EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-0028-2018

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISION DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- Quito, D.M. 19 de junio de 2018, a las 16h57.-**VISTOS**: El Superintendente de Control del Poder de 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 disponen: i) Agregar al expediente el escrito presentado por el operador económico TERRAFERTIL S.A., recibido en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 15 de junio de 2018, a las 16h38, constante en dos (2) páginas y un anexo de 4 páginas, ii) Agregar al expediente el escrito presentado por el operador económico TERRAFERTIL S.A., recibido en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 18 de junio de 2018, a las 14h09, constante en dos (2) páginas y un anexo de 4 páginas, por corresponder al estado procesal del expediente el resolver, la Comisión de Resolución de Primera Instancia para hacerlo se considera:

PRIMERO.- COMPETENCIA.- La Comisión de Resolución de Primera Instancia Mercado (o 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 (o en RLORCPM), 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 operador económico NESTLÉ S.A., representada legalmente por Ricardo Cortes-Monroy Castillo, Christian Johnson y Liliana de Miranda y como Apoderados Especiales los abogados Ana Samudio Granados, Francisco Rosales Ramos y Xavier Rosales Kuri ingresaron el 09 de febrero de 2018, a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (o en adelante SCPM), la notificación de operación de concentración económica obligatoria presentada por el operador económico NESTLÉ S.A., que se analiza está obligada a cumplir con el proceso de control y regulación económica dispuesto en el artículo 15 de la LORCPM. La operación de concentración económica que se analiza en el presente resolución, está obligada a cumplir con el proceso de control y regulación económica dispuesto en el artículo 15 de la LORCPM, por cuanto cumple con la condición señalada en el literal a) del artículo 16 de la LORCPM. La misma consiste en la adquisición por parte de la compañía NESTLÉ

COMISIÓN DE RESOLUCIÓN PRIMERA INSTANCIA

S.A. del 60% de acciones del Holding Suiza (compañía constituida con el propósito específico de realizar la presente operación), la cual posee el 100% del paquete accionario de la empresa estadounidense TERRA HOLDINGS GROUP LLC. Ésta última, a su vez posee el 99% de acciones de la empresa TERRAFERTIL S.A., por lo cual, producto de la transacción, le otorgará al operador económico notificante la capacidad de dirigir las actividades de la empresa TERRAFERTIL S.A., al poseer indirectamente el 60% de sus acciones.

3.2.- La economista Francis Gaona Reyes, Intendente de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, remite a esta Comisión, el memorando SCPM-ICC-143-2018-M, de 11 de junio de 2018 en el que realiza la Entrega del Expediente Digital No. SCPM-ICC-0004-2018 e informe No. SCPM-ICC-0021-2018-I.

3.3.- La CRPI., mediante providencia de 13 de junio del 2018 a las 16h00, avocó conocimiento del informe SCPM-ICC-0021-2018-I de 08 de junio de 2018, relacionada con la notificación obligatoria de concentración económica presentada por el operador económico NESTLÉ S.A. por adquisición del 60% de acciones del Holding Suiza (compañía constituida con el propósito específico de realizar la presente operación), la cual posee el 100% del paquete accionario de la empresa estadounidense TERRA HOLDINGS GROUP LLC. Ésta última, a su vez posee el 99% de acciones de la empresa TERRAFERTIL S.A., por lo cual, producto de la transacción, le otorgará al operador económico notificante la capacidad de dirigir las actividades de la empresa TERRAFERTIL S.A., al poseer indirectamente el 60% de sus acciones, en el que en lo principal: *"(...)* ***RESUELVE: 1) AVOCAR CONOCIMIENTO*** *del Informe No. SCPM-ICC-0021-2018-I de 11 de junio de 2018, relacionado con la notificación de concentración económica obligatoria notificada por la abogada Ana Samudio Granados, Apoderada Especial del operador económico NESTLE S.A.* ***2)*** *Signar el presente expediente administrativo con el número de trámite* ***SCPM-CRPI-0028-2018. 3)*** *Incorporar como parte del presente expediente el* ***INFORME SCPM-ICC-0021-2018-I*** *de 08 de junio de 2018, así como los memorandos SCPM-ICC-143-2018-I de fecha 11 de junio de 2018, y memorando SCPM-ICC-145-2018-M de fecha 11 de junio de 2018, emitido por la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas (...)"*

3.4.- La Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, a través de la economista Francis Gaona Reyes, en su Informe No. *SCPM-ICC-017-2018-I*, recomienda: *"En función de la información analizada en este Informe y por las conclusiones expuestas, la ICC recomienda* ***AUTORIZAR*** *la operación de concentración notificada por el operador económico NESTLÉ S.A., 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 NESTLÉ S.A.

