

EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-012-2020

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- D.M. Quito, 17 de Agosto de 2020 a las 12h10.

Comisionado sustanciador: Marcelo Vargas Mendoza

VISTOS

- [1] La Resolución No. SCPM-DS-2019-040 mediante la cual el Superintendente de Control del Poder de Mercado designó al Mgs. Marcelo Vargas Mendoza Presidente de la Comisión, al Mgs. Jaime Lara Izurieta Comisionado, y al Mgs. José Cartagena Pozo Comisionado.
- [2] Las acciones de personal Nos. SCPM-INAF-DNATH-300-2019-A, SCPM-INAF-DNATH-299-2019 -A y SCPM-INAF-DNATH-295-2019-A, correspondientes al Mgs. Marcelo Vargas Mendoza Presidente de la Comisión, al Mgs. Jaime Lara Izurieta Comisionado, y al Mgs. José Cartagena Pozo Comisionado, respectivamente.
- [3] El acta de la sesión extraordinaria del pleno de la Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante “CRPI”) de 5 de junio de 2020, mediante la cual se dejó constancia de la designación del abogado Omar Poma como secretario Ad-hoc de la CRPI.

1. AUTORIDAD COMPETENTE

- [4] La Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante “CRPI”) es competente para autorizar, denegar o subordinar la operación de concentración económica, previo el cumplimiento de los requisitos normativos, 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 el artículo 36 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM.

2. IDENTIFICACIÓN DE LA CLASE DE PROCEDIMIENTO

- [5] El procedimiento se encuentra determinado en la Sección Primera del Capítulo III del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM.

3. IDENTIFICACIÓN DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS INVOLUCRADOS

3.1. Operador económico adquirente y las empresas vinculadas al mismo.

3.1.1. BIA COFFEE INVESTMENTS S. L. (en adelante “BIA COFFEE”). (adquirente en forma directa de las acciones y es el notificante de la concentración económica).

- [6] Sociedad española inscrita en el Registro Mercantil de Madrid, España, identificada con NIF B88004650. Su objeto social consiste en la gestión y administración de valores representativos

de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español, mediante la correspondiente organización de medios materiales y personales.¹

- [7] **BIA COFFEE** no comercializa bienes o servicios en Ecuador. La participación accionaria de **BIA COFFEE** está compuesta únicamente por un accionista, así:

Tabla 1. Participación accionaria de BIA COFFE

Accionistas	Porcentaje de participación
FIGARDUL CORPORATION S.A.	100%

Fuente: Extracto no confidencial del Informe SCPM-IGT-INCCE-2020-011.

3.1.1.1. FIGARDUL CORPORATION S.A. (en adelante “FIGARDUL”).

- [8] Empresa constituida en Uruguay, cuyo único accionista es **BIA FOODS INVESTMENTS INC.**, así:

Tabla 2. Participación accionaria de FIGARDUL

Accionistas	Porcentaje de participación
BIA FOODS INVESTMENTS, INC	100%

Fuente: Extracto no confidencial del Informe SCPM-IGT-INCCE-2020-011.

- [9] **FIGARDUL** no comercializa bienes o servicios en Ecuador de manera directa, sino mediante una subsidiaria: **BIA SNACKS INVESTMENTS S. L.** (en adelante “**BIA SNACKS**”).²

3.1.1.1.1. BIA SNACKS INVESTMENTS S. L. (en adelante “BIA SNACKS”).

- [10] Es una sociedad constituida en España, que tiene como objeto social la gestión y administración de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español.³

- [11] **BIA SNACKS** no comercializa bienes o servicios directamente en el Ecuador, sino a través de su subsidiaria **UNIVERSAL SWEET INDUSTRIES S.A.**, de la cual posee el 55,18% del capital accionario.^{4 5}

3.1.1.1.1.1. UNIVERSAL SWEET INDUSTRIES (en adelante “UNIVERSAL SWEET INDUSTRIES”).

¹ Extracto no confidencial del Informe SCPM-IGT-INCCE-2020-011, 14 de julio 2020.

² Extracto no confidencial del Informe SCPM-IGT-INCCE-2020-011, 14 de julio 2020.

³ Extracto no confidencial del Informe SCPM-IGT-INCCE-2020-011, 14 de julio 2020.

⁴ Extracto no confidencial del Informe SCPM-IGT-INCCE-2020-011, 14 de julio 2020.

⁵ **BIA SNACKS** también se presenta como accionista mayoritaria de la empresa **UMBRA ECUADOR UMBRAEC S.A.** (en adelante “**UNMBRAEC**”) la cual actualmente no realiza actividades en el Ecuador por cuanto fue absorbida por **UNIVERSAL SWEET INDUSTRIES** a finales del 2019.



[12] **Compañía** ecuatoriana, identificada con RUC No. 0992423153001, cuyo objeto social es:

*“la elaboración de productos alimenticios, y en particular la elaboración de jugos, harinas, galletas, wafer, cacao”*⁶

Tabla 3. Participación accionaria UNIVERSAL SWEET INDUSTRIES

Accionistas	Porcentaje de participación
BIA SNACKS INVESTMENTS S. L.	55,18%
LATAM FOOD INVESTMENTS S. A.	0,00%
SCHOKOHOLDINGS	44,82%

Fuente: Página web Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.⁷

3.1.2. BIA FOODS INVESTMENTS, INC. (en adelante “BIA FOODS”).

[13] **BIA FOODS**, empresa constituida en Islas Vírgenes (Británicas), identificada con ID No. 1954363 y, como se advirtió, es la única accionista de **FIGARDUL**. No comercializa bienes o servicios en Ecuador de manera directa.⁸ Los accionistas de **BIA FOODS** son:

Tabla 4. Participación accionaria BIA FOODS INVESTMENTS INC.

Accionistas	Porcentaje de participación
MARIPOSA EQUITY LLC	50,00%
UNIONAR, S. A.	12,50%
ELJ FINANCIAR, S. A.	12,50%
MONARCH HOLDINGS BVI, LTD	12,50%
STELAC BIA SPV, LLC	7,75%
BAHIA MARE INVESTMENTS, CORP.	4,75%

Fuente: Extracto no confidencial del Informe SCPM-IGT-INCCE-2020-011.

3.1.3. MARIPOSA EQUITY MANAGEMENT LTD(en adelante “MARIPOSA”)

[14] **MARIPOSA** es una compañía de responsabilidad limitada constituida en los Estados Unidos de Norteamérica, identificada con No. 6324839. No comercializa ningún bien o servicio en Ecuador de manera directa. Sus accionistas son:

Tabla 5. Participación accionaria MARIPOSA EQUITY LLC

Accionistas	Porcentaje de participación
-------------	-----------------------------

⁶ Sistema Portal de Información Superintendencia de Compañías.
https://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta_cia_menu.zul?expediente=120585&tipo=1. Consultado el 5 de agosto de 2020.

⁷ Sistema Portal de Información Superintendencia de Compañías.
https://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta_cia_menu.zul?expediente=120585&tipo=1. Consultado el 5 de agosto de 2020.

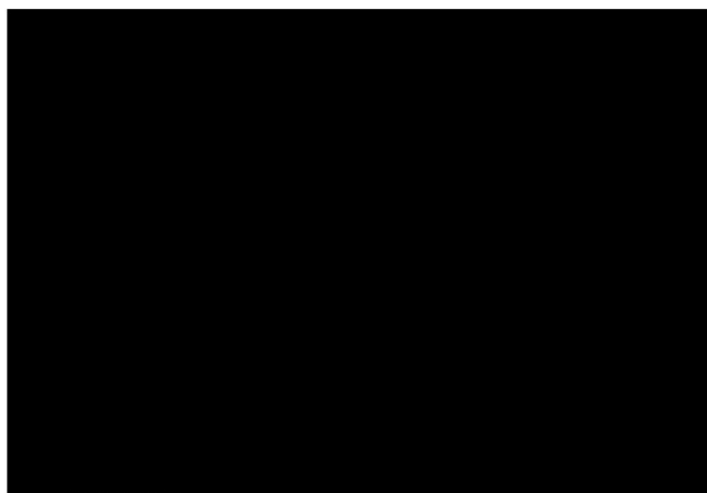
⁸ Extracto no confidencial del Informe SCPM-IGT-INCCE-2020-011, 14 de julio 2020.



EMSA HOLDINGS CORP.	94,50%
IDC OVERSEAS, LTD.	3,00%

Fuente: Extracto no confidencial del Informe SCPM-IGT-INCCE-2020-011.

