

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- Quito, 19 de febrero de 2015, a las 15h40.-

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 Titular y al doctor Marcelo Ortega Rodríguez, Comisionado Titular, mediante los actos administrativos correspondientes. Por ausencia temporal (vacaciones) del doctor Marcelo Ortega Rodríguez, actúan únicamente los Comisionados Juan Emilio Montero Ramírez y Agapito Valdez Quiñonez. Por corresponder al estado procesal del expediente el de resolver, para hacerlo se considera:

PRIMERO.- COMPETENCIA.- La Comisión de Resolución de Primera Instancia es competente para resolver el presente recurso de reposición, por mandato legal contenido en el artículo 66 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y en atención a que el recurso ordinario horizontal de reposición fue interpuesto dentro del término legal.

SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.- El recurso de reposición ha sido tramitado de conformidad con las disposiciones contempladas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y su Reglamento de Aplicación, observando para el efecto las garantías básicas del debido proceso y derecho de defensa, consagradas en el artículo 76 de la Constitución de la República, por lo tanto, no existe vicio, error o nulidad que pueda influir en la decisión del presente expediente, razón por la cual, se declara la validez procesal.

TERCERO.- ANTECEDENTES PROCESALES.-

3.1.- El 7 de julio de 2014, el doctor Diego Pérez Ordoñez, en su calidad de Apoderado Especial de Holcim Ltd., y el doctor Mario Flor, Apoderado Especial de Lafarge S.A., presentan en la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, una notificación de concentración obligatoria, al amparo de lo que establecen los artículos 15 y 16 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, operación que consiste en la fusión internacional (fusión entre iguales) entre Holcim Ltd., matriz domiciliada en Suiza y la Lafarge S.A., matriz domiciliada en Francia.

3.2.- En el Informe SCPM-ICC-048-2014, remitido a esta Comisión mediante memorando SCPM-ICC-250-2014-M de 30 de septiembre de 2014, suscrito por la economista Cumandá Almeida H, Intendenta de Control de Concentraciones, se establece lo siguiente:

3.2.1.- El volumen de negocios alcanza los USD 703.61 millones para el período fiscal 2013, es decir que éste volumen supera las 200.000 Remuneraciones Básicas Unificadas determinadas por la Junta de Regulación mediante resolución No. 002. ↓

- 3.2.2.-** Como parte de la operación de concentración, y según el “*Business Combination Agreement*” (Contrato de Combinación de Negocios) las partes pretenden implementar un programa de desinversiones a lo que llaman “*paquete de desinversión*”. Este paquete incluye en el Ecuador la venta total de activos de la empresa Lafarge Cementos S. A. Sin embargo, a la fecha de finalización del informe, no se ha llevado a cabo la venta de los activos de la empresa Lafarge Cementos S.A., a ninguna empresa tercera independiente, por lo que no se puede considerar que haya existido una desinversión efectiva que permita valorar el impacto en la operación de concentración notificada por Holcim Ltd. y Lafarge S.A.
- 3.3.-** Entre los efectos que provocaría en el Ecuador la fusión internacional entre Holcim Ltd., y Lafarge S.A., al amparo de lo previsto en el artículo 22 de la LORCPM, serían las siguientes:
- 3.3.1.-** En relación al “*estado de situación de la competencia en el mercado relevante*” la estructura actual del mercado de cemento se encuentra altamente concentrado en el territorio nacional.
- 3.3.2.-** En atención al “*grado de poder de mercado del operador económico en cuestión y el de sus principales operadores*” existen pocos competidores en el mercado de cemento ecuatoriano y que específicamente la empresa Holcim Ecuador S.A., mantiene una participación del 69,64% y por su parte Lafarge Cementos S.A., posee una participación del 25, 48 %, lo cual permite tener influencia en el mercado.
- 3.3.3.-** Respecto de “*la necesidad de desarrollar y/o mantener la libre competencia de los operadores económicos en el mercado, considerando su estructura así como los actuales o potenciales competidores*” es necesario desarrollar la libre competencia de los operadores económicos en el mercado, pues, existen altos riesgos, debido a la estructura actual de realizarse prácticas anticompetitivas.
- 3.3.4.-** 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 competencia de los operadores económicos y/o la competencia*” se determina que la estructura de mercado es altamente concentrada, donde de efectuarse la operación de concentración entre las subsidiarias ecuatorianas de Holcim Ltd. y Lafarge Cementos S.A., se incrementaría el poder de mercado, llevándolo a acumular más del 95% del mercado y eso posibilitaría efectuar prácticas anticompetitivas.
- 3.3.5.-** En relación a “*la contribución que la concentración pudiere aportar(...)*” se concluye que las eficiencias alegadas por el notificante a nivel internacional podrán ser confirmadas y valoradas por cada una de las autoridades de competencia a nivel mundial,

no obstante, a nivel nacional los notificantes no han presentado eficiencias específicas de esta operación.

