERTIFICACIÓN ELECTRÓNICA
BANCO CENTRAL DEL ECUADOR
Firmado Digitalmente por: MARCELO HERNAN ORTEGA RODRIGUEZ
Razon Social: SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO
Cargo: COMISIONADO
Hora oficial Ecuador: 17/09/2015 16:12

Dr. Marcelo Ortega Rodríguez
COMISIONADO