El operador económico NESTLÉ S.A., representado legalmente por Ricardo Cortes- Monroy Castillo, Christian Johnson y Liliana de Miranda, a través de su Apoderada Especial la abogada Ana Samudio Granados, ingreso el 09 de febrero de 2018, a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado la notificación de operación de concentración económica obligatoria, 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: *"(...) La operación económica sometida a aprobación por esta Superintendencia consiste en la adquisición directa por parte de Nestlé S.A., una sociedad construida y existente de conformidad con las Leyes de Suiza, (el "Comprador" o Nestlé), respecto del 60% de las acciones representativas del capital social de Holding Suiza (Según dicho término se define más adelante), una sociedad de propósito específico constituido de conformidad con las leyes de Suiza, cuyas acciones son de propiedad de Terra Holding Group LLC, e indirectamente, entre otros, del 60% de las acciones representativas del capital social de Terrafertil S.A., una sociedad organizada y existente al amparo de las leyes dela República del Ecuador (la "Sociedad Adquirida" o "Terrafertil S. A.") en línea con el propósito de Nestlé de ofrecer nuevas e innovadoras alternativas nutricionales que benefician la salud y bienestar del consumidor. Terra Holdings Group LLC, unas sociedad organizada existente en el amparo de las leyes del Estado de Nevada, Estados Unidos de América es propietaria del total o de la mayoría de acciones representativas de capital social de sociedades subsidiarias en Ecuador, Chile, Perú, Brasil, Argentina, Colombia, México, Estados Unidos y Reino Unido (conjuntamente "Grupo Terrafertil"). (...)" "(...) para efectos de la conducción de esta operación, se creará una estructura societaria mediante la constitución de diferentes sociedades de propósito específico, en las cuales Terra Holdings Group LLC (la "Vendedora") aportará las acciones representativas del capital social de las sociedades del Grupo Terrafertil. En caso de la Sociedad Adquirida, la Vendedora transferirá las acciones representativas de su capital social a una sociedad de propósito específico, constituida de conformidad con las leyes de Suiza (la "Holding Suiza"). Sujeto a ciertas condiciones suspencivas, incluyendo la autorización por parte de esta Superintendencia, (...)" "(...) La vendedora transferirá a Nestlé y Nestlé adquirirá el 60% de las acciones representativas del capital de social de la Holding Suiza (las "Acciones"), lo cual implicará, la transferencia indirecta del control sobre la Sociedad Adquirida, Asimismo, directa o indirectamente adquirirá el 100% de los derechos de propiedad industrial de las sociedades que conforman el Grupo Terrafertil (...)" "(...) Las resaltan que la presente notificación obedece exclusivamente a que el volumen combinado de negocios de los operadores participes supera el umbral determinado al efecto por la Junta de Regulación (...)" " "(...) pues futo de la operación el Comprador no adquiere poder de mercado, ni agrega una cuota de participación igual o superior al 30% en ninguno de los mercados relevantes afectado por la operación (...)" Nestlé, es la cabeza del Grupo Nestlé, con presencia a nivel mundial. Nestlé no realiza actividades económicas en forma directa en Ecuador, perp participa en el mercado nacional a través de sus filiales Nestlé Ecuador S.A.,*

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO
SECRETARÍA DE LA COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA
COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Industrial Surindu S.A. y Ecuajugos S.A. que producen y/o importan, distribuyen y comercializan alimentos procesados. (...)" "(...) Terra Holding Group LLC, es la cabeza actual del Grupo Terrafertil con presencia a través de entidades filiales en Ecuador (...)" Terrafertil se dedica a la fabricación y/o importación, distribución y comercialización de alimentos naturales y procesados para consumo humano (...)"

4.1.2. En relación a la determinación del mercado relevante se precisa que: *"(...) Nestlé y la Sociedad Adquirida participan en diversas categorías de productos alimenticios en Ecuador. Para efectos de esta notificación se prevee información de aquellos mercados relevantes en los que existen traslape en Ecuador y en consecuencia agregación de cuotas de mercado. Los mercados de superposición / traslape de las partes en Ecuador son los siguientes (1) mercado de cereales para el desayuno de para adultos (2) mercado de néctares, jugos y bebidas a base de fruta y bebidas con sabor a fruta. Las partes resaltan que, como se demuestra de la información (...)" "(...) fruto de la operación no se adquiere dominancia en ninguno de esos mercados y que la presente notificación obedece a exclusivamente a que el volumen combinado de negocios supera el umbral determinado al efecto (...)"*

4.1.3. Añaden, en cuanto al volumen de negocios de los partícipes: "*Nestlé, a través de Nestlé Ecuador S.A. US$ 486.024.503,33 Nestlé, a través de Industria Surindu S.A. US $ 74.030.888,87 Nestlé, a través de Ecuajugos S.A. US $ 104.312.899,53 Monto total de ventas entre empresas pertenecientes al Grupo Nestlé en Ecuador US $ 190.972. 436,69 Volumen de negocios de Nestlé en Ecuador para el año 2017 US $ 473.395.853,04 Terra Holdings Group LL, a través de Terrafertil S.A. US $ 20.288.572,70 El volumen combinado de negocios en Ecuador de los operadores involucrados en la operación para el año 2017es: US $ 493.684.425,74"*

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. Mercado de cereales para el desayuno para adultos Nestlé 12% Terraferil 7% La participación de mercado señala para Terrafertil incluye la participación de mercado de cereales para adultos comercializados bajo la marca Supermaxi y fabricados por Terrafertil (2%) y la participación de Terrafertil en este segmento, con sus marcas (5%) (...)" "Mercado de néctares, jugos y bebidas a base de fruta y bebidas con sabor a fruta Nestlé 6,9% Terrafertil 0,5 % (...)"*

4.1.5. Contribución de la operación *"(...) Mejorar la distribución de los productos de Terrafertil, que actualmente no tienen presencia significativa en el canal tradicional." "Incremento de inversión extranjera directa de Nestlé en Ecuador a raíz de la transacción sometida a aprobación y futuras inversiones relacionadas al negocio a ser adquirido." "Fomento de la competitividad de la industria nacional dentro y fuera del país, al ampliarse los destinos comerciales para los productos de la Sociedad Adquirida como consecuencia de los cual se fortalecerá a identidad del país por la presencia de productos ecuatorianos de alta calidad en mercados extranjeros y se incrementará el ingreso de divisas provenientes de actividades de exportación de productos fabricados por la Sociedad en Ecuador" "Impulso de la innovación y*

renovación a través de nuevos desarrollos y lanzamientos de alimentos nutritivos apalancados en los recursos en ciencia y tecnología de Nestlé el know.how y experiencia de la Sociedad Adquirida" "Impulso del talento nacional y las iniciativas de emprendimiento y desarrollo aún mas el know-how y experiencia de la Sociedad Adquirida, cuyos fundadores, por la confianza de ellos, seguirán manejando la Sociedad Adquirida" "Fortalesimento del impacto positivo de la Sociedad Adquirida en el desarrollo agropecuario del país, apalancado en el conocimiento y experiencia de Nestlé" "Beneficiar al consumidor nacional con productos innovadores, de alto contenido nutricional, como una alternativa saludable que gana cada día mas la preferencia de consumidor."