- [15] Tal y como lo determinó la INCCE en el Informe No. SCPM-IGT-INCCE-2020-011 y tal y como se desprende de un análisis del estatuto societario de **BIA FOODS**⁹, **MARIPOSA** tiene la capacidad de dirigir las actividades de dicha empresa a través de su derecho a veto -control negativo-, debido a que para la toma de “decisiones importantes” se requiere, de forma obligatoria, el voto de uno de los Directores nombrados por el Sponsor, que en este caso es el accionista que posee al menos el [REDACTED] es decir, **MARIPOSA**.¹⁰ El siguiente gráfico presentado por la INCCE en su informe representa claramente lo mencionado:



- [16] Por tanto, **BIA FOODS** y **MARIPOSA** pertenecen al mismo grupo, de conformidad con el literal b, numeral 4, del artículo 17 de la LORCPM y 11 de su reglamento, que indican lo siguiente:¹¹

“Art. 17.- Cálculo del Volumen de Negocios.- Para el cálculo del volumen de negocios total del operador económico afectado, se sumarán los volúmenes de negocios de las empresas u operadores económicos siguientes:

(...)

⁹ Escrito ingresado el 29 de junio de 2020, signado con ID 163656 (anexo I).

¹⁰ Extracto no confidencial del Informe SCPM-IGT-INCCE-2020-011, 14 de julio 2020.

¹¹ En un informe de calificación de riesgos de **UNIVERSAL SWEET INDUSTRIES** se aprecia claramente la vinculación. Bolsa de Valores de Guayaquil.
<https://www.bolsadevaloresguayaquil.com/sigcv/Opciones%20de%20Inversion/Renta%20Fija/Prospectos/UNIVERSAL%20SWEET%20INDUSTRIES%20S.A/Obligaciones/Calific-2-Oblig-Universal%20Sweet-%2028-02-2019.pdf>. Consultado el 6 de agosto de 2020.



b) Las empresas u operadores económicos en los que la empresa o el operador económico en cuestión disponga, **directa o indirectamente:**

(...)

4. **Del derecho a dirigir las actividades de la empresa u operador económico.**

(...)” negrita y subrayado por fuera del texto.

“Art. 11.- Grupo económico.- Para fines de aplicación del literal e) del artículo 14 de la Ley, artículo 7 de este reglamento y de esta sección, se entenderá que pertenecen a un grupo económico el conjunto de empresas u operadores económicos cuyo volumen de negocios debe sumarse en virtud del artículo 17 de la Ley.

La Junta de Regulación podrá considerar otros factores de relación entre las partes que conforman los grupos económicos, respecto a la dirección, administración y relación comercial. Para el efecto emitirá la normativa que establezca el mecanismo de aplicación de estos criterios.” Negrita y subrayado por fuera del texto

3.1.4. **EMSA HOLDINGS CORP.** (en adelante “EMSA”)

- [17] Es una empresa constituida en las Islas Vírgenes Británicas, identificada con No. 136645. No comercializa ningún bien o servicio en Ecuador. Su único accionista es el **GRUPO EMPRESARIAL MARIPOSA CORP.**, así:

Tabla 6. Participación accionaria de EMSA

Accionistas	Porcentaje de participación
GRUPO EMPRESARIAL MARIPOSA CORP	100%

Fuente: Extracto no confidencial del Informe SCPM-IGT-INCCE-2020-011.

3.1.5. **GRUPO EMPRESARIAL MARIPOSA CORP** (en adelante “GRUPO MARIPOSA”)

- [18] **GRUPO MARIPOSA** es una empresa constituida en las Islas Vírgenes Británicas, identificada con No. 136645. Tampoco comercializa de forma directa bienes o servicios en el territorio nacional. Posee 82% de acciones de la compañía **THE CENTRAL AMERICA BOTTLING CORPORATION (BVI)**, quién a través de su filial **JOLTESY S.A.** posee el control de cinco compañías ecuatorianas: **THE TESALIA SPRING COMPANY, EMBOTELLADORA Y DISTRIBUIDORA MACHALA EMBOMACHALA S.A., ALPORT S.A., BOTTLINGCOMP** y **LÍQUIDOS DEL MILAGRO C.A. LIMISA.**¹²

3.1.5.1. **THE TESALIA SPRINGS COMPANY S.A.** (en adelante “TESALIA”)

¹² Extracto no confidencial del Informe SCPM-IGT-INCCE-2020-011, 14 de julio 2020.



- [19] Es una Compañía ecuatoriana, identificada con RUC No. 1790005739001, cuyo objeto social es:

“Industrialización, importación, exportación, comercialización, y distribución de productos alimenticios, tales como alimentos procesados y bebidas no alcohólicas, como aguas, aguas minerales”¹³

3.1.5.2. EMBOTELLADORA Y DISTRIBUIDORA MACHALA, EMBOMACHALA S.A (en adelante “EMBOMACHALA”)

- [20] Compañía ecuatoriana, identificada con No. de RUC 0790097645001, cuyo objeto social es la *“comercialización y producción de bebidas gaseosas”*.¹⁴

3.1.5.3. ALPORT S.A. (en adelante “ALPORT”)

- [21] Compañía ecuatoriana identificada con RUC No. 0991345213001, cuyo objeto social es:

“La compañía tendrá por objeto dedicarse a las siguientes actividades: a) Fabricación, importación, exportación, comercialización y distribución de aparatos fotográficos, instrumentos musicales, artículos de cerámica,.....”¹⁵

3.1.5.4. GUAYAQUIL BOTTLING COMPANY S.A. BOTTLINGCOMP (en adelante “BOTTLINGCOMP”)

- [22] Es una empresa ecuatoriana, identificada con No. de RUC 0992498927001, cuyo objeto social es:

“la producción, comercialización, exportación, importación, compra y venta de bebidas, alimentos y otros productos de consumo humano... etc.”¹⁶

3.1.5.5. LÍQUIDOS DEL MILAGRO C.A. LIMISA (en adelante “LIMISA”)

¹³ Sistema Portal de Información Superintendencia de Compañías.
https://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta_cia_menu.zul?expediente=1088&tipo=1.
Consultado el 6 de agosto de 2020.

¹⁴ Sistema Portal de Información Superintendencia de Compañías.
https://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta_cia_menu.zul?expediente=38159&tipo=1.
Consultado el 6 de agosto de 2020.

¹⁵ Sistema Portal de Información Superintendencia de Compañías.
https://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta_cia_menu.zul?expediente=73950&tipo=1.
Consultado el 6 de agosto de 2020.

¹⁶ Sistema Portal de Información Superintendencia de Compañías.
https://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta_cia_menu.zul?expediente=126069&tipo=1.
Consultado el 6 de agosto de 2020.

- [23] Es una compañía ecuatoriana, identificada con No. de RUC 0990722668001, su objeto social es:

*“la elaboración, distribución y venta de bebidas carbonatadas, efervescentes, espirituosas, cítricas.”*¹⁷

3.2. Operador económico adquirido.

3.2.1. SOLUBLES INSTANTÁNEOS C.A. (en adelante “SICA”)

- [24] Compañía ecuatoriana, identificada con RUC 0990002959001, cuyo objeto social es la fabricación de café soluble instantáneo, la elaboración de cualquier otro producto alimenticio instantáneo, a la importación de maquinarias, herramientas útiles, materias primas y todo cuanto le sea necesario para el desarrollo de esta industria.¹⁸
- [25] **SICA** únicamente produce y comercializa en Ecuador café soluble bajo las marcas comerciales “Don Café” y “Café Oro”.¹⁹
- [26] La participación accionaria de **SICA** está compuesta de la siguiente manera:

Tabla 7. Participación accionaria SOLUBLES INSTANTÁNEOS C.A.

Accionistas	Porcentaje de participación
SALCEDO BENÍTEZ SUSANA DE LAS MERCEDES	31.16%
SALCEDO BENÍTEZ MARÍA EUGENIA	27.55%
SALCEDO BENÍTEZ JORGE ADRIÁN	13.48%
SALCEDO COMPTE ISABEL MARÍA	3.79%
SALCEDO COMPTE JORGE ANDRÉS	3.79%
SALCEDO COMPTE MARÍA DEL PILAR	3.79%
SALCEDO COMPTE RICARDO FÉLIX	3.79%
SALCEDO COMPTE ROBERTO ADRIÁN	3.79%
COMPTE DE SALCEDO MARÍA DEL PILAR	2.85%
AROSEMENA SALCEDO GUILLERMO JORGE	1.81%
TAMARIZ SALCEDO ALEGRÍA MARÍA	1.39%
TAMARIZ SALCEDO JOSÉ FÉLIX	1.39%

- ¹⁷ Sistema Portal de Información Superintendencia de Compañías.
https://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta_cia_menu.zul?expediente=42048&tipo=1. Consultado el 6 de agosto de 2020.
- ¹⁸ Extracto no confidencial del Informe SCPM-IGT-INCCE-2020-011, 14 de julio 2020. En la página de la SCVS se indica que su objeto social es “SE DEDICARA PRIMORDIALMENTE A LA FABRICACION DE CAFE SOLUBLE INSTANTANEO.....ETC. Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.
https://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta_cia_menu.zul?expediente=3537&tipo=1. Consultado el 06 de agosto de 2020.
- ¹⁹ Extracto no confidencial del Informe SCPM-IGT-INCCE-2020-011, 14 de julio 2020.

