



EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-022-2021

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- D.M. Quito, 23 de julio de 2021 a las 10h15.-

Comisionado sustanciador: Marcelo Vargas Mendoza

VISTOS

- [1] La Resolución No. SCPM-DS-2020-51 de 10 de diciembre de 2020, mediante la cual el Superintendente de Control del Poder de Mercado resolvió lo siguiente:

“Artículo único.- Reformar el artículo 1 de la Resolución No. SCPM-DS-2019-40 de 13 de agosto de 2019, el cual establece la conformación de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, por la siguiente:

Formarán parte de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, los siguientes servidores designados:

- *Doctor Marcelo Vargas Mendoza;*
- *Economista Jaime Lara Izurieta; y,*
- *Doctor Edison René Toro Calderón.”*

- [2] Las acciones de personal Nos. SCPM-INAF-DNATH-300-2019-A, SCPM-INAF-DNATH-299-2019-A y SCPM-INAF-DNATH-2020-374-A, correspondientes a Marcelo Vargas Mendoza, Presidente de la Comisión, Jaime Lara Izurieta, Comisionado, y Edison Toro Calderón, Comisionado, respectivamente.
- [3] La acta de la sesión extraordinaria del pleno de la Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante “CRPI”) de 01 de marzo de 2021, mediante la cual se deja constancia de que la CRPI designó a la abogada Andrea Paola Yajamín Chauca secretaria Ad-hoc de la CRPI.

1. AUTORIDAD COMPETENTE

- [4] La Comisión de Resolución de Primera Instancia es competente para autorizar, denegar o subordinar la operación de concentración económica, de ser necesario, 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 el artículo 36 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa vigente de la SCPM (en adelante “IGPA”).



2. IDENTIFICACIÓN DE LA CLASE DE PROCEDIMIENTO

- [5] El procedimiento se encuentra determinado en la Sección Primera del Capítulo III del IGPA.

3. IDENTIFICACIÓN DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS INVOLUCRADOS

3.1. Operador económico adquirente y empresas vinculadas al mismo.

3.1.1. NESTLÉ ECUADOR S.A. (en adelante “NESTLÉ”) (Notificante de la operación de concentración).

- [6] Es una compañía ecuatoriana identificada con RUC No. 0990032246001 constituida en el año de 1964. Su objeto social¹ se encuentra registrado como: “(...) la fabricación, exportación, almacenaje, transporte, distribución y venta de productos alimenticios y de otra naturaleza” dentro del CIU C10 de elaboración de productos alimenticios.
- [7] Cuenta con domicilio en Av. Simón Bolívar y Vía a Nayón, Centro Corporativo EKOPARK, Torre 2, cantón Quito. Su capital accionario se encuentra conformado de la siguiente forma:

Tabla No. 1. Participación accionaria de NESTLÉ

Identificación	Accionista	Capital (USD)	Participación
SE-Q-00007052	SOCIÉTÉ DES PRODUITS NESTLÉ S.A.	1,776,759.00	99.99%
SE-Q-00000024	NESTLÉ S.A.	1.00	0.00%
	Total	1,776,760.00	100%

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

- [8] La Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas de la SCPM (en adelante “INCCE”) señaló en su informe lo siguiente:

“[46] En el negocio de Suplementos Vitaminas y Minerales (en adelante, SVM), Nestlé Ecuador distribuye dos productos bajo las marcas Materna y Nutriadvance.”

3.1.1.1 SOCIÉTÉ DES PRODUITS NESTLÉ S.A. (en adelante “SOCIÉTÉ NESTLÉ”)

¹ Sistema Portal de Información de la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros. https://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta_cia_menu.zul?expediente=4238&tipo=1. Consultado el 20 de julio de 2021.



- [9] Es una sociedad extranjera perteneciente al Grupo Nestlé. Se encuentra bajo la dirección de **NESTLÉ S.A.** en Suiza y realiza sus actividades en la industria de fabricación de productos de azúcar y confitería. Tiene su domicilio en Avenue Nestlé 55, Vevey, VAUD, 1800, Suiza.²

3.1.1.2 NESTLÉ S.A. (en adelante “NESTLÉ MATRIZ”).

- [10] El operador económico **NESTLÉ MATRIZ** es una sociedad extranjera fundada en 1867 en Suiza. Se dedica principalmente a la producción, comercialización y venta de una gran variedad de productos alimenticios y bebidas. Maneja más de 2.000 marcas y cuenta con presencia en al menos 186 países.³
- [11] Tiene presencia en Ecuador a través de su subsidiaria **NESTLÉ ECUADOR S.A.**, así como de los operadores **ECUAJUGOS S.A.**, **TERRAFERTIL S.A.** e **INDUSTRIAL SURINDU S.A.**, todos relacionados a la producción, venta y comercialización de productos alimenticios.