4.1.6. Descripción de las barreras: *"Las partes afirman que no existen barreras importantes para el acceso (o expansión) de operadores a los mercados relevantes objeto de la operación)"*

4.2.- Alegaciones formuladas por la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas contenidas en el informe "SCPM-ICC-0021-2018 I, de 08 de junio de 2018."

En el análisis técnico realizado en el Informe No. SCPM-ICC-0021-2018, de 08 de junio de 2018 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: *"(...)La operación de concentración económica que se analiza consiste en la adquisición directa por parte de NESTLÉ S.A. ("NESTLÉ") respecto del 60% de las acciones de representativas del capital social de Holding Suiza, cuyas acciones son de propiedad de TERRA HOLDINGS GROUP LLC, e indirectamente, entre otros, del 60% de las acciones representativas del capital social de TERRAFERTIL S.A. ("TERRAFERTIL")" Consta dentro del expediente el Contrato de Compra de Valores ("El Contrato"), celebrado el 9 de febrero de 2018, entre NIMCO US, Inc. y NESTLÉ ("Compradores"), TERRA HOLDINGS GROUP LLC ("Vendedor"), y David Augusto Bermeo, Raúl Bermeo Izurieta, Daniel Bermeo Izurieta, Jonathan Moises Berg y Ramos Mateos ("Garantes del Vendedor"). El Contrato, en las partes pertinentes para el presente informe, establece lo siguiente: NIMCO US Inc., es una corporación organizada bajo las leyes del Estado de Delaware (el "Comprador de los EE. UU."). "NESTLÉ es una corporación organizada bajo las leyes de Suiza (el "Comprador Suizo"). NESTLÉ es la cabeza del Grupo NESTLÉ, con presencia a nivel mundial; está domiciliada en Suiza y no participa directamente en el mercado de Ecuador. La comercialización es realizada por medio de su filial NESTLÉ Ecuador S.A., ("NESTLÉ Ecuador"), la cual fabrica, importa, distribuye y comercializa sus productos, así como también los productos fabricados por Industrial Surindu S.A. ("Surindu") y Ecuajugos S.A. ("Ecuajugos")." "TERRA HOLDINGS GROUP LLC es una sociedad de responsabilidad limitada organizada bajo las leyes del Estado de Nevada (el "Vendedor"). Este operador tiene presencia en Ecuador a través de su filial TERRAFERTIL." "David Augusto Bermeo, Raúl Bermeo Izurieta, Daniel Bermeo*

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO
SECRETARÍA DE LA COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA
COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Izurieta, Jonathan Moises Berg y Ramón Mateos ("Garantes del Vendedor")." "El Vendedor y los Accionistas nominales son los titulares de todas las participaciones de capital emitidas y en circulación de las Entidades Operadoras. Antes del cierre de las transacciones contempladas en El Contrato, el Vendedor deberá formar una sociedad constituida bajo las leyes de Delaware, y una compañía organizada bajo las leyes de Suiza. Esto con el único propósito de mantener todas las participaciones de capital emitidas y en circulación en las Entidades Operadoras." "Los Garantes del Vendedor desean garantizar ciertas obligaciones del Vendedor en virtud de los términos, condiciones y limitaciones establecidas en El Contrato." "Sobre la base de la anotado, es acertado señalar que al consumarse la adquisición, el Comprador de los EEUU, tendrá el sesenta (60%) del total de las participaciones de capital emitidas y en circulación de la U.S. New Co.; el Comprador Suizo poseerá el sesenta (60%) del total de las participaciones de capital emitidas y en circulación de Swiss NewCo.; el Comprador Suizo poseerá los activos de Propiedad Intelectual de las Compañías y las Entidades Operadoras y licenciará parte de dicha Propiedad Intelectual a algunas de las Entidades Operadoras.(...)"

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..."*; al respecto el volumen de negocio calculado con base en los ingresos compañías vinculadas es de USD. 688.227.912,25. *(...)*".

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 de la operación y las actividades que desarrollan las partes, se determinó que producto de la operación existen dos mercados relevantes en la presente operación: i) Néctares, jugos, bebidas a base de fruta y bebidas con sabor a fruta ii) Cereales para el desayuno para adultos. El mercado geográfico se determinó a nivel nacional.*

4.2.4. Análisis de Relaciones Horizontales: *"(...) De la información remitida por el operador económico notificante, elaborada por la empresa de investigación de mercados "Kantar World Panel", en el año 2017 los operadores económicos NESTLÉ y TERRAFERTIL tuvieron una participación del 12% y el 5%[1] del mercado de cereales LPC para adultos, respectivamente. En contraste, de información constante y declarada confidencial dentro del presente expediente administrativo, remitida por un operador económico competidor en el mercado de cereales LPC y elaborada por otra empresa de investigación de mercados, se desprende que en el año 2017 NESTLÉ tuvo una participación del 16.20% del segmento de cereales para adultos. De la misma fuente, se observa que en el mismo año NESTLÉ tuvo una*