TAMARIZ SALCEDO MARÍA EUGENIA	1.39%
TOTAL	100 %

Fuente: Página web Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.²⁰

- [27] Los socios **SUSANA DE LAS MERCEDES SALCEDO BENÍTEZ** y **JORGE ADRIÁN SALCEDO BENÍTEZ**, poseen cada uno el 26.7% de las acciones de la empresa **MOROCCORP S.A** (en adelante “**MOROCCORP**”), empresa ecuatoriana, identificada con No. de Ruc 0991040692001. Esta última tiene una relación comercial de distribución con **SICA**, representando el 10.37% de sus ventas totales, pero sin formar parte del grupo económico de **SICA**.²¹

4. ANTECEDENTES

- [28] Mediante escrito y anexos ingresados en la Secretaría General de la SCPM el 20 de diciembre de 2019 a las 15h54, signados con número de trámite No.152493, el operador económico **BIA COFFEE** presentó una notificación obligatoria del proceso de adquisición por contrato de compraventa del 50 + 1% de las acciones de la compañía **SICA**.
- [29] Mediante la providencia de 26 de diciembre de 2019 expedida a las 16h45, la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas (en adelante “**INCCE**”), inició el procedimiento de autorización de concentración económica presentada por el operador económico **BIA COFFEE**.
- [30] Mediante memorando SCPM-IGT-INCCE-2020-159 de 14 de julio de 2020, la INCCE remitió a la CRPI el informe SCPM-IGT-INCCE-2020-011 de 14 de julio de 2020, su extracto no confidencial y le otorgó acceso al expediente digital No. SCPM-IGT-INCCE-027-2019.
- [31] Mediante providencia de 20 de julio de 2020 expedida a las 11h45, la CRPI avocó conocimiento del expediente No. SCPM-CRPI-012-2020, agregó al expediente el Informe No. SCPM-IGT-INCCE-2020-011 y su extracto no confidencial, y dio traslado de este último a los operadores económicos **BIA COFFEE** y **SICA**. Además, la CRPI prorrogó por 60 días término el tiempo máximo para emitir la resolución.

5. FUNDAMENTOS DE DERECHO

5.1. Constitución de la República del Ecuador (en adelante “CN”)

- [32] Los artículos 213 de la CN establece las facultades de las Superintendencias como órganos de control y regulación en actividades económicas, así:

²⁰ Sistema Portal de Información Superintendencia de Compañías.
https://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta_cia_menu.zul?expediente=3537&tipo=1.
Consultado el 6 de agosto de 2020.

²¹ Extracto no confidencial del Informe SCPM-IGT-INCCE-2020-011, 14 de julio 2020.



“Art. 213.- 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. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley.

(...)”

- [33] Los artículos 335 y 336 de la CN establecen las bases normativas para que el Estado logre una adecuada protección de la libre competencia, el comercio justo y leal, así:

“Art. 335.- El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos.

El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal.”

“Art. 336.- 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. Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante “LORCPM”)

- [34] Los artículos 1 y 2 de la LORCPM establecen su objetivo y el ámbito de aplicación:

“Art. 1.- Objeto.- El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.



Art. 2.- Ámbito.- Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional.

Las conductas o actuaciones en que incurriere un operador económico serán imputables a él y al operador que lo controla, cuando el comportamiento del primero ha sido determinado por el segundo.

La presente ley incluye la regulación de las distorsiones de mercado originadas en restricciones geográficas y logísticas, así como también aquellas que resultan de las asimetrías productivas entre los operadores económicos.”

[35] El artículo 14 de la LORCPM determina qué se entiende por concentración económica:

“Art. 14.- Operaciones de concentración económica.- A los efectos de esta ley se entiende por concentración económica al cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos, a través de la realización de actos tales como:

- a) La fusión entre empresas u operadores económicos.*
- b) La transferencia de la totalidad de los efectos de un comerciante.*
- c) La adquisición, directa o indirectamente, de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda que den cualquier tipo de derecho a ser convertidos en acciones o participaciones de capital o a tener cualquier tipo de influencia en las decisiones de la persona que los emita, cuando tal adquisición otorgue al adquirente el control de, o la influencia sustancial sobre la misma.*
- d) La vinculación mediante administración común.*
- e) Cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de un operador económico o le otorgue el control o influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de un operador económico.”*

[36] El artículo 15 de la LORCPM indica las facultades de la SCPM en relación con las concentraciones económicas de notificación obligatoria, así:

“Art. 15.- Control y regulación de concentración económica.- Las operaciones de concentración económica que estén obligadas a cumplir con el procedimiento de notificación previsto en esta sección serán examinadas, reguladas, controladas y, de ser el caso, intervenidas o sancionadas por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.



En caso de que una operación de concentración económica cree, modifique o refuerce el poder de mercado, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá denegar la operación de concentración o determinar medidas o condiciones para que la operación se lleve a cabo. Habiéndose concretado sin previa notificación, o mientras no se haya expedido la correspondiente autorización, la Superintendencia podrá ordenar las medidas de desconcentración, o medidas correctivas o el cese del control por un operador económico sobre otro u otros, cuando el caso lo amerite, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar de conformidad con los artículos 78 y 79 de esta Ley.”

- [37] El artículo 16 de la LORCPM determina las condiciones que se deben cumplir para que la notificación de concentración económica sea obligatoria:

“Art. 16.- Notificación de concentración.- Están obligados a cumplir con el procedimiento de notificación previa establecido en esta Ley, los operadores económicos involucrados en operaciones de concentración, horizontales o verticales, que se realicen en cualquier ámbito de la actividad económica, siempre que se cumpla una de las siguientes condiciones:

- a) Que el volumen de negocios total en el Ecuador del conjunto de los partícipes supere, en el ejercicio contable anterior a la operación, el monto que en Remuneraciones Básicas Unificadas vigentes haya establecido la Junta de Regulación.*
- b) En el caso de concentraciones que involucren operadores económicos que se dediquen a la misma actividad económica, y que como consecuencia de la concentración se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante del producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.*

En los casos en los cuales las operaciones de concentración no cumplan cualquiera de las condiciones anteriores, no se requerirá autorización por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Sin embargo, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá solicitar de oficio o a petición de parte que los operadores económicos involucrados en una operación de concentración la notifiquen, en los términos de esta sección.

Las operaciones de concentración que requieran de autorización previa según los incisos precedentes, deberán ser notificadas para su examen previo, en el plazo de 8 días contados a partir de la fecha de la conclusión del acuerdo, bajo cualquiera de las modalidades descritas en el artículo 14 de esta Ley, ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. La notificación deberá constar por escrito, acompañada del proyecto del acto jurídico de que se trate, que incluya los nombres o denominaciones sociales de los operadores económicos o empresas involucradas, sus estados financieros del último ejercicio, su participación en el mercado y los demás datos que permitan conocer la transacción pretendida. Esta notificación



debe ser realizada por el absorbente, el que adquiere el control de la compañía o los que pretendan llevar a cabo la concentración. Los actos sólo producirán efectos entre las partes o en relación a terceros una vez cumplidas las previsiones de los artículos 21 o 23 de la presente Ley, según corresponda.”

- [38] El artículo 21 de la LORCPM prevé el término para resolver las notificaciones obligatorias de concentración económica, así:

“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.*

El término establecido en este artículo podrá ser prorrogado por una sola vez, hasta por sesenta (60) días término adicionales, si las circunstancias del examen lo requieren.”