3.1.1.3 ECUAJUGOS S.A.

- [12] Es una compañía ecuatoriana identificada con RUC No. 0990318735001, cuya actividad económica principal es: “*industrialización de leche y productos y subproductos derivados de la misma, tales como leche en polvo, leche de larga vida, leche saborizada, alimentos procesados*”⁴. El operador económico **NESTLÉ** mantiene una participación del 100% en su capital social.

3.1.1.4 TERRAFERTIL S.A.

- [13] Es una sociedad ecuatoriana constituida en el año 2005, identificada con RUC No. 1791993020001, cuyo objeto social es: “*comercialización y compraventa de toda clase de bienes y productos elaborados y semielaborados para uso industrial*”.⁵

² Página Web de D&B Business Directory. Consultado el 20 de julio de 2021 de: <https://www.dnb.com/business-directory/company-profiles.soci%C3%A9t%C3%A9 des produits nestl%C3%A9 sa.4627016db5ab5878a5fff83dbc17afa0.html>.

³ Página Web de NESTLÉ MATRIZ. Consultado el 20 de julio de 2021 de: <https://empresa.nestle.es/es/sobre-nestle/nestle-en-el-mundo>.

⁴ Sistema Portal de Información de la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros. https://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta_cia_menu.zul?expediente=9031&tipo=1. Consultado el 20 de julio de 2021.

⁵ Sistema Portal de Información de la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros. https://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta_cia_menu.zul?expediente=153454&tipo=1. Consultado el 20 de julio de 2021.



3.1.1.5 INDUSTRIAL SURINDU S.A.

- [14] Es una sociedad ecuatoriana constituida en 1996, identificada con RUC No. 0991366849001, cuya actividad económica principal es: “*producción elaboración y comercialización exportación consignación representación venta, importación de productos alimenticios*”⁶. El operador económico **NESTLÉ** mantiene una participación del 100% en su capital social.
- [15] A fin de perfeccionar la operación de concentración, el operador **NESTLÉ MATRIZ** ha señalado la participación de los siguientes operadores económicos extranjeros:

3.1.1.6 NEXUS MERGER SUB, INC (en adelante “NEXUS MERGER”)

- [16] De conformidad con la información provista por el notificante, el operador económico **NEXUS MERGER** es una subsidiaria directa de propiedad total de **NEXUS HOLDCO LLC**. Se trata de una compañía creada para llevar a cabo la transacción objeto del presente análisis.

3.1.1.7 NEXUS HOLDCO LLC (en adelante “NEXUS HOLDCO”)

- [17] La compañía **NEXUS HOLDCO** es una subsidiaria indirecta de **NESTLÉ MATRIZ**. Se trata de una compañía tenedora de acciones formada con ocasión de la operación de concentración analizada. El operador se encuentra controlado por **SOCIÉTÉ NESTLÉ**.

3.2 Operador económico adquirido.

3.2.1 THE BOUNTIFUL COMPANY (en adelante “TBC”)

- [18] Es una empresa extranjera con presencia global, dedicada principalmente a la producción y comercialización de productos de nutrición. La INCCE en su informe caracterizó a este operador de la siguiente manera:

“[47] Empresa de origen estadounidense dedicada a la producción y comercialización de vitaminas, hierbas, minerales y suplementos alimenticios, enfocados en mejorar la salud y bienestar de las personas, sus marcas incluyen: Nature’s Bounty, Solgar, Pure Protein, Osteo Bi Flex, Puritan’s Pride, Sundown, Body Fortress, Met-Rx, Ester-C y Dr. Organic⁹.”

⁶ Sistema Portal de Información de la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros. https://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta_cia_menu.zul?expediente=75640&tipo=1. Consultado el 20 de julio de 2021.