[1] Nótese que si bien en el formulario se señala que Terrafertil tiene el 7% del mercado de cereales LPC, en el anexo donde se muestran los datos de Kantar World Panel se observa que la cuota de mercado de este operador económico en cereales LPC es realmente del 5%.

participación del 24.5% en todo el mercado de cereales LPC. En conjunto, otros fabricantes de cereales LPC distintos de los tres operadores económicos con mayor participación en el mercado, tuvieron el 1.4% de todo el mercado de cereales LPC. De aquello se colige que la participación de TERRAFERTIL en todo el mercado de cereales LPC es ínfima." "El estudio de Kantar World Panel también señala que en el mercado de jugos listos para beber (RTD, por sus siglas en inglés), NESTLÉ tiene el 7% y TERRAFERTIL abarca menos del 3% del mercado. En específico, en el formulario de notificación se señala que TERRAFERTIL tiene el 0.5% del mercado de jugos listos para beber." "Por tanto, siendo que estos operadores económicos tienen una baja participación de mercado con arreglo a la doctrina europea, prima facie, es improbable que la operación de concentración entre los operadores económicos NESTLÉ y TERRAFERTIL cree, modifique o refuerce el poder de mercado; o disminuya, distorsione u obstaculice de manera sensible y claramente previsible la competencia económica y/o la libre concurrencia. (...)"

4.2.5. Respecto a las barreras de entrada determina: *"(...) En consecuencia, la Dirección determinó que para los nuevos competidores del sector analizado, una entrada suficiente vendría determinada por la capacidad que tuviese un nuevo entrante de captar cuotas de mercado que impliquen precios competitivos (inclusive hacia la baja) con respecto a los potenciales competidores, y de esta manera comercializar los productos, como ya se ha dicho, a precios diferenciados, lo cual pudiera avocar en un beneficio para los consumidores finales. Por lo tanto, la entrada de nuevos competidores no resulta suficiente para crear presión competitiva en el mercado analizado."*

4.2.6. 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:

4.2.7. 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 de los adquirentes en ninguno de los mercados relevantes determinados."*

4.2.8. La Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, recomienda *"(...)* ***AUTORIZAR*** *la operación de concentración notificada por el operador económico NESTLÉ S.A., 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.

El operador económico NESTLÉ S.A., representada legalmente por Ricardo Cortes- Monroy Castillo, Christian Johnson y Liliana de Miranda, a través de su Apoderada Especial la abogada Ana Samudio Granados, ingreso el 09 de febrero de 2018, a 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,
La operación de concentración económica que se analiza en el presente informe, está obligada a cumplir con el proceso de control y regulación económica dispuesto en el artículo 15 de la LORCPM, por cuanto cumple con la condición señalada en el literal a) del artículo 16 de la LORCPM. La misma consiste en la adquisición por parte de la compañía NESTLÉ S.A. del 60% de acciones del Holding Suiza (compañía constituida con el propósito específico de realizar la presente operación), la cual posee el 100% del paquete accionario de la empresa estadounidense TERRA HOLDINGS GROUP LLC. Ésta última, a su vez posee el 99% de acciones de la empresa TERRAFERTIL S.A., por lo cual, producto de la transacción, le otorgará al operador económico notificante la capacidad de dirigir las actividades de la empresa TERRAFERTIL S.A., al poseer indirectamente el 60% de sus acciones.
El operador económico NESTLÉ S.A., se encuentran domiciliado en Suiza, la firma Corral Rosales está autorizada para recibir notificaciones en representación del operador económico Nestlé en la siguiente dirección Francisco Robles E4-136 y Ave. Amazonas, Edificio Proinco Calisto, piso 12 Quito Ecuador; y el operador económico Terra Hoding Group LLC., Calle principal C/N y vía a la Laguna de Mojanda (Barrio Aloburo) a dos cuadras de El Comercio). Tabacundo 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 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 NESTLÉ S.A. y el operador económico TERRA HOLDINGS GROUP LLC., 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* 688.227.912,25." dólares de los Estados Unidos de América, superando el umbral para este sector de 200.000 remuneraciones básicas unificadas 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.

COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

6.2.- Conforme al artículo 5 de la LORCPM, relativo al mercado relevante, *"(...) se determinó que producto de la operación existen dos mercados relevantes en la presente operación: i) Néctares, jugos, bebidas a base de fruta y bebidas con sabor a fruta ii) Cereales para el desayuno para adultos. El mercado geográfico se determinó a nivel nacional. (...)"*

6.3.- Como criterio de decisión en atención a lo previsto en el artículo 22 numeral 1, se indica que: *"(...) se puede mencionar que la operación de concentración planteada, no crea, modifica o refuerza la posición de dominio de los adquirentes en ninguno de los mercados relevantes determinados."*

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** las recomendaciones formuladas por la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, contenida en el Informe SCPM-ICC-0021-2018 de 08 de junio de 2018, adjunto al memorando SCPM-ICC-143-2018-M de fecha 11 de junio de 2018, y su alcance realizado el 08 de junio de 2018, con memorando SCPM-ICC-145-2018-M.

2. **Autorizar** la operación de concentración económica notificada obligatoriamente por el operador económico NESTLÉ S.A.

3. **Notifíquese** la presente Resolución a la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas y, al operador económico NESTLÉ S.A.