3.4.- Adicionalmente la Intendencia de Control de Concentraciones precisa que no existió hasta el 30 de septiembre de 2014, una desinversión efectiva de los activos que Lafarge S.A., mantiene en Ecuador, y que la operación notificada incrementaría los niveles de concentración en el mercado ecuatoriano de producción de cemento y aumentaría el riesgo de prácticas anticompetitivas de afectación directa a los consumidores y a los mercados conexos.

CUARTO.- ARGUMENTOS DEL RECURSO.- El doctor Diego Pérez Ordoñez, en calidad de apoderado especial de Holcim Ltd. y doctor Mario Alejandro Flor, en su condición de apoderado especial de Lafarge S.A, mediante escrito presentado en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el 26 de noviembre de 2014, a las 15h37, interpusieron recurso de reposición respecto a la resolución expedida por esta Comisión el 28 de octubre de 2014, por medio de la cual se deniega la operación de concentración económica notificada por Holcim y Lafarge, manifestando que:

4.1.- La motivación de un acto administrativo no se refiere nada más a la necesidad de explicar la pertinencia de los hechos para la aplicación de una determinada norma, ésta se refiere también a tomar en cuenta todos los hechos y circunstancias relacionados con la materia objeto del acto administrativo, y aplicar la norma correspondiente en virtud de todos los hechos relevantes, y no solo algunos de ellos.

4.2.- En relación al acápite cuarto, punto 3 de la Resolución de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, expresan los impugnantes que, *“si bien la Comisión negó la transacción con bases técnicas respaldadas en los hechos y circunstancias verificables al momento, ésta no otorgó suficiente importancia i) al hecho de que la SCPM había autorizado la transacción entre la Lafarge e Inversiones Imbabura S.A., es decir, autorizó el programa de desinversiones ofrecido por Holcim Lafarge; ii) ni al hecho de que el proceso de venta de las acciones de Lafarge Cemento S.A, se encontraba en curso.”*

4.3.- Al momento existe un elemento de convicción adicional que es la transacción concretada entre Lafarge y UNACEM (a través de Inversiones Imbabura S.A.) el 25 de noviembre de 2014, mediante la cual el proceso de desinversión en Ecuador, a través de la venta de acciones de la empresa Lafarge Cementos S.A., y sus filiales, previamente autorizado por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, ha culminado y por lo tanto la compañía Lafarge, empresa de nacionalidad francesa, no opera ni dispone de activos en el mercado de cemento en Ecuador a la presente fecha. Han desaparecido los potenciales efectos que la concurrencia de estos dos operadores económicos en el mismo mercado hubiera podido generar en Ecuador. Una vez concluida la venta de las acciones de la compañía Lafarge Cementos S.A, y sus filiales en

Ecuador, la empresa peruana, inversiones Imbabura S.A., constituye un nuevo operador económico desde el punto de vista de la conformación del mercado en Ecuador.

QUINTO.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.-

5.1.- Legalmente se encuentra determinado en el artículo 66 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en su inciso primero que: *“Los actos administrativos de los diferentes niveles administrativos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrán ser recurridos en sede administrativa mediante el recurso ordinario horizontal de reposición”*.

5.2.- Doctrinariamente el tratadista Guillermo Cabanellas de Torres¹ denomina al recurso administrativo como: *“a cada uno de los particulares que pueden intervenir contra las resoluciones administrativas y ante los propios organismos de la administración pública. En términos generales, puede decirse que esos recursos son el de reposición o reconsideración. El recurso de reposición o reconsideración, es el que se interpones ante la autoridad u organismo que haya dictado la resolución impugnada.”*.

Adicionalmente, en relación al recurso de reposición, el jurista nacional doctor Nicolás Granja Galindo², citando a Enrique Sayagués Laso, señala que: *“El recurso de reposición es el que se plantea ante el órgano que dictó el acto administrativo impugnado, a fin de que lo revoque, lo reforme o lo sustituya por otro.”*.

SEXTO.- ANÁLISIS DEL RECURSO PROPUESTO.-

6.1.- En el presente análisis hay que considerar adicionalmente lo manifestado por la economista Cumanda Almeida, Intendente de Control de Concentraciones, quien mediante memorando SCPM-ICC-336-2014, de fecha 16 de diciembre de 2014, (fs.62), precisa que: *“(...) a la fecha de finalización de la fase de investigación y de la elaboración del informe de la operación de concentración económica entre Lafarge S.A., y Holcim Ltd., no existió una desinversión efectiva de los activos que Lafarge S.A., mantiene en Ecuador, siendo este particular uno de los diversos argumentos considerados para los resultados del informe SCPM-ICC-048-2014(...)”*.

Adicionalmente, hay que recalcar que *“(...) El control de concentraciones empresariales encuentra su justificación en aquellas operaciones de concentración que pueden plantear un problema a la competencia al establecer estructuras de mercado irreversibles (o reversibles a muy alto costo) que limiten o restrinjan la competencia en perjuicio de consumidores (...)”*³ y en la especie la Intendencia de Control de Concentraciones realizó y remitió a esta Comisión un

¹ Guillermo Cabanellas de Torres. Diccionario de Ciencias Jurídicas. Editorial Helietta. Buenos Aires. 2006. Pág. 812

² Nicolás Granja Galindo. Fundamentos del Derecho Administrativo. Editorial Universitaria. Segunda Edición. Quito 1992. Pág. 386.