- [39] El artículo 22 de la LORCPM prevé los criterios de decisión al resolver sobre una concentración económica notificada de manera obligatoria:

“Art. 22.- Criterios de decisión.- A efectos de emitir la decisión correspondiente según el artículo anterior, se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

- 1.- El estado de situación de la competencia en el mercado relevante;*
- 2.- El grado de poder de mercado del operador económico en cuestión y el de sus principales competidores;*
- 3.- La necesidad de desarrollar y/o mantener la libre concurrencia de los operadores económicos, en el mercado, considerada su estructura así como los actuales o potenciales competidores;*
- 4.- 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;*
- 5.- La contribución que la concentración pudiere aportar a:*

- a) La mejora de los sistemas de producción o comercialización;*
- b) El fomento del avance tecnológico o económico del país;*
- c) La competitividad de la industria nacional en el mercado internacional siempre y cuando no tenga una afectación significativa al bienestar económico de los consumidores nacionales;*



- d) El bienestar de los consumidores nacionales;
- e) Si tal aporte resultare suficiente para compensar determinados y específicos efectos restrictivos sobre la competencia; y,
- f) La diversificación del capital social y la participación de los trabajadores.”

5.3. Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante “RLORCPM”)

[40] El artículo 21 del RLORCPM establece los criterios de decisión para las operaciones de concentración económica, así:

“Art. 21.- Criterios de decisión.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá -autorizar, denegar o condicionar la operación de concentración, de conformidad con lo establecido en la sección IV del capítulo II de la Ley.

Las condiciones pueden referirse al comportamiento o a la estructura de los operadores económicos involucrados.

A efectos de autorizar una operación de concentración económica en los términos de la Ley, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado ponderará, en todos los casos, el grado de participación de los trabajadores en el capital social.

Si se hubiere subordinado la autorización al cumplimiento de condiciones, estas deberán adoptarse en Un término máximo de noventa (90) días de notificada la resolución que las establece.

La Superintendencia podrá otorgar un término adicional para el cumplimiento de las condiciones cuando el operador económico al que dichas condiciones le fueron impuestas demuestre que, habiendo mediado todos los esfuerzos necesarios, le ha sido imposible cumplirlas en el término antes señalado.

Si las condiciones no han sido cumplidas en el término de noventa (90) días o en el término adicional otorgado por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, esta denegará la operación de concentración.”

5.4. Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM (en adelante “Instructivo”)

[41] El artículo 36 del Instructivo determina el procedimiento en fase de resolución para las operaciones de concentración económica notificadas obligatoriamente, así:

“Art. 36.- PROCEDIMIENTO PARA LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA NOTIFICADAS OBLIGATORIAMENTE.- Para dar cumplimiento al procedimiento obligatorio de notificación previa, previsto en los artículos 15 y 16 de la LORCPM se cumplirá lo siguiente:

(...)

4.- FASE DE RESOLUCION.- La CRPI, recibirá el proceso y resolverá en el término de cinco (5) días. La resolución la expedirá considerando lo establecido en el artículo 21 de la LORCPM y notificará al operador económico y a la Intendencia para que registre y supervise el cumplimiento de la resolución en caso que la misma sea subordinada.

(...)”

6. OBLIGATORIEDAD DE LA NOTIFICACIÓN

[42] El volumen de negocios de la operación de concentración analizada es de USD \$ 344.179.085²², es decir, mayor al monto establecido por la Junta de Regulación a 2020 que era de 200 Remuneraciones Básicas Unificadas (USD 80.000.000). Por lo tanto, encaja en el supuesto previsto en el literal a) del artículo 16 de la LORCPM, es decir, es una operación que debe cumplir con el procedimiento de notificación previa.

7. ANÁLISIS DE LA CONCENTRACIÓN ECONÓMICA

7.1 Descripción de la operación de concentración económica

[43] El 12 de diciembre de 2019 se celebró el contrato de compraventa del 51% de acciones de **SICA**, suscrito entre el operador económico **BIA COFFEE** (adquirente de las acciones), en calidad de comprador, y los señores Jorge Guillermo Arosemena Salcedo, María del Pilar Compte de Salcedo, Jorge Adrián Salcedo Benítez, María Eugenia Salcedo Benítez, Susana de las Mercedes Salcedo Benítez, Isabel María Salcedo Compte, Jorge Andrés Salcedo Compte, María del Pilar Salcedo Compte, Ricardo Felix Salcedo Compte, Roberto Adrián Salcedo Compte, Alegría María Tamariz Salcedo, José Felix Tamariz Salcedo y María Eugenia Tamariz Salcedo (titulares de las acciones), en calidad de vendedores.

[44] Mediante este esquema contractual se adquirirá el 50 por ciento más uno de las acciones de la compañía **SICA**, lo que evidentemente le daría la posibilidad a **BIA COFFEE**, en su calidad de accionista mayoritario, de ejercer una influencia decisiva y permanente²³ en las decisiones de la empresa adquirida.

²² Extracto no confidencial del Informe SCPM-IGT-INCCE-2020-008, 11 de junio 2020.

²³ Sobre la permanencia de la toma de control se puede ver Molina Sandoval, Carlos. El Control de las Concentraciones Económicas y Fusiones en el Régimen Competitivo Argentino. Pág. 362. Disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/52475591.pdf>. Indica lo siguiente:

“(…)

No cualquier acto de toma de control de la empresa importa una concentración, pues si el control o influencia tiene una vigencia fugaz y rápida, no será suficiente para que el acto encuadre en esta idea, La permanencia es un elemento definitorio de la concentración.”

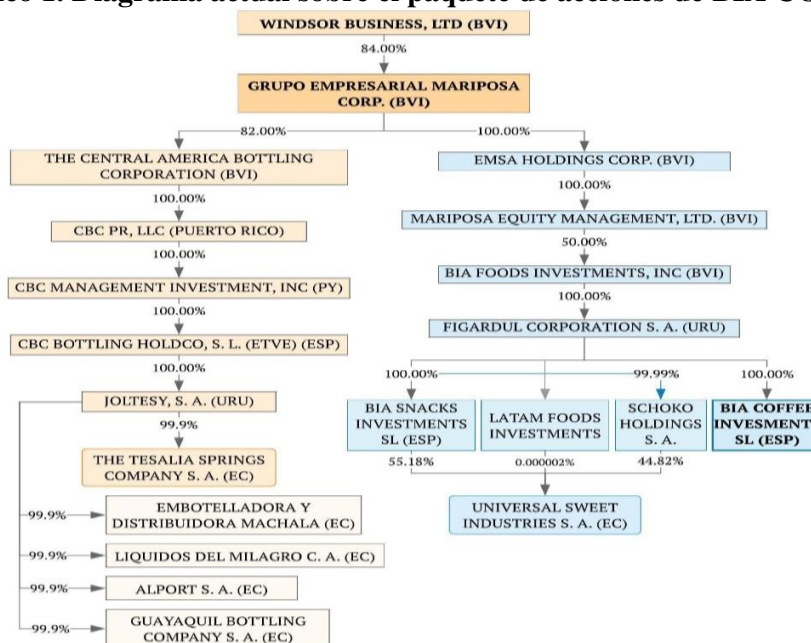
[45] Lo mencionado encaja claramente en el supuesto de hecho plasmado en el literal c) del artículo 14 de la LORCPM²⁴, es decir, para el caso particular mediante la toma de control por la adquisición directa del 51% de las acciones de **SICA**.

[46] Una vez determinado el esquema contractual de adquisición, podemos pasar a determinar la estructura societaria *ex ante* y *ex post*.

7.2. Estructura societaria *ex ante* y *ex post*.

[47] En los siguientes gráficos se plasma un diagrama de la operación de concentración *ex ante* versus un hipotético diagrama de concentración *ex post*, lo que permite vislumbrar la dimensión de la adquisición planteada, tanto para la estructura societaria de **BIA COFFEE** y empresas relacionadas, como para **SICA**.

Gráfico 1. Diagrama actual sobre el paquete de acciones de BIA COFFEE



Fuente: Extracto no confidencial del Informe SCPM-IGT-INCCE-2020-011.

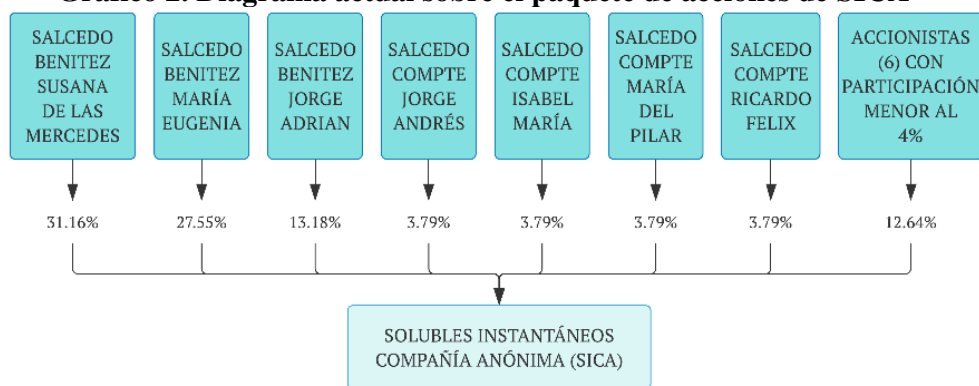
²⁴ “Art. 14.- Operaciones de concentración económica.- A los efectos de esta ley se entiende por concentración económica al cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos, a través de la realización de actos tales como:

(...)

c) La adquisición, directa o indirectamente, de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda que den cualquier tipo de derecho a ser convertidos en acciones o participaciones de capital o a tener cualquier tipo de influencia en las decisiones de la persona que los emita, cuando tal adquisición otorgue al adquirente el control de, o la influencia sustancial sobre la misma.