4. Actúe en calidad de Secretario Ad-hoc, de esta Comisión, el abogado Mauricio Ordoñez Paredes .- **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.-**

Dr. Marcelo Ortega Rodríguez
PRESIDENTE CRPI

Dr. Agapito Valdez Quiñonez
COMISIONADO

Dr. Diego X. Jiménez Borja
COMISIONADO

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO
SECRETARÍA DE LA COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA
COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-0025-2018

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISION DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- Quito, D.M. 29 de junio de 2018, a las 15h45.-**VISTOS**: El Superintendente de Control del Poder de 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, por corresponder al estado procesal del expediente el resolver, la Comisión de Resolución de Primera Instancia para hacerlo se considera:

PRIMERO.- COMPETENCIA.- La Comisión de Resolución de Primera Instancia Mercado (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.- El operador económico Unión Cementera Nacional UCEM S.A. (o en adelante UCEM), representada legalmente por Roberto Verner Foulkes Aguad, ingresaron el 15 de noviembre de 2017, a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado la notificación de operación de concentración económica obligatoria presentada por UCEM., que consiste en la adquisición por parte de Unión Cementera Nacional UCEM S.A., de la totalidad de las acciones emitidas por Hohesa Hormigones Hércules S.A. (en adelante Hohesa) y prefabricados, Concretos y Edificios Precedi S.A. (en adelante Precedi). A través de la compra a los cónyuges: José Emilio Arce Crovari y Nieves Beatriz Suárez Rendón; Gabriel Enrique Arce Crovari y Leonor Isabel Amador González; Gustavo Eduardo Arce Quimí y Ruth Isabel Bustos Pereira; María Cristina Arce Suárez y Paulo César Giler Montesdeoca; María Andrea Arce Suárez y Michel Saab Achi; José Fernando Arce Suárez y Andrea Fernanda Cañizares Salazar. UCEM se constituyó como una compañía de economía mixta por efecto de la fusión de Industrias Guapán S.A. y Cemento Chimborazo S.A., según consta de la escritura pública celebrada el 17 de octubre de 2013, ante el Notario Primero del cantón Riobamba, Dr. Raúl Dávalos Maldonado, inscrita en el Registro Mercantil del cantón Riobamba el 18 de noviembre de 2013. Se transformó en sociedad anónima, según consta de

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO
SECRETARÍA DE LA COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA
COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

la escritura pública celebrada el 5 de junio de 2017, ante el Notario Quinto del cantón Riobamba, Dr. Víctor Manolo Andrade Espinoza, inscrito en el Registro Mercantil del cantón Riobamba el 28 de junio de 2017; UCEM fabrica y comercializa cemento, hormigón y procesa y comercializa puzolana para la entrega de estos productos a sus clientes.

Por su parte el operador económico Hohesa es una compañía anónima constituida mediante escritura pública celebrada el 30 de diciembre de 1977, ante el Notario Décimo Octavo del cantón Guayaquil, abogado Germán Castillo Suárez , inscrita en el Registro Mercantil del cantón Guayaquil, el 21 de febrero de 1978, cuyo objeto social le permite realizar las siguientes actividades económicas: Producción, industrialización, comercialización y venta de materiales de construcción, así como sus elaborados, prefabricados y más elementos para la construcción y compraventa, importación y exportación de repuestos, lubricantes, materiales, materias primas, elaborados y prefabricados relacionados con el giro de sus negocios. La principal actividad que ha venido desarrollando es la elaboración y comercialización de hormigón hidráulico premezclado, dentro de la provincia del Guayas y Santa Elena. Mientras que la otra compañía adquirida Precedi, es una empresa nacional, constituida el 15 de diciembre de 1987, ante el Notario Décimo Octavo del cantón Guayaquil. Hohesa es el principal accionista de la compañía, con el 80,0% del capital, lo que determina una relación accionarial directa con Hohesa. De acuerdo a la información provista en la notificación, Precedi actualmente tiene como únicamente actividad económica el arrendamiento de seis vehículos con mezcladoras de hormigón y un vehículo con bomba pluma a Hohesa.

3.2.- La economista Francis Gaona Reyes, Intendente de Investigación y Control de Concentraciones Económicas remite a esta Comisión, el memorando SCPM-ICC-0118-2018-M, de 15 de mayo de 2017 M en el que realiza la "*Entrega del Expediente Digital No. SCPM-ICC-0027-2017 e informe No. SCPM-ICC-016-2018-I*"

3.3.- La CRPI., mediante providencia de 17 de mayo del 2018, avocó conocimiento del Informe No. SCPM-ICC-016-2018-I, de 14 de mayo de 2018, relacionada con la notificación obligatoria de concentración económica presentada por el operador económico Unión Cementera Nacional UCEM S.A., por adquisición de la totalidad de las acciones emitidas por Hohesa Hormigones Hércules S.A. (en adelante Hohesa) y prefabricados, Concretos y Edificios Precedi S.A. (en adelante Precedi). A través de la compra a los cónyuges: José Emilio Arce Crovari y Nieves Beatriz Suárez Rendón; Gabriel Enrique Arce Crovari y Leonor Isabel Amador González; Gustavo Eduardo Arce Quimí y Ruth Isabel Bustos Pereira; María Cristina Arce Suárez y Paulo César Giler Montesdeoca; María Andrea Arce Suárez y Michel Saab Achi; José Fernando Arce Suárez y Andrea Fernanda Cañizares Salazar, en la que: "*(...)* ***RESUELVE: 1) AVOCAR CONOCIMIENTO*** *del Informe No. SCPM-ICC-016-2018-I de 14 de mayo de 2017, relacionado con la notificación de concentración económica obligatoria notificada por Roberto Verner Foulkes Aguad, Gerente General y por tanto, representante legal del operador económico, Unión Cementera Nacional UCEM S.A.* ***2)*** *Signar el presente expediente administrativo con el número de trámite* ***SCPM-CRPI-0025-2018. 3)*** *Incorporar como parte del presente expediente el* ***INFORME SCPM-ICC-016-2018-I*** *de 14 de mayo de 2018, emitido por la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas. (...)*" "*(...)* ***5)*** *Previo a resolver lo que en derecho*

corresponda, por decisión de esta autoridad se prorroga por el tiempo de treinta (30) días a fin de realizar el examen pertinente a la concentración, amparado en lo que establece el Art 21, de la LORCPM., en la que establece en su parte pertinente refiere: "(...) El término establecido en este artículo podrá ser prorrogado por un asola vez, hasta por sesenta (60) días término adicionales si las circunstancias del examen lo requiere."