[48] TBC no se encuentra domiciliada en Ecuador, sin embargo, los productos son importados y distribuidos en el país por DYVENPRO. Las marcas que son distribuidas son: Nature's Bounty y Optimal Solutions¹⁰. ”

- [19] De conformidad con la información obrante en el expediente No. SCPM-IGT-INCCE-012-2021, el capital accionario de **TBC** se encuentra bajo administración del operador tenedor de acciones **CLOVER PATENT HOLDINGS L.P.**

4. ANTECEDENTES

- [20] Mediante escrito y anexos ingresados en la Secretaría General de la SCPM el 20 de mayo de 2021 a las 16h59, signados con Id. 193863, el operador económico **NESTLÉ** presentó una notificación obligatoria de operación de concentración económica.
- [21] Mediante providencia de 22 de junio de 2021 a las 17h00, la INCCE inició el procedimiento de autorización, avocando conocimiento de la operación de concentración económica notificada de manera obligatoria por el operador económico **NESTLÉ**, dentro del expediente No. SCPM-IGT-INCCE-012-2021.
- [22] Mediante memorando No. SCPM-IGT-INCCE-2021-181 de 13 de julio de 2021, signado con Id. 200906, la INCCE remitió a la CRPI el informe SCPM-IGT-INCCE-2021-023 de 13 de julio de 2021, su extracto no confidencial y otorgó acceso al expediente digital No. SCPM-IGT-INCCE-012-2021.
- [23] Mediante providencia de 16 de julio de 2021 a las 10h27 la CRPI avocó conocimiento del expediente No. SCPM-CRPI-022-2021, agregó al mismo el Informe No. SCPM-IGT-INCCE-2021-023 y su extracto no confidencial, y además trasladó este último al operador económico **NESTLÉ** a fin de que manifestara lo que considerara pertinente.
- [24] Mediante escrito presentado el 16 de julio de 2021 a las 16h38, signado con Id. 201408, el operador económico **NESTLÉ** indicó que aceptaba las conclusiones y recomendaciones contenidas en el extracto no confidencial del Informe No. SCPM-IGT-INCCE-2021-023 de 13 de julio de 2021.

5. FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

- [25] Los artículos 213, 235 y 236 de la Carta Magna determinan las facultades de las Superintendencias como órganos de control y regulación en actividades económicas, y en el caso de perjuicios a los derechos económicos como órganos facultados para sancionar en casos en los cuales se distorsione o restrinja la libre y leal competencia, buscando la transparencia y eficiencia en los mercados.



*“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.
(...)”*

- [26] Los artículos 335 y 336 de la Constitución 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.”

- [27] Los artículos transcritos establecen las bases constitucionales para la actuación de la SCPM; indican el fundamento de su función de vigilancia y control, así como de su facultad sancionadora.

5.2. LORCPM

- [28] 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.”

[29] 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.”*

[30] 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.”

[31] 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.”

- [32] 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.”

- [33] 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. RLORCPM

[34] En el RLORCPM se establece el plazo en el cual se debe presentar la notificación obligatoria, y la casuística para considerar la fecha de conclusión de los acuerdos que darán lugar al cambio o toma de control por parte de los operadores económicos:

“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:

(...)

c) En el caso de la adquisición, directa o indirecta, 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 persona que los emita, existe acuerdo desde el momento en que los partícipes consientan en realizar el acto que origine la operación concentración económica, y determinen la forma, el plazo y las condiciones en que vaya a ejecutarse. Cuando los partícipes sean compañías, se considerará que el acuerdo existe cuando la celebración del acto en cuestión



sea autorizado por la junta general de accionistas o socios, o el órgano competente, de los operadores económicos involucrados, de conformidad con el estatuto correspondiente.

(...)”

- [35] 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. IGPA

- [36] El artículo 36 del Instructivo determina el procedimiento para las operaciones de concentración económica que deben ser notificadas de manera obligatoria, así:

“Art. 36.- PROCEDIMIENTO DE NOTIFICACIÓN OBLIGATORIA PREVIA DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA.- Para dar cumplimiento al procedimiento de notificación obligatoria previa, previsto en los artículos 15 y 16 de la Ley Orgánica de Regulación y Control



del Poder de Mercado; y, 20 y 20.1 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, se observará lo siguiente:

(...)