³ Juan Carlos Riofio Martínez (Edt.). Régimen de la Competencia. Corporación de Estudios y Publicaciones. Primera Edición. Pág. 371.

informe detallado en relación a la operación de concentración económica presentada por Holcim y Lafarge.

6.2.- En la especie, el recurso se contrae a indicar que hay que considerar un elemento adicional en la notificación obligatoria de concentración económica, éste es que el 25 de noviembre de 2014 se realizó una transacción económica entre Lafarge y Unacem, mediante la cual se llevó a cabo el proceso de desinversión en Ecuador, a través de la venta de acciones de la empresa Lafarge Cementos S.A., y sus filiales.

Este mecanismo en el que se fundamenta la impugnación materia del recurso, en nada cambia la realidad jurídica establecida en la Resolución impugnada, por cuanto a la fecha de finalización de la fase de investigación y de la elaboración del informe de la ICC respecto de la operación de concentración económica entre Lafarge S.A., y Holcim Ltd., no existió una desinversión efectiva de los activos que Lafarge S.A., mantiene en Ecuador.

6.3.- Según se aprecia de las alegaciones y afirmaciones efectuadas por los operadores económicos, Lafarge S.A., es una compañía que ha sido vendida en un 98.5% de su paquete accionario, por lo tanto, ya no opera en el mercado de cemento de Ecuador. Consecuentemente, no existe una explicación coherente, lógica, técnica y jurídica sobre el interés del operador económico Holcim Ltd., de quererse fusionar con Lafarge S.A.

Adicionalmente, los operadores económicos que interpusieron el recurso en análisis no han determinado con claridad cuáles son los vicios de forma o de fondo que adolece la Resolución de 28 de octubre de 2014, a las 10h00, emitida por ésta Comisión. Resolución que cumple además con el principio constitucional de motivación consagrado en el artículo 76 numeral 7 literal 1) de la Constitución de la República del Ecuador y los operadores económicos no han logrado puntualizar su vulneración.

6.4.- Las normas jurídicas por lo general son hipótesis que establecen un presupuesto de hecho, determinando una relación causa- efecto, por lo tanto, los hechos son el sustento de la aplicación normativa, en este sentido, las recomendaciones expresadas en el informe SCPM-ICC-048-2014, se sustentan en análisis técnicos y circunstancias de hecho y no bajo probabilidades de ejecución de una desinversión como remedio para preservar la competencia efectiva.

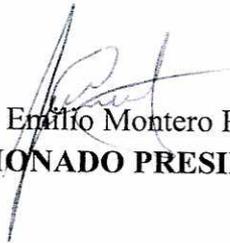
En definitiva, la resolución pronunciada el 28 de octubre de 2014, a las 10h00, objeto del recurso de reposición, dentro de su parte expositiva, considerativa y resolutive, guarda debida coherencia y lógica jurídica, al tiempo que desarrolla en debida forma los argumentos fácticos, enmarcados en las normas constitucionales de los artículos 75, 76 y 82 de la Carta Fundamental del Estado ecuatoriano, garantizando a las partes intervinientes la tutela judicial efectiva, derecho de defensa, debido proceso y seguridad jurídica, así como aplicando correctamente las disposiciones legales consagradas en los artículos 5,6, 14, 15, 16 y 22 de la Ley Orgánica de Regulación y

Control del Poder de Mercado, decisión que se expresa mediante un razonamiento lógico y una motivación razonada.

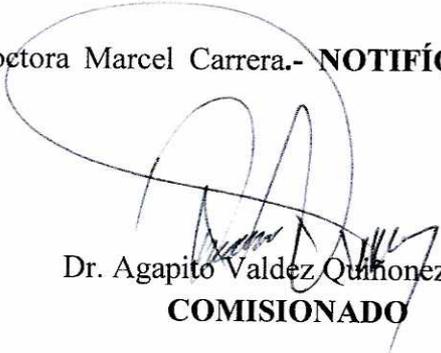
SÉPTIMO.- DECISIÓN.- La Comisión de Resolución de Primera Instancia en uso de las atribuciones establecidas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y su Reglamento,

RESUELVE:

1. Negar por improcedente el recurso ordinario y horizontal de reposición indebidamente interpuesto por los operadores económicos Holcim Ltd., y Lafarge S.A.
2. Agregar al expediente el escrito presentado por los doctores Mario Alejandro Flor López y Diego Andrés Pérez Ordoñez, cuya habilitación legal para comparecer a favor de Holcim y Lafarge, se encuentra justificada en los recaudos procesales.
3. Actúe en calidad de Secretaria Ad-hoc la doctora Marcel Carrera.- **NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y PUBLÍQUESE.-**



Ab. Juan Emilio Montero Ramírez
COMISIONADO PRESIDENTE



Dr. Agapito Valdez Quinonez
COMISIONADO