3.4.- La economista Francis Gaona Reyes, Intendente de Investigación y Control de Concentraciones Económicas en su Informe No. SCPM-ICC-016-I, 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 que **AUTORICE** la operación de concentración económica notificada por UCEM, 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 S.A.

El operador económico Unión Cementera Nacional UCEM S.A. representado Legalmente por Roberto Verner Foulkes Aguad, ingresó el 15 de noviembre de 2017, a 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: *"(...) La operación de concentración consiste en la adquisición directa de la propiedad de la totalidad de las acciones emitidas por Hohesa Hormigones Hércules S.A. (Acciones) prevista en el literal c) del artículo 14 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), a través de la compra por parte de Unión Cementera Nacional UCEM S.A. (UCEM) a los cónyuges José Emilio Arce Crovari y Nieves Beatriz Suárez Rendón; Gabriel Enrique Arce Crovari y Leonor Isabel Amador González; Gustavo Eduardo Arce Quimí y Ruth Isabel Bustos Pereira; María Cristina Arce Suárez y Paulo César Giler Montesdeoca; María Andrea Arce Suárez y Michel Saab Achi; José Fernando Arce Suárez y Andrea Fernanda Cañizares Salazar (Vendedores) (...)" Al efecto el 9 de noviembre de 2017 UCEM y los vendedores celebraron un contrato de promesa de compraventa de las Acciones, sujetas a condición resolutoria." " La condición resolutoria consiste en que si la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM) no autoriza la operación de concentración económica o la autoriza subordinando a condiciones que no son aceptables para UCEM, el contrato de promesa de compraventa se resolverá"*

4.1.2. En relación a la determinación del mercado relevante se precisa que: *"(...) Mercado del producto o servicios materia de la conducta investigada: Le mercado de los*

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO SECRETARÍA DE LA COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

productos de UCEM S.A. son todos los relacionados al sector de la construcción como son distribuidores de Materiales de Construcción, Ferreterías, Empresas Constructoras, Ingenieros, Arquitectos y Albañiles. (...)"

4.1.3. Añaden, en cuanto al volumen de negocios de los partícipes: *"1 UCEM: 1.1. Volumen de negocio de cemento durante el ejercicio económico 2016: USD $ 1.921.099,00" "1.2. Volumen de negocios de hormigón durante el ejercicio económico 2016: USD $ 1.921.099,00." "1.3. Volumen de negocios de puzolana durante el ejercicio económico 2016: USD $ 9.952.,00" "1.4. Volumen de negocios total durante el ejercicio económico 2016: USD $ 119.430.093,00." "1.A. Hormigonera Equinoccial Equihormigonera Cia. Ltda. (Empresa en la que UCEM dispone de más de la mitad del capital suscrito y pagado): Volumen de negocios de hormigón durante el ejercicio económico 2016: USD $ 8.360.585,00" "2. Hohesa Hormigones Hércules S.A.: 2.1. Volumen de negocios de elaboración y comercialización de hormigón hidráulico premezclado durante el ejercicio económico 2016: USD $ 14.471.43780." "José Emilio Arce Crovari, Nieves Beatriz Suárez Rendón, Gabriel Enrique Arce Crovari, Gustavo Eduardo Arce Quimí, María Cristina Arce Suárez, María Andrea Arce Suárez, José Fernando Arce Suárez: No tienen actividad económica comercial o mercantil."*

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: 22% aproximadamente de cuota de participación en el mercado del cemento y menos del 3% en el mercado de hormigón en Ecuador" "2 Hohesa Hormigones Hércules S.A.: 9% de cuota de participación en el mercado de hormigón premezclado hidráulico en Ecuador" "José Emilio Arce Crovari, Nieves Beatriz Suárez Rendón, Gabriel Enrique Arce Crovari, Gustavo Eduardo Arce Quimí, María Cristina Arce Suárez, María Andrea Arce Suárez, José Fernando Arce Suárez: No tienen actividad económica comercial o mercantil. (...)"*

4.1.5. Contribución de la operación *"(...) La operación de concentración puede mejorar considerablemente los sistemas de producción, dado que UCEM podría inyectar capital fresco destinado a renovar equipos que en lo actuales momentos los accionistas de Hohesa Hormigones Hércules S.A. no están en capacidad de hacerlo." Adicionalmente la operación permitirá introducir al cemento de UCEM al mercado de la provincia del Guayas y de la provincia de Santa Elena, beneficiando al mercado con una alternativa a otras marcas de cemento dominantes en ese mercado, de tal forma que el mercado tendría la opción de ofrecer mejores precios y mejor calidad."*

4.2.- Alegaciones formuladas por la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas contenidas en el informe SCPM-ICC-016-2018-I, de 14 de mayo de 2018.