5. ETAPA DE RESOLUCIÓN:

En caso de que la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas concluya la inocuidad de una determinada operación de concentración económica dentro de la fase 1 de investigación, una vez recibido el informe técnico emitido por esa autoridad, la Comisión de Resolución de Primera Instancia dispondrá del término de diez (10) días para resolver.

Si en su resolución, la Comisión de Resolución de Primera Instancia disiente de lo recomendado en fase 1 por parte de la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas, resolverá disponer la apertura de la fase 2 de investigación, misma que será desarrollada por esa autoridad, para efecto de lo cual dispondrá del término restante de los sesenta (60) días establecidos en el primer inciso del artículo 21 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, para resolver.

En caso de que la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas haya dispuesto el inicio de la fase 2 de investigación, una vez recibido el informe técnico emitido por ese órgano, la Comisión de Resolución de Primera Instancia dispondrá del término restante de los sesenta (60) días establecidos en el primer inciso del artículo 21 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado para resolver su autorización, subordinación o denegación.

En el caso de que la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas haya hecho uso del término de prórroga, la Comisión de Resolución de Primera Instancia dispondrá del término restante de la prórroga de sesenta (60) días.”

6. ANÁLISIS DE LA CONCENTRACIÓN ECONÓMICA

6.1 Descripción de la operación de concentración económica y esquema contractual de adquisición.

[37] La operación se trata de una fusión a nivel internacional iniciada el 29 de abril de 2021, fecha en la cual los representantes de **TBC, CLOVER PATENT HOLDINGS L.P., NEXUS MERGER, NEXUS HOLDCO** y **SOCIÉTÉ NESTLÉ** celebraron un Acuerdo de Fusión de la siguiente forma:



(...)”⁷

- [38] Por lo tanto, previa exclusión de varios negocios y marcas de **TBC**, el acuerdo implicaría la transferencia de acciones de **TBC** a **NESTLÉ MATRIZ**. Para esto se realizaría una fusión con la compañía **NEXUS MERGER**, subsidiaria de propiedad de **NEXUS HOLDCO**, que es a su vez subsidiaria indirecta de **NESTLÉ MATRIZ**.
- [39] Tras la consecución del acuerdo **NEXUS HOLDCO** pasará a poseer el 100% del capital accionario de **TBC** y, por consiguiente, se convertirá en su único accionista. En consecuencia, a través de la transacción **NESTLÉ MATRIZ** tendrá influencia sobre las decisiones administrativas, financieras y operativas en las líneas de negocios a nivel internacional de **TBC**, configurando un cambio de control y, por tanto, una operación de concentración económica.
- [40] La operación de concentración económica tiene efectos en el país a través de las actividades de **NESTLÉ**, ya que asumirá la distribución en el país de los productos del operador

⁷ Expediente No. SCPM-IGT-INICCE-012-2021. Formulario de notificación obligatoria de operación de concentración económica, presentado por NESTLÉ el 20 de mayo de 2021 a las 16h59, signado con trámite Id. 193863.



extranjero TBC. Dicha comercialización al momento la realiza el operador independiente **DYVENPRO DISTRIBUCIÓN Y VENTA DE PRODUCTOS S.A.**

- [41] Una vez determinado el esquema de la operación de concentración, podemos pasar a establecer la estructura societaria *ex ante* y *ex post*.

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

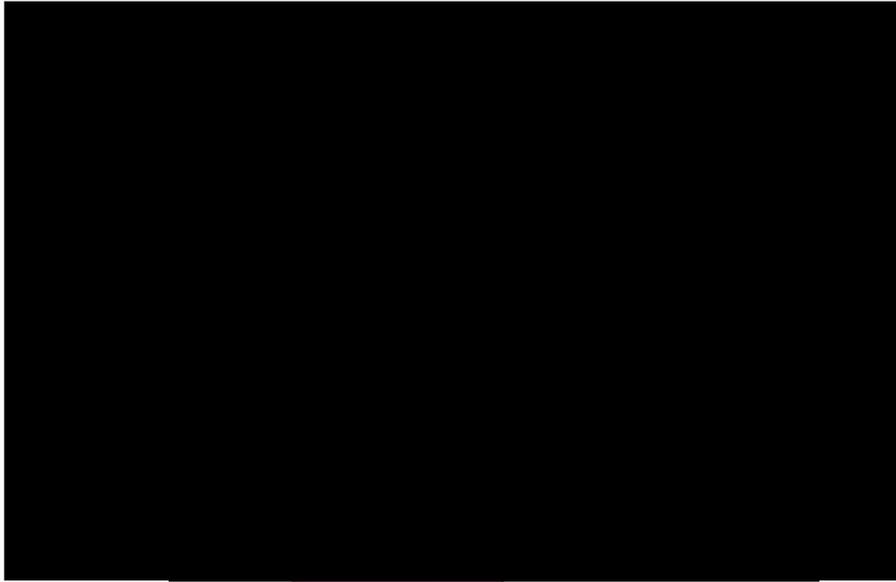
- [42] En los siguientes gráficos se plasma un diagrama de la operación de concentración *ex ante* versus un hipotético diagrama de concentración *ex post*, lo que permite vislumbrar la dimensión de la transacción.