(...)”

Gráfico 2. Diagrama actual sobre el paquete de acciones de SICA²⁵

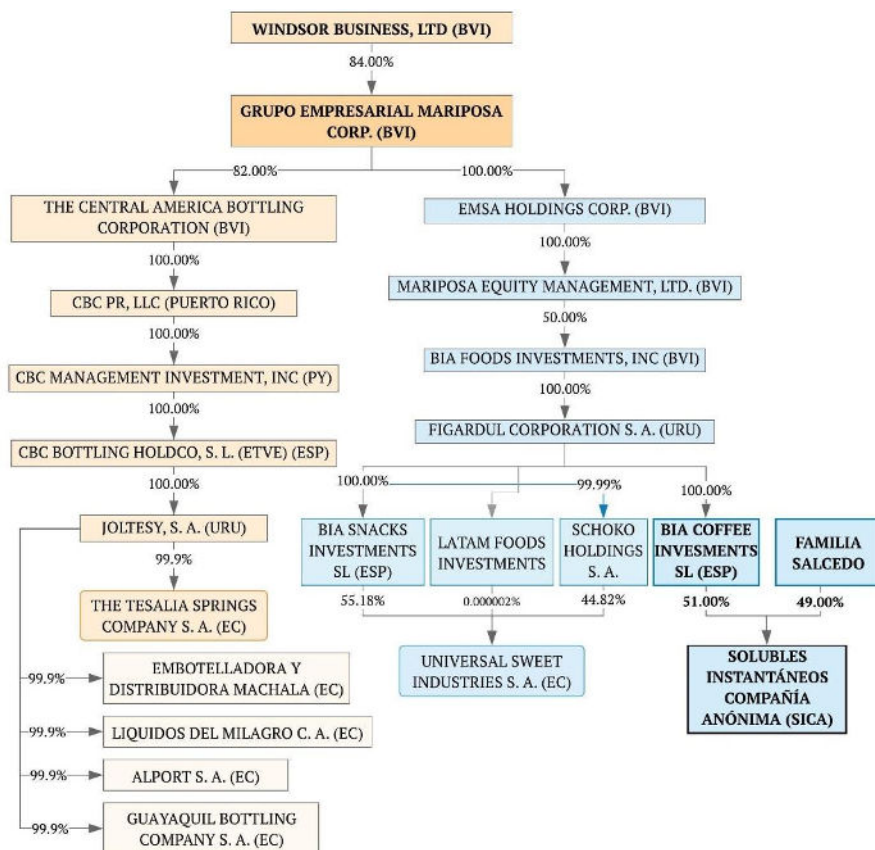


Fuente: Extracto no confidencial del Informe SCPM-IGT-INCCE-2020-011.

Gráfico 3. Diagrama ex post sobre la operación

²⁵

Sistema Portal de Información Superintendencia de Compañías. Árbol accionario de personas.
https://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta_cia_menu.zul?expediente=3537&tipo=1.
 Consultado el 6 de agosto de 2020.



Fuente: Extracto no confidencial del Informe SCPM-IGT-INCCE-2020-011.

- [48] Los gráficos corroboran de manera palmaria que el **BIA COFFEE**, y por ende el **GRUPO MARIPOSA**, después de la operación de concentración tomarían el control sobre **SICA**.

7.3. Mercado relevante

- [49] La INICCE después de un análisis de los productos y servicios ofertados en Ecuador por las empresas vinculadas directa o indirectamente a la operación de concentración, indicó en su informe que para el estudio del presente caso se analizarían dos mercados a saber: (i) producción y comercialización de café soluble; y (ii) distribución al por mayor de productos de consumo masivo.
- [50] La CRPI concuerda con la INCCE en que estos son los dos mercados a analizar, ya que **SICA** participa en el mercado de producción de café soluble²⁶ y **TESALIA** se dedica a la producción y distribución de aguas, gaseosas, bebidas funcionales y jugos, por medio de redes y canales propios a nivel nacional.

²⁶ De conformidad con la investigación de realizó la INCCE, **SICA** distribuye, de manera exclusiva, su producto a través de la empresas **MOROCCORP**. Ver pág 21 del Informe que se refiere al requerimiento de información, signado con ID 162625. Expediente SCPM-IGT-INCCE-027-2019.

- [51] Por lo mencionado, en el supuesto de concretarse la operación de concentración notificada, se generaría una integración vertical entre los dos mercados mencionados.

7.3.1. Mercado de producción de café soluble a nivel nacional (mercado aguas arriba)

- [52] El café soluble o instantáneo es un producto derivado de los granos de café, que se produce por liofilización o utilizando el método de secado por aspersión. El café instantáneo está disponible en forma de polvo o granulado contenido en frascos de vidrio, sobres o latas. Producto que los consumidores pueden rehidratar mezclándolo con agua o leche caliente. Este tipo de presentación del café se puede preparar con poca antelación. Debido a su método de preparación, el café instantáneo tiene una vida útil muy larga.

7.3.1.1. Análisis de sustituibilidad desde el punto de vista de la demanda.²⁷

- [53] El café en general es considerado como un alimento con altos niveles de cafeína. Específicamente, se estima que el café soluble posee un contenido promedio de cafeína de 60 mg/taza de 150 ml (rango 30 - 120 mg).²⁸
- [54] Al comparar el nivel de cafeína del café soluble con otros alimentos que contienen dicha sustancia encontramos lo siguiente²⁹:

Tabla 14. Contenido de cafeína de algunos alimentos y bebidas comunes⁶

Alimentación y bebidas	Cantidad	Contenido de cafeína (mg)
Café expés	6 oz (175 ml)	376
Café instantáneo	8oz (250 ml)	100
Café filtrado	8oz (250 ml)	140
Té, negro	8 oz (250 ml)	35
Té verde	8 oz (250 ml)	32
Té, instantáneo,	8 oz (250 ml)	8
Leche con chocolate	8 oz (250 ml)	5
Bebida energética	8 oz (250 ml)	75 o más
Cola	12 oz (355 ml)	30-100
Una barra de chocolate	50 gramos	50
Chocolate	1 oz (30 g)	7
Chocolate oscuro	1 oz (30 g)	13-26
Chocolate bebida de soja	8 oz (250 ml)	5

Fuente: Health Canada. Caffeine in Foods, Limit caffeine during pregnancy NHS 2011
Elaboración: Autores

²⁷ El artículo 6 de la Resolución 11 plasma una definición para el análisis en función de la sustitución de la demanda así:

“Art. 6.- Definición.- El análisis de sustitución de la demanda implica determinar todos aquellos bienes que el consumidor o usuario considere como sustitutos del producto o servicio materia de análisis. Se deberá utilizar criterios, tanto cuantitativos como cualitativos, que incluya uno o algunos de los referidos en los numerales subsiguientes.”

²⁸ Sobre esto se puede ver: Martín Gotteland y Saturnino de Pablo V. Algunas verdades sobre el café. Revista Chilena de Nutrición. Versión On-line ISSN 0717-7518. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-75182007000200002. Consultado el 14 de agosto de 2020.

²⁹ Alimentación y Nutrición de la Mujer Gestante y de la Madre en el Periodo de Lactancia. Guía Práctica Clínica (GPC). Ministerio de Salud Pública, Ecuador. 2014. Pág 29. Disponible en https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2018/03/Alimentacion_y_nutricion_de_la_mujer_gestante_y_la_madre_en_periodo_de_lactancia.pdf. Consultado el 13 de agosto de 2020.