En el análisis técnico realizado en el Informe No. SCPM-ICC-016-2018-I, de 14 de mayo de 2018 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:

"(...) al respecto la operación de concentración analizada se refiere a la adquisición directa de la totalidad de las acciones de Hohesa e indirecta de Precedi por parte del operador económico UCEM.

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 (...)"; al respecto el volumen de negocio para el año 2016, calculado con base a las ventas obtenidas, fue de USD 143.135.347,04."*

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 *"(...) para efectos del presente análisis de concentración económica, se consideró únicamente los productos que son parte del portafolio de las compañías inmersas en la operación de carácter vertical, y se evaluaron criterios cualitativos para determinar los patrones de sustitución y las áreas geográficas donde se determina la competencia, en este sentido los mercado relevantes para la presente notificación son:*

a) Cemento
b) Hormigón
c) Servicio de Transporte de Hormigón Premezclado

Se señala que el producto intermedio que articula el análisis de relaciones verticales es el cemento que sirve de insumo para la elaboración de hormigón premezclado. Además que derivado del análisis se determinaron dos mercados geográficos: Guayas y Santa Elena."

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*

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO
SECRETARÍA DE LA COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA
COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

estructura actual del mercado de hormigón premezclado en Guayas es altamente concentrado en dos compañías principalmente, con cuotas de participación en los últimos 3 años relativamente dinámicas que responden al ingreso de nuevos participantes al mercado. Para el caso del mercado de hormigón premezclado en Santa Elena, se identificó que Hohesa es el único participante fijo dentro de ese mercado (con la planta de producción "La Libertad"), sin embargo, dadas las características del mercado de producto existen potenciales participantes que podrían también participar en dicho mercado."

4.2.6. En cumplimiento al 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 pudo determinar que en el mercado de hormigón premezclado en Guayas, existe un operador dominante como Holcim (que además está integrado verticalmente en varios eslabones) que posee una participación superior al 50% del mercado, seguido de Hohesa con una participación bastante menor del 20% aproximadamente (sin estar integrado verticalmente), y 6 competidores más que se dividen entre ellos el porcentaje restante. Por otra parte, en el mercado de Santa Elena se identificó que sólo participa activamente Hohesa."*

4.2.7. En cumplimiento al 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 u obstaculización, claramente previsible o comprobada, de la libre concurrencia de los operadores económicos y/o la competencia". Del análisis realizado se establece que dado que UCEM no participa en los mercados de hormigón premezclado en los mercados geográficos de Guayas y Santa Elena, no existe traslape y que no se alterarían las estructuras de ambos mercados producto de la operación de concentración, ya que son compañías que operan en distintos mercados geográficos (UCEM en Pichincha a través de Equihomrigonera y en Cañar y Azuay a través de su planta de producción propia). Se determinó que UCEM busca integrarse verticalmente en ambos mercados con la presente operación de concentración, ya que actualmente produce y comercializa cemento, y con la inclusión de la venta de hormigón premezclado en ambos mercados geográficos, se estaría articulando dentro de la misma cadena productiva aguas abajo." "Además, se identificó que no existen barreras de entrada, debido a que el tiempo para montar el negocio es reducido y la entrada de nuevos participantes es relativamente fácil, por lo que se define que el ingreso es suficiente para disuadir efectos nocivos a la competencia, ya que como se evidenció en el informe, en lo últimos 5 años ingresaron al mercado 5 nuevos participantes que conjuntamente alcanzaron en el 2016, una cuota aproximada del 20%."*

4.2.8. En cumplimiento al artículo 22 numeral 5 de la LORCPM, sobre. *"(...) La contribución que la concentración pudiere aportar (...)", se concluye que las eficiencias en este caso no cumplen la carga probatoria para constituir un aliciente de posibles prácticas anticompetitivas."*

4.2.9. La Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, considera *"(...)Una vez identificado que no existe relación de dependencia entre los participantes del mercado de hormigón premezclado sobre la provisión de cemento de UCEM, se determinó que no existen riesgos a la competencia en relación a la potencial restricción de insumos a otros operadores del mercado o en general a la industria de la construcción, entre varios motivos por la facilidad de cambio entre proveedores, la caracterización de la demanda de Hohesa (clientela desconcentrada) y la participación de un operador dominante como Holcim."*

4.2.10. La Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, 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 que* ***AUTORICE*** *la operación de concentración económica notificada por UCEM, 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.

La presente operación de concentración económica que se analiza está sujeta al procedimiento obligatorio de notificación previa de acuerdo al artículo 15 de la LORCPM, consiste en la adquisición por parte de Unión Cementera Nacional UCEM S.A. (en adelante UCEM), de la totalidad de las acciones emitidas por Hohesa Hormigones Hércules S.A. (en adelante Hohesa) y prefabricados, Concretos y Edificios Precedi S.A. (en adelante Precedi). A través de la compra a los cónyuges: José Emilio Arce Crovari y Nieves Beatriz Suárez Rendón; Gabriel Enrique Arce Crovari y Leonor Isabel Amador González; Gustavo Eduardo Arce Quimí y Ruth Isabel Bustos Pereira; María Cristina Arce Suárez y Paulo César Giler Montesdeoca; María Andrea Arce Suárez y Michel Saab Achi; José Fernando Arce Suárez y Andrea Fernanda Cañizares Salazar. UCEM se constituyó como una compañía de economía mixta por efecto de la fusión de Industrias Guapán S.A. y Cemento Chimborazo S.A., según consta de la escritura pública celebrada el 17 de octubre de 2013, ante el Notario Primero del cantón Riobamba, Dr. Raúl Dávalos Maldonado, inscrita en el Registro Mercantil del cantón Riobamba el 18 de noviembre de 2013. Se transformó en sociedad anónima, según consta de la escritura pública celebrada el 5 de junio de 2017, ante el Notario Quinto del cantón Riobamba, Dr. Víctor Manolo Andrade Espinoza, inscrito en el Registro Mercantil del cantón Riobamba el 28 de junio de 2017; UCEM fabrica y comercializa cemento, hormigón y procesa y comercializa puzolana para la entrega de estos productos a sus clientes. Por su parte Hohesa es una compañía anónima constituida mediante escritura pública celebrada el 30 de diciembre de 1977, ante el Notario Décimo Octavo del cantón Guayaquil, abogado Germán Castillo Suárez , inscrita en el