Gráfico 1. Diagrama actual sobre la estructura de TBC y NESTLÉ MATRIZ



Fuente: Expediente No. SCPM-IGT-INICCE-012-2021. Anexo 1 al Formulario de notificación presentado por NESTLÉ el 20 de mayo de 2021, con Id. 193863.

Gráfico 2. Diagrama *ex post* de la operación TBC-NESTLÉ MATRIZ



Fuente: Expediente No. SCPM-IGT-INICCE-012-2021. Anexo 1 al Formulario de notificación presentado por NESTLÉ el 20 de mayo de 2021, con Id. 193863.

- [43] Los gráficos corroboran de manera palmaria que el operador económico **NESTLÉ MATRIZ** tomarían el control sobre **TBC** tras la operación de concentración.

6.3. Análisis de la Obligatoriedad de Notificación Previa.

- [44] En concordancia con el artículo 16 de la LORCPM, se deben cumplir dos requisitos para que se genere la obligación de notificar de forma previa una operación de concentración económica: i) que se trate de una operación de concentración horizontal o vertical) y ii) que cumpla alguna de las dos condiciones establecida en los literales a) y b) del artículo 16 de la LORCPM.

6.3.1 Que se trate de una operación de concentración horizontal o vertical

- [45] A fin de determinar la naturaleza horizontal o vertical de la operación de concentración en Ecuador, es pertinente analizar el uso, características y el grado de sustitución o complementariedad de los productos comercializados por los operadores involucrados.
- [46] En este sentido, es importante señalar que **NESTLÉ** produce y comercializa productos alimenticios, bebidas y suplementos multivitamínicos y minerales (denominados SVM) a nivel nacional. **NESTLÉ** dentro de su portafolio de SVM oferta los productos Materna y Nutriadvance.⁸

⁸ Expediente No. SCPM-IGT-INICCE-012-2021. Anexo1 de Formulario de notificación obligatoria de operación de concentración económica, presentado por NESTLÉ el 20 de mayo de 2021 a las 16h59, signado con trámite Id. 193863.



- [47] El producto Materna⁹ se trata de un multivitamínico dirigido a futuras madres en todas sus etapas: previo a la concepción, durante el ciclo de embarazo y después del mismo. Entre sus ingredientes principales se encuentra el ácido fólico, hierro, yodo, zinc, vitaminas A, D y B12, y Calcio.
- [48] El producto Nutriadvance¹⁰ se trata de un complemento alimenticio dirigido a niños en etapa de crecimiento a partir del primer año.
- [49] Por su parte el operador **TBC** produce y comercializa¹¹ vitaminas, minerales y suplementos vitamínicos en mercados extranjeros con varias marcas. En Ecuador comercializa únicamente SVM con las marcas Nature's Bounty y Optimal Solutions.
- [50] Existe similitud entre los productos comercializados en el país por los operadores **NESTLÉ** y **TBC**, en el sentido de que ambos operadores ofertan bienes de la categoría SVM. Sin embargo, dada la composición y uso específicos de los SVM, no se puede establecer *a priori* una sustitución y, en consecuencia, que estemos en frente de una operación de tipo horizontal.
- [51] En este sentido, la INCCE analizó la sustitución por el lado de la demanda de conformidad con la clasificación anatómica terapéutica EphMRA ATC¹², arrojando el siguiente resultado:

⁹ Página web Nestlé Baby & Me. Consultado el 20 de julio de 2021 de: <https://www.nestlebabyandme.com.mx/producto/materna-multivitaminico>.