- [55] Como se evidencia en la tabla, el alto nivel de cafeína del café lo diferencia claramente otro tipo de bebidas calientes como el té o el cacao, lo que genera una verdadera cultura del café, representada en un catalizador para acercar a las personas en diversos escenarios, un estimulador muy usado en el campo laboral, una bebida servida después de una comida pesada, un acompañante energizante para la lectura o el trabajo solitario, inclusive la primera bebida de la mañana que genera altos grados de energía. La “cultura del café” se podría sintetizar así:

“Cultura del Café

*La cultura del café describe el ambiente social o la serie de comportamientos sociales que dependen en gran medida del café, particularmente como lubricante social. El término también se refiere a la difusión y adopción del café como estimulante consumido por la cultura. A finales del siglo 20, en particular en el mundo occidental y centros urbanizados en el globo, el café expreso ha sido una forma cada vez más dominante (...)*³⁰

- [56] Si bien el café soluble tiene menos cafeína que el café filtrado o el expreso, tiene unos niveles muy superiores al té o al cacao. Esto lo convierte en un producto completamente diferente, que junto con su fácil preparación y conservación, lo hacen un mercado en sí mismo. Inclusive se ha considerado un mercado diferente a otras presentaciones de café, tal y como lo estableció la Comisión Europea:

“(…)

*Dentro del canal doméstico, la Comisión concluyó fundamentalmente que los diferentes formatos de café pertenecen a mercados de producto distintos (es decir, tostado y molido, instantáneo, bolsitas y cápsulas)(…)”*³¹

- [57] Para el caso particular existe un especial interés en determinar si el cacao en polvo y el café soluble son sustitutos, teniendo en cuenta que el operador económico **UNIVERSAL SWEET INDUSTRIES** produce y comercializa mezclas de cacao en polvo.
- [58] La INCCE realizó un análisis centrado en el consumidor ecuatoriano que la CRPI comparte.³² Dicho análisis comparó el perfil de dicho consumidor en relación con el cacao en polvo y el café soluble, mostrando que para el primero existe un gran porcentaje de consumidores menores de 12 años, lo que no se encuentra en el segundo.

³⁰ Aguirre González, Juan Antonio. Los Millennials y el consumo de café: el caso de Costa Rica. Tec Empre. vol.10 n.2 Cartago Aug./Oct. 2016. Disponible en https://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1659-33592016000200017. Consultado el 14 de agosto de 2020.

³¹ European Commission. (2004). CASE M.7292 - DEMB/ MONDELEZ/ CHARGER OPCO. Recuperado de: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7292_3753_2.pdf.

³² Ver página 22 del extracto no confidencial del Informe SCPM-IGT-INCCE-2020-011, 14 de julio 2020.

- [59] Si bien el café soluble y el cacao en polvo comparten algunas oportunidades de consumo, desayuno o acompañamiento con comidas de la tarde, para el consumidor ecuatoriano es claro que el alto contenido de cafeína del café soluble lo hace un producto no intercambiable con el cacao en polvo. En la población está muy arraigada la tendencia a pensar que la cafeína no es buena para los niños, mujeres embarazadas, personas con padecimientos como gastritis, tensión alta, colesterol, etc. Esto se debe a las recomendaciones médicas en este sentido y a la copiosa biografía que lo respalda.³³
- [60] De conformidad con todo mencionado, y pese a que el notificante de la operación de concentración haya clasificado al mercado como de “*bebidas calientes*”, es claro que el café soluble es un mercado en sí mismo.
- [61] En adición a lo anterior, la INCCE realizó un análisis de correlación donde concluyó lo siguiente:

“(...) De esta manera, se concluye que existe una correlación positiva. Sin embargo, la relación lineal no supera el 0,8 necesario para establecer que son productos sustitutos, por lo tanto, se descarta que los mencionados productos forman parte de un mismo mercado relevante.”

7.3.1.2. Sustituibilidad desde el punto de vista de la oferta.³⁴

- [62] De la información recabada por la INCCE, se evidencia que los productores de cacao en polvo tendrían que utilizar un periodo de tiempo considerable, así como una importante suma de dinero para producir café instantáneo, y viceversa. Esto nos indica que la infraestructura para cada línea de producción es muy diferente, y su adecuación para cambiar su producción sería muy costosa. En palabras de la INCCE:

“En el cuestionario realizado a operadores económicos se incluyó una pregunta tendiente a verificar que tan factible sería que una empresa que produce cacao en polvo pueda producir café soluble y viceversa, ante lo cual varias empresas concuerdan en que los activos utilizados para la producción de café soluble son totalmente diferentes a los necesarios para la producción de cacao en polvo. Incluso, USI señaló que para incursionar en la producción de café requeriría una inversión aproximada de USD 30 millones para construir una planta de 2.880

³³ Ramírez Prada, Diana Mayrene. Café, Cafeína vs. Salud Revisión de los Efectos del Consumo de Café en la Salud. Univ. Salud vol.12 no.1 Pasto Jan./Dec. 2010. Disponible en http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-71072010000100017&lng=en&tlng=es. Consultado el 12 de agosto de 2020.

³⁴ “Art. 11.- Definición.- El análisis de sustitución de la oferta implica determinar todos aquellos bienes ofertados por operadores económicos, denominados potenciales competidores, quienes ante incrementos en precios del producto o servicio materia de análisis, podrían fabricarlo y comercializarlo en un periodo de tiempo tal que no suponga ajustes significativos de activos materiales e inmateriales, y sin incurrir en costos o riesgos adicionales excesivos. Se deberá utilizar criterios, tanto cuantitativos como cualitativos, que incluyan una o algunas de las pruebas referidas en los numerales siguientes.”

toneladas y que estima que su entrada a este mercado le tomaría 2,5 años, por lo cual se evidencia que, si un productor de cacao en polvo quisiera diversificar sus actividades y comenzar a producir café soluble tendría que incurrir en costos adicionales significativos.

$$(\dots)$$

A criterio de los operadores económicos dentro del giro de negocio no es factible que las empresas que se dedican a producir café soluble, con la misma infraestructura, maquinaria y personal, puedan fabricar cacao en polvo, ya que son procesos distintos. Para la producción de café soluble se necesita máquinas para tostación, molienda, centrifugación, granulación, equipo de extracción, concentración, espumación y granulación. En cambio, para la producción de cacao en polvo se requiere tostadores, descascarilladores, molinos, refinadores, tanques de almacenamiento de licor, limpiador de pepas, prensas de licor, mezclador, molino, zaranda vibradora, transportes de tornillos y equipo para el envase del producto”³⁵

[63] El siguiente cuadro muestra la diferencia en la maquinaria para la producción de café y cacao en polvo:

[illegible]

³⁵ Ver páginas 25 y 26 del extracto no confidencial del Informe SCPM-IGT-INCCE-2020-011, 14 de julio 2020.



- [64] En consecuencia, no existe sustituibilidad entre el cacao el polvo y el café soluble, y se reafirma que el mercado de producto aguas arriba sería el de producción de café soluble.

7.3.1.3. Mercado geográfico

- [65] La CRPI concuerda con la INCCE en que, dada la naturaleza del producto y su inclusión generalizada en la dieta de los hogares ecuatorianos, el mercado relevante geográfico corresponde a todo el territorio nacional.

7.3.2. Mercado de distribución al por mayor de productos de consumo masivo a nivel nacional. (mercado aguas abajo)

7.3.2.1. Análisis del mercado

- [66] Tal y como se evidenció en la investigación realizada por la INCCE, **TESALIA** presta servicios de distribución de productos de consumo masivo a empresas vinculadas y a terceros. Los distribuye a operadores del canal tradicional y moderno, de conformidad con los acuerdos que se celebren con cada uno de los proveedores.³⁶
- [67] El operador económico **SICA**, como ya se indicó, produce café soluble y lo distribuye mediante terceros. Por lo tanto, el mercado de distribución de productos de consumo masivo será objeto de análisis.
- [68] La distribución es el proceso mediante el cual los bienes son trasladados desde el centro de producción hacia los canales de expendio³⁷ para ponerlos al alcance de los consumidores finales. Existen principalmente dos formatos de distribución: (i) la distribución mayorista y (ii) la distribución minorista.

³⁶ Ver pág 27 del extracto no confidencial del Informe SCPM-IGT-INCCE-2020-011, 14 de julio 2020.

³⁷ Los canales de expendio se suelen dividir en dos. La INCCE en su informe indicó lo siguiente:

(...) El canal tradicional permite la comercialización de distintos productos a través de puntos de venta. La interacción de los distribuidores se la realiza con alguna persona que atiende o administra el lugar, a los cuales le ofertan y entrega los productos que desea, que en una gran mayoría son de primera necesidad, además de que la relación comercial suele ser mucho más informal donde la competencia en este segmento se basa en márgenes de precios.