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO SECRETARÍA DE LA COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA
COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Registro Mercantil del cantón Guayaquil, el 21 de febrero de 1978, cuyo objeto social le permite realizar las siguientes actividades económicas: Producción, industrialización, comercialización y venta de materiales de construcción, así como sus elaborados, prefabricados y más elementos para la construcción y compraventa, importación y exportación de repuestos, lubricantes, materiales, materias primas, elaborados y prefabricados relacionados con el giro de sus negocios. La principal actividad que ha venido desarrollando es la elaboración y comercialización de hormigón hidráulico premezclado, dentro de la provincia del Guayas y Santa Elena. Mientras que la otra compañía adquirida Precedi, es una empresa nacional, constituida el 15 de diciembre de 1987, ante el Notario Décimo Octavo del cantón Guayaquil. Hohesa es el principal accionista de la compañía, con el 80,0% del capital, lo que determina una relación accionarial directa con Hohesa. De acuerdo a la información provista en la notificación, Precedi actualmente tiene como únicamente actividad económica el arrendamiento de seis vehículos con mezcladoras de hormigón y un vehículo con bomba pluma a Hohesa. Los operadores económicos Global Tagomago S.L., se encuentran domiciliados en la calle Pradillo No. 5 bajo exterior, derecha. 28002 Madrid e Industria Pecuaria Andina Hoding, Socieda Limitada en la calle Zurbarán, 9 (local derecha). Madrid España.

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 S.A. y por Hohesa Hormigones Hércules S.A. y prefabricados, Concretos y Edificios Precedi S.A. A través de la compra a los cónyuges: José Emilio Arce Crovari y Nieves Beatriz Suárez Rendón; Gabriel Enrique Arce Crovari y Leonor Isabel Amador González; Gustavo Eduardo Arce Quimí y Ruth Isabel Bustos Pereira; María Cristina Arce Suárez y Paulo César Giler Montesdeoca; María Andrea Arce Suárez y Michel Saab Achi; José Fernando Arce Suárez y Andrea Fernanda Cañizares Salazar, 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 143.135.347,04, dólares de los Estados Unidos de América, superando el umbral para este sector de 200.000 remuneraciones básicas unificadas 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.

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO
SECRETARÍA DE LA COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA
COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

6.2.- Como criterio de decisión en atención a lo previsto en el artículo 5 de la LORCPM, relativo al mercado relevante, *"(...) La contribución que la concentración pudiere aportar (...)", se concluye que las eficiencias en este caso no cumplen la carga probatoria para constituir un aliciente de posibles prácticas anticompetitivas (...)"*

6.3.- Como criterio de decisión en atención a lo previsto en el artículo 22 numeral 4, se indica que: *"(...) Del análisis realizado se establece que dado que UCEM no participa en los mercados de hormigón premezclado en los mercados geográficos de Guayas y Santa Elena, no existe traslape y que no se alterarían las estructuras de ambos mercados producto de la operación de concentración, ya que son compañías que operan en distintos mercados geográficos (UCEM en Pichincha a través de Equihomrigonera y en Cañar y Azuay a través de su planta de producción propia). Se determinó que UCEM busca integrarse verticalmente en ambos mercados con la presente operación de concentración, ya que actualmente produce y comercializa cemento, y con la inclusión de la venta de hormigón premezclado en ambos mercados geográficos, se estaría articulando dentro de la misma cadena productiva aguas abajo." "Además, se identificó que no existen barreras de entrada, debido a que el tiempo para montar el negocio es reducido y la entrada de nuevos participantes es relativamente fácil, por lo que se define que el ingreso es suficiente para disuadir efectos nocivos a la competencia, ya que como se evidenció en el informe, en lo últimos 5 años ingresaron al mercado 5 nuevos participantes que conjuntamente alcanzaron en el 2016, una cuota aproximada del 20%."*

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** las recomendaciones formuladas por la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, contenida en los Informe SCPM-ICC-0016-2018 de 14 de mayo de 2018, adjunto al Memorando SCPM-ICC-0118-2018-M. de 15 de mayo de 2018.

2. **Autorizar** la operación de concentración económica notificada obligatoriamente por el operador económicos Unión Cementera Nacional UCEM S.A

3. **Notifíquese** la presente Resolución a la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas y, al operador económico Unión Cementera Nacional UCEM S.A.

4. Actúe en calidad de Secretario Ad-hoc, de esta Comisión, el abogado Mauricio Ordoñez Paredes.- **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.-**

Superintendencia
de Control del
Poder de Mercado

Dr. Marcelo Ortega Rodríguez
PRESIDENTE CRPI

Dr. Agapito Valdez Quiñonez
COMISIONADO

Dr. Diego X. Jiménez Borja
COMISIONADO

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO
SECRETARÍA DE LA COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA
COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Superintendencia de
Control del Poder de Mercado

PÁGINA EN BLANCO