¹⁰ Página web Nido. Consultado el 20 de julio de 2021 de: <https://www.nido.com.ec/es/productos/nido-nutriadvance>.

¹¹ Expediente No. SCPM-IGT-INICCE-012-2021. Anexo1 de Formulario de notificación obligatoria de operación de concentración económica, presentado por NESTLÉ el 20 de mayo de 2021 a las 16h59, signado con trámite Id. 193863.

¹² El Informe No. SCPM-IGT-INICCE-2021-023 señala respecto clasificación anatómica terapéutica EphMRA ATC:

“(...) clasificación adoptada por la Asociación de Investigación de Mercado Farmacéutico en Europa (EphMRA por sus siglas en inglés). Esta ha clasificado a los medicamentos de acuerdo a sus indicaciones y fines comerciales¹⁶, lo que permite tener un acercamiento a la sustitución por el lado de la demanda.

(...) permite identificar de acuerdo a las características de cada producto su finalidad, y a quien está dirigido, de acuerdo a cuatro niveles de desagregación. (...) Los productos se agrupan de acuerdo a su acción anatómica, indicación, mecanismo de acción o composición¹⁷. El nivel tres permite clasificar en un grupo específico según la estructura química, una indicación o un método de acción del producto (ej. anti migraña); mientras que el nivel 4 brinda mayores detalles, señalando en algunos casos, a quién está dirigido (p. ej. prenatal)¹⁸. ”



[57] A continuación se presenta los SVM ofertados por Nestlé Ecuador y su clasificación ATC EphMRA:

Cuadro No. 1: Productos de Nestlé Ecuador (SVM)

Nombre	Nombre Comercial	ATC EphMRA
Materna	Materna	A11A1
Nutriadvance	Nutriadvance	V06D0

Fuente: Expediente No.SCPM-IGT-INCCE-012-2021.²²

Elaboración: INCCE

[58] Por otro lado, el operador económico adquirido, actualmente vende las siguientes vitaminas y minerales, a través de un tercero independiente DYVENPRO y su clasificación ATC EphMRA:

Cuadro No. 2: Productos de TBC. Distribuidos por DYVENPRO en Ecuador

Nombre	Nombre Comercial	ATC EphMRA
NB.VIT B-12.1000.MCG	Vitamina B-12	A11F
NB ODORLESS FISH OIL	Fish Oil	C10B
NB.VIT E DL-ALPHA.45	Vitamina E (Pure dl Alpha)	A11X3
NB.FOLIC ACID.800.MC	Ácido Fólico	B3X
OP.OS HSN.80.GMY	Hair Skin and Nails	A11B4
OP.OS WOMENS MULTI.8	Women's Multi 50+	A11A4
NB.VIT C.250.MG.80.G	Vitamina C	A11G1
NB.ALOE VERA GEL.100	Aloe Vera Gel	D3A9
NB FISH FLAX BORAGE	Fish, Flax Borage	C1X
NB.VIT E OIL.30000.I	E Oil 30000	A11X3
NB.CQ Q-10.200.MG.45	Co Q-10	C1X
NB.CALCIUM + VIT D.1	Calcio	A12A
NB.VIT D 20% BONUS.2	D3	A11C2
NB.VIT D BONUS.2000.	D3	A11C2
NB.FISH OIL BONUS.10	Fish Oil	C10B

Fuente: Expediente No.SCPM-IGT-INCCE-012-2021.²³

Elaboración: INCCE

[59] De los cuadros anteriores, se colige que el producto Materna es un multivitamínico que se encuentra dentro de la clasificación ATC EphMRA "A11A: Multivitamínicos con Minerales", a nivel 3, mientras que el producto Nutriadvance se encuentra dentro de la categoría "V06: Varios", por su parte los productos ofertados por TBC se encuentran dentro de diversas categorías, de las cuales coincide con los SVM de Nestlé Ecuador en la clasificación a segundo nivel –"A11: multivitamínicos"- en 9 productos y en el tercer nivel (A11A: multivitamínicos con minerales), únicamente con la marca Women's Multi 50+.