El canal moderno es aquel que engloba la comercialización de productos de manera masiva en un local, donde los consumidores tienen acceso libre a una variedad de productos, se encargan de buscar y elegir el producto de su necesidad sin involucrar a intermediarios, los puntos de venta que usualmente son parte de este canal son supermercados, bodegas, distribuidores de mayoreo, farmacias de cadena entre otros. Se caracterizan porque mejora la cadena de distribución, facilitando la accesibilidad de los productos al cliente a través de su disponibilidad inmediata.”

Ver pág 27 del extracto no confidencial del Informe SCPM-IGT-INCCE-2020-011, 14 de julio 2020.



- [69] La distribución comercial mayorista de bienes de consumo masivo comprende las diversas actividades económicas destinadas al suministro al por mayor de productos de alto consumo. Dicho suministro se dirige a sujetos distintos del consumidor final, como los distribuidores minoristas, autoservicios, establecimientos hoteleros u otras organizaciones. La distribución comercial minorista, por su parte, se dirige específicamente al consumidor final.
- [70] La INCCE al analizar precedentes internacionales encontró que existen mercados diferenciados en la distribución mayorista: (i) en formato cash & carry y (ii) en formato tradicional. El primero sería *“una modalidad de venta al por mayor de productos de gran consumo en régimen de autoservicio dirigida, especialmente, a pequeñas y medianas empresas y profesionales distintos de los consumidores finales.”*³⁸ Y el segundo *“se distingue de la distribución mayorista a través de establecimientos cash & carry en que la venta se realiza mediante la entrega a domicilio o en mostrador, y en que el pago de las mercancías normalmente se realiza a crédito, ya que la demanda está constituida por establecimientos minoristas con una mayor capacidad de compra que los que acuden a los establecimientos cash & carry.”*³⁹
- [71] De conformidad con lo anterior, para el análisis de la presente operación de concentración económica, el mercado de producto aguas abajo sería el de distribución al por mayor de productos de consumo masivo.

7.3.2.2. Mercado geográfico

- [72] La CRPI concuerda con al INCCE en que el ámbito territorial para el mercado de distribución mayorista de productos de consumo masivo es a nivel nacional. Esta actividad se basa en el transporte por medio de vehículos con capacidad para trasladarse por todo el país. Y teniendo en cuenta que los productos de consumo masivo tienen demanda a nivel nacional, las empresas distribuidoras querrán cubrir las necesidades en todo el territorio de Ecuador.
- [73] De conformidad con todo lo anteriormente mencionado, se puede establecer que los mercados relevantes para el presente caso son: (i) el mercado de producción de café soluble a nivel nacional; y, (ii) el mercado de distribución al por mayor de productos de consumo masivo a nivel nacional.

7.4. Competidores y análisis de las cuotas de mercado

7.4.1. Mercado de producción de café soluble a nivel nacional

- [74] De conformidad con la información proporcionada por el operador económico notificante, el operador económico **SICA** para el año 2018, a través de sus marcas Doncafé” y “Café Oro”, tendría una cuota de participación aproximada del [REDACTED] % a nivel nacional. Sus competidores

³⁸ Tribunal de Defensa de la Competencia. (2006). C95/06 MIQUEL ALIMENTACIÓ/PUNTOCASH. Recuperado de: https://www.cnmec.es/sites/default/files/33211_7.pdf

³⁹ Informe del Servicio de Defensa de la Competencia. Dirección General de Defensa de la Competencia. Ministerio de Economía y Hacienda, España. N-04086 COVALCO / ENACO.

participarían del 83,50% restante durante el mismo año, lo que no le otorga ninguna posición de ventaja o dominio en este mercado.

Tabla 9. Cuotas de participación en el mercado de café soluble a nivel nacional⁴⁰

Empresa	Marca	Participación 2017	Participación n 2018
NESTLÉ ECUADOR S. A.	NESCAFÉ	████	████
SOLUBLES INSTANTÁNEOS C.A.	DONCAFÉ	████	████
EL CAFÉ C.A.	PRES 2	████	████
PRODUCTOS MINERVA S. A.	MINERVA	████	████
EL CAFÉ C. A.	SI CAFÉ	████	████
CORPORACIÓN FAVORITA C. A.	JUAN VALDÉZ	████	████
COLCAFÉ S. A.	COLCAFÉ	████	████
PYDACO CIA. LTDA.	CAFÉ BUENDÍA	████	████
SOLUBLES INSTANTÁNEOS C. A.	CAFÉ ORO	████	████
MARKECSA S. A.	SWEET & COFFEE	████	████
OTROS	OTROS	████	████
Total		100%	100%

Fuente: Expediente No. SCPM-IGT-INICCE-027-2019. Euromotor International from official statistics, trade associations, trade press, company research, source checks, trade interviews, trade sources.

- [75] A partir de esta información y de la naturaleza de la operación de concentración notificada, se evidencia que la cuota de participación de **SICA** en el mercado relevante es baja (inferior al 30%) y no aumentaría de concretarse dicha operación, lo cual de conformidad con los parámetros adoptados por la Comisión Europea⁴¹ y lo establecido en el actual artículo 36.1 del Instructivo⁴², no podrían causar o generar problemas a la competencia en este mercado.

⁴⁰ Datos tomados de BIA COFFEE INVESTMENT. (2019). Tabla 6 LBN Brand Shares of Coffee % Retail Value 2015- 2018. Anexo III.1 al Formulario para la notificación de operaciones de concentración económica, signado con número de trámite interno ID 152493, p. 5.

⁴¹ “Es improbable que la Comisión concluya que una concentración no horizontal plantea problemas, ya sea de naturaleza coordinada o no coordinada, cuando tras la concentración la cuota de mercado de la nueva entidad en cada uno de los mercados afectados es inferior a 30%”. Directrices para la evaluación de las concentraciones no horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas. Diario Oficial de la Unión Europea. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC1018\(03\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC1018(03)&from=ES). Consultado el 11 de agosto de 2020.

⁴² Si bien el actual artículo 36.1 del actual Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado no se aplica al presente caso, ya que entró en vigencia el 20 de abril de 2020, es decir, después de la presentación de la notificación de la operación de concentración económica, será tomado simplemente como una referencia nacional soportada en la experiencia internacional.



- [76] En consecuencia, la baja participación no permitirá que el operador concentrado pueda generar efectos verticales anticompetitivos, ya que no tendría ni ostentaría una posición de dominio. Además, la existencia de varios competidores como son: **NESTLÉ, EL CAFÉ, PRODUCTOS MINERVA y CORPORACIÓN FAVORITA**, generarían que ante un posible acto restrictivo a la competencia que oferten café soluble a los clientes de **SICA**.

7.4.2. Mercado de distribución al por mayor de productos de consumo masivo a nivel nacional

- [77] La operación de concentración permitiría que **TESALIA** distribuyera el café soluble producido por **SICA** a nivel nacional. En la distribución al por mayor **TESALIA** margina su ganancia en la diferencia existente entre el precio de compra o costo del producto y el precio de venta al canal.⁴³
- [78] La INCCE en su Informe indicó que el servicio de distribución al por mayor que presta **TESALIA** a terceros no es su giro de negocio principal, ya que solamente representa 0,398% de sus ingresos por actividades ordinarias a 2018.⁴⁴
- [79] Se presentan como potenciales competidores en el mercado de distribución al por mayor de productos de consumo masivo a nivel nacional, las compañías de los segmentos de productos asociados a bebidas y alimentos, así como compañías que potencialmente podrían distribuir a terceros.⁴⁵ La INCCE indicó en su informe que existen aproximadamente 127 operadores, dentro de los que se destacan: **BEBIDAS ARCACONTINENTAL ECUADOR ARCADOR S.A.; DISTRIBUIDORA IMPORTADORA DIPOR S.A.; PYDACO CIA LTDA.; QUALA ECUADOR S.A.; MODERNA ALIMENTOS S.A.; y, DINADEC S.A.**
- [80] Aun cuando un alto porcentaje de las empresas presta este servicio exclusivamente para sus propios productos, las que también se dedican a la distribución a terceros podrían generar presión competitiva a **TESALIA**, ya que este servicio no es el principal para esta empresa.
- [81] La INCCE para poder determinar la participación de **TESALIA** en el mercado relevante, realizó un análisis comparativo con una de las empresas que se dedica exclusivamente a la distribución de productos: *“PYDACO CIA LTDA.- distribuye marcas como “Iris”, “Buen día”, “Nutrileche”, “Don Vittorio” bebidas “Sunny”, entre otros, generando al 2018 por ventas de USD 109.383.653.”*
- [82] De dicho análisis se concluyó que los ingresos obtenidos por **TESALIA** en el mercado relevante a 2018 representa el 1,06% de las ventas que obtuvo **PYDACO CIA LTDA.**

⁴³ Ver pág. 30 del Extracto no confidencial del Informe SCPM-IGT-INCCE-2020-011, 14 de julio 2020.