[60] Con este antecedente y conforme a precedentes internacionales en materia de definición de mercado relevante, los niveles tres y cuatro permiten identificar la sustitución entre los productos analizados para distintos tipos de medicamentos y vitaminas. En lo que respecta a vitaminas, si bien la Comisión Europea ha dejado abierta la definición del mercado relevante en los casos



revisados, ha analizado las operaciones de concentración bajo ambos escenarios (niveles tres y cuatro), teniendo en cuenta las particularidades de cada caso²⁴

[61] De esta manera, la primera conclusión obtenida por la INCCE, es que el producto Nutriadvance ofertado por Nestlé Ecuador no es sustituto de ninguno de los ofertados por TBC, a ningún nivel de ATC EphMRA. Así, conforme a precedentes internacionales, cuando existe mérito para profundizar en la definición del mercado relevante, para productos de suplementos alimenticios enterales, tales como Nutriadvance, se usan otros criterios más específicos que el código ATC²⁵. Situación que no ocurre en el presente caso dado que TBC no comercializa suplementos alimenticios enterales²⁶, sino solamente vitaminas y minerales, por lo tanto, la INCCE considera que no es necesario profundizar en dicho análisis.

[61] Como segunda conclusión, se ha determinado que el producto Materna podría tener 9 (sic) productos dentro del catálogo de TBC a nivel 3 ATC EphEMRA, con los que se podría generar –a primera vista– un traslape. Sin embargo, cuando se analiza los productos a nivel 4, esta situación cambia, por cuanto el producto Materna tiene una característica que no tiene ninguno de los productos de TBC, está dirigido a mujeres: 1) que buscan quedar embarazadas; 2) embarazadas; y, 3) después de dar a luz (clasificación ATC4 - A11A1: “Prenatal”)²⁷. Consecuentemente los productos SVM de Nestlé Ecuador no son sustitutos de los productos que TBC oferta en Ecuador (utilizando el criterio del ATC a nivel 4). ”

[52] Además, la INCCE tras analizar los usos específicos de los productos que coinciden en la categoría A11 (Vitaminas), concluyó lo siguiente:

“[65] (...) el único producto que coincide en el ATC EphEMRA nivel 3 es Women´s Multi 50+, producto dirigido a mujeres mayores de 50 años, el cual contiene vitaminas, minerales y antioxidantes necesarios para alcanzar el valor nutricional diario que se requiere en ese rango edad, por lo tanto, no está enfocado a complementar la nutrición de mujeres embarazadas o en período de lactancia³⁰, a diferencia del producto materna que está destinado exclusivamente a generar los nutrientes precisos para el crecimiento del niño durante el embarazo, y una vez que nazca generar nutrientes a través de la lactancia³¹.

[65] Esta Intendencia, además identifico que dentro del portafolio de TBC, se oferta el producto “Ácido Fólico”, componente que se encuentra en el producto Materna. Sin embargo, ambos productos no pueden constituir sustitutos por dos motivos en específico:



- i) El precio de Materna es considerablemente superior³²; y,
- ii) El producto Materna contiene varios multivitamínicos en su conjunto, los cuales de ninguna manera se encuentran en el Ácido Fólico ofertado por TBC.

[66] Los mencionados criterios de falta de sustitución entre los productos analizados, fueron acogidos por el operador económico notificante y por el distribuidor independiente DYVENPRO, en reuniones de trabajo (...)"

- [53] La CRPI concuerda con el análisis de sustituibilidad presentado por la INCCE. De una revisión de los datos mostrados por la INCCE, así como de la clasificación ATC EphMRA a nivel 4, se encuentra que los productos Materna y Nutriadvance de NESTLÉ no pueden ser sustituidos por ninguno de los productos que oferta TBC.
- [54] El producto Nutriadvance, como bien lo indica la INCCE, es un suplemento alimenticio enteral. Dichos suplementos se caracterizan por ser especialmente diseñados para que tengan muchas calorías o nutrientes específicos, y en la mayoría de las veces las fórmulas son saborizadas. Se utilizan para tratar la desnutrición y como un complemento de la dieta oral¹³. Como TBC comercializa vitaminas y no suplementos enterales, pues resulta evidente que no podría haber sustitución.
- [55] El producto Materna, tal y como lo indicó la INCCE, es un multivitamínico que en la clasificación ATC EphMRA a nivel 4 está con código A11A1: "Prenatal", mientras que ninguno de los productos de TBC se clasifica con dicho código. Esto se debe a que el producto de NESTLÉ además de ser multivitamínico, está diseñado específicamente a mujeres en periodos de pre, de embarazo y post embarazo.¹⁴ Por lo tanto, su uso específico, su composición de amplio espectro y su precio impedirían que los productos que ofrece TBC puedan considerarse como sustitutos, tal y como lo indicó la INCCE.
- [56] El producto Women's Multi 50+ de TBC, aunque coincide en la clasificación nivel 3, está dirigido específicamente a mujeres de más de 50 años y, por lo tanto, tampoco podría considerarse como sustituto. Las necesidades vitamínicas de una mujer de más de 50 años no se pueden comparar con las de mujeres en gestación.