⁴⁴ Ver pág. 30 del Extracto no confidencial del Informe SCPM-IGT-INCCE-2020-011, 14 de julio 2020.

⁴⁵ Extracto no confidencial del Informe SCPM-IGT-INCCE-2020-011, 14 de julio 2020. La INCCE hace uso de los códigos: G4630 y G4711 de la Clasificación Industrial Internacional Uniforme (CIIU), restringiendo el análisis para aquellas empresas que no venden al consumidor final.



- [83] La CRPI concuerda con la INCCE en que a partir de este ejercicio se desprende que **TESALIA** tendría una reducida participación en este mercado, lo que sin duda muestra que la operación de concentración económica no generaría problemas de competencia. El operador económico concentrado no tendría incentivos para realizar actos restrictivos de la competencia, ya que por su incipiente posición podría perder su cuota de mercado.

7.5. Barreras de entrada.

- [84] Las barreras de entrada corresponden a los factores que impiden o dificultan el ingreso de nuevos competidores a un mercado. La CRPI concuerda con la INCCE en que para el caso particular no es necesario realizar un análisis de las barreras de entrada que pudieran existir en los mercados relevantes definidos, ya que que la presión competitiva que existe tanto aguas arriba como aguas abajo no permitirá la realización de conductas contrarias a la competencia por parte del operador económico concentrado.

7.6. Cláusula de no competencia

- [85] Dentro del contrato de compraventa de las acciones de **SICA** estableció una cláusula de no competencia, así

[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]



[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

- [86] Una cláusula de no competencia como la transcrita por sí misma no es prohibida por la normativa de libre competencia. Precisamente el Código de Comercio vigente permite dichos esquemas, siempre que no se vulneren las normas sobre competencia. Así lo prevé el artículo 382 del Código de Comercio:

“(...) Quien transfiere una empresa está obligado, salvo pacto en contrario, a no desarrollar por sí o por persona interpuesta una actividad que, por su objeto, localización u otras circunstancias, dificulte la conservación de la integridad del valor de la empresa transmitida.

Las partes podrán acordar un pacto de no competencia en tanto no se afecten, con tal declaración, normas de la ley que regula el Control del Poder de Mercado. En defecto de pacto la obligación de no competencia tendrá una duración de dos años. El incumplimiento de la obligación de no competencia dará al adquirente derecho a exigir la cesación inmediata de la actividad lesiva, y la indemnización de daños y perjuicios, que incluirán la ganancia obtenida por el infractor.

*La disposición de este artículo, cuando se trate de la transferencia de establecimientos de comercio, no conlleva la obligación para la empresa, considerada como un todo, de abstenerse de desarrollar su actividad. Las partes podrán llegar a los acuerdos que estimen convenientes”.*⁴⁶

- [87] Las cláusulas de no competencia deben ser analizadas en relación con la naturaleza del contrato que se celebra y las particularidades de asunto, ya que para determinados tipos contractuales son muy importantes. La jurisprudencia europea, por ejemplo, determinó que las cláusulas de no competencia para que pudiesen ser benéficas para la competencia deberían ser “*necesarias para la transmisión de la empresa cedida y que su duración y ámbito de aplicación se limiten de manera estricta a este objetivo*”⁴⁷

⁴⁶ Código de Comercio, Registro Oficial Suplemento 497, 29 de mayo de 2019

⁴⁷ Tribunal Justicia de la Unión Europea, Asunto 42/84, Remia BV y NV Verenigde de Bedrijven Nutricia vs. CE (1985), <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61984CJ0042:ES:PDF>.



- [88] De igual forma, la Comisión Europea ha señalado que estas cláusulas sólo están justificadas por el objetivo legítimo de hacer posible la concentración cuando su duración, su ámbito geográfico de aplicación, su contenido y las personas sujetas a ellas no van más allá de lo razonablemente necesario para lograr dicho objetivo.⁴⁸
- [89] En el mismo sentido, la INCCE basada en una resolución de la Superintendencia de Industria y Comercio⁴⁹ adoptó los requisitos para analizar caso a caso si las cláusulas de no competencia resultaban o no restrictivas:
- (i) Que la condición sea accesorio.
 - (ii) Que el efecto anticompetitivo no sea severo.
 - (iii) Que no cierre el mercado.
 - (iv) Que sea necesaria y proporcional.
 - (v) Que sea temporal.
- [90] La CRPI al respecto establece lo siguiente:
- [91] La cláusula es necesaria, proporcional y accesorio, ya que por la naturaleza de la operación, la inversión que plantea, el conocimiento estructural del sector, y las condiciones de la competencia en el mercado, dicha estipulación garantizaría la eficacia de la compraventa de acciones. De no existir la cláusula, no se hubiera concretado la transacción, ya que la compradora no podría asumir el riesgo de que los vendedores inmediatamente se conviertan en competidores aprovechando su conocimiento del sector. La cláusula es accesorio porque tiene la finalidad de permitir la operación principal.
- [92] La cláusula no causa ningún impacto en la competencia, ni cierra mercado, ya que la concentración que plantea es una toma de control sin alterar el número de competidores ni cuotas de participación. Las empresas participantes no ostentan una posición dominante en los mercados relevantes; su tamaño relativo permite inferir que las presiones competitivas podrían desvanecer cualquier efecto negativo, producto de la cláusula de no competencia. Además, de ninguna manera impide que entren nuevos competidores o busca eliminar a los existentes.
- [93] Respecto al ámbito geográfico, la cláusula de no competencia rige dentro y fuera de la República del Ecuador, limitado a Ecuador, Perú, Chile y Bolivia. Es un ámbito claramente delimitado en donde el comprador considera que podría extenderse su actividad, lo que no riñe con el régimen de competencia, ya que los países referidos son parte de la Comunidad Andina, como socios plenos o asociados, y, por lo tanto, participan del mercado ampliado de dicho proceso de integración sub regional. En consecuencia, la CRPI considera que es razonable para el fin que se persigue.

⁴⁸ Comisión Europea. (2005). Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin: número de información 2005/C 56/03. En: Diario Oficial de la Unión Europea Nro. C 56, volumen 48.

⁴⁹ Extracto no confidencial del Informe SCPM-IGT-INCCE-2020-011, 14 de julio 2020. Superintendencia de Industria y Comercio. (2010). Resolución 46325 dentro de la Radicación No. 08-001302: Archivo de la Averiguación Preliminar del caso “Agregen Nufarm”.

- [94] Es una cláusula temporal, ya que se pactó un plazo de tres (3) años para su cumplimiento, plazo que resulta adecuado de acuerdo y es proporcional para el fin que se persigue.
- [95] La CRPI advierte que lo anterior no es óbice para que en un análisis *ex post* se pudiera examinar si la cláusula pudiese encajar en alguna de las prácticas prohibidas reguladas en la LORCPM.

7.7. Eficiencias de la operación

- [96] En lo relativo a las eficiencias, se estima que aquellas presentadas por **BIA COFFEE**, en especial la inversión extranjera directa en el país, en el capital de **SICA**, y los beneficios que de esta derivan, serían plausibles. No obstante, dado que en el presente caso la transacción no presenta preocupaciones para la competencia, se considera que no es necesario profundizar en el análisis de las eficiencias como contrapeso a los posibles efectos nocivos que la transacción pueda presentar.

En mérito de lo expuesto, la Comisión de Resolución de Primera Instancia

RESUELVE

PRIMERO.- AUTORIZAR la concentración económica entre los operadores económicos **BIA COFFEE INVESTMENTS S. L.** y **SOLUBLES INSTANTÁNEOS C.A.**

SEGUNDO.- DECLARAR como confidencial la presente resolución y emitir la versión no confidencial de la misma.

TERCERO.- NOTIFÍQUESE la presente Resolución en su versión no confidencial a los operadores económicos **BIA COFFEE INVESTMENTS S.L., SOLUBLES INSTANTÁNEOS C.A.**, y a la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-



Firmado electrónicamente por:
**JOSE LUIS
CARTAGENA**

Mgs. José Cartagena Pozo
COMISIONADO



Firmado electrónicamente por:
**JAIME
FERNANDO LARA
IZURIETA**

Mgs. Jaime Lara Izurieta
COMISIONADO



Firmado electrónicamente por:
**MARCELO
VARGAS**

Mgs. Marcelo Vargas Mendoza
PRESIDENTE