¹³ Sobre esto se puede ver: Martínez Sogues, M y otros. Suplementos enterales, ¿complementos o sustitutos de la dieta? Nutr. Hosp. vol.21 no.5 Madrid sep./oct. 2006. Disponible en https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0212-16112006000800004. Consultado el 21/07/2021.

¹⁴ Prenatal R1993 Includes those products specifically indicated for vitamin supplementation during pregnancy or lactation (eg containing fluoride as mineral). Disponible en <https://www.ephmra.org/media/3576/atc-guidelines-2020-final.pdf>. Consultado el 21/07/2021.



- [57] Considerando que una operación de tipo horizontal supone que los bienes o servicios de las partes involucradas compitan entre sí, ya sea porque ofertan el mismo bien o sustitutos cercanos, se llega a la conclusión de que el asunto bajo análisis no representaría una operación de dicha naturaleza.
- [58] Tampoco estaríamos en frente de una operación de concentración vertical, ya que las empresas involucradas no participan en distintos eslabones de una misma cadena productiva. Los bienes producidos por ambos operadores no son complementarios dentro de una cadena productiva. Además, el canal de distribución utilizado por **TBC** es independiente y no forma parte de la operación de concentración. Bajo estas consideraciones, no se ha encontrado elementos para caracterizar la operación como una integración vertical.
- [59] De conformidad con todo lo indicado, no se cumple con el primer supuesto establecido en el artículo 16 de la LORCPM. Por lo tanto, la CRPI considera que la operación de concentración bajo análisis no debió ser notificada de manera obligatoria.
- [60] El operador económico **NESTLÉ** en su escrito de 16 de julio de 2021, signado con Id. 201408, solicitó que se declare que la concentración económica es de carácter informativo.
- [61] Una vez consultado el escrito y formulario presentado por el operador económico **NESTLÉ** el 20 de mayo de 2021, signados con Id. 193863, la CRPI constató que contienen una notificación obligatoria de operación de concentración económica. En ese sentido, el mencionado operador se sometió al procedimiento de notificación previa establecido en la Sección 4, Capítulo II de la LORCPM. En consecuencia, la CRPI no puede atender favorablemente la solicitud del operador económico consistente en que se califique la notificación de la operación como informativa.
- [62] De conformidad con todo lo mencionado, la CRPI se inhibirá de resolver la solicitud autorización de concentración económica.

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

RESUELVE

PRIMERO.- AGREGAR el escrito presentado por operador económico **NESTLÉ ECUADOR S.A.** el 16 de julio de 2021 a las 16h38, signado con Id. 201408.

SEGUNDO.- INHIBIRSE de resolver sobre la operación de concentración económica notificada por el operador económico **NESTLÉ ECUADOR S.A.**, por cuanto dicha operación no está sujeta a control de concentraciones ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, de conformidad con la parte motiva de la presente resolución.



TERCERO.- RECHAZAR la solicitud del operador económico **NESTLÉ ECUADOR S.A.**, consistente en que se declare que la notificación de concentración económica es de carácter informativo, de conformidad con lo indicado en la parte motiva de la presente resolución.

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

QUINTO.- NOTIFICAR la presente Resolución en su versión no confidencial al operador económico **NESTLÉ ECUADOR S.A.**, así como a la Intendencia General Técnica y a la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas de la SCPM.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-



Firmado electrónicamente por:
**EDISON RENE
TORO CALDERON**

Édison Toro Calderón
COMISIONADO



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

Jaime Lara Izurieta
COMISIONADO



Firmado electrónicamente por:
**MARCELO
VARGAS**

Marcelo Vargas Mendoza
PRESIDENTE