

**RESOLUCIÓN NÚMERO 07-CDPC-2011-AÑO- VI. COMISIÓN PARA LA DEFENSA Y PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA. SESIÓN ORDINARIA DEL PLENO NÚMERO 12-2011.-** Tegucigalpa, M.D.C., veinticuatro de marzo de dos mil once.

**VISTO:** Para resolver el expediente **No. 091-NC-9-2010**, contentivo de la solicitud de Notificación Previa Obligatoria y Verificación Previa Voluntaria de la operación de concentración económica a realizarse entre las sociedades: **NESTLE S. A.** (Adquirente) y **TADEUS HOLDING INC.**(Vendedora); consistente en el cambio de control accionario dentro de la sociedad **MALHER DE HONDURAS S. A. de C. V.**, de este domicilio, propiedad de las empresas **GARMA INVESTMENTS S. A. y GARMA ENTERPRISES, S. A.** quienes a su vez son propiedad de la vendedora; presentada en fecha 10 de septiembre del año 2010, por el Abogado **José Rafael Rivera Ferrari** en su Condición de Apoderado Legal de las sociedades mercantiles antes referidas, tal como se acredita con los respectivos documentos de mandato acompañados.

**CONSIDERANDO (1):** Que en fecha 14 de septiembre del año 2010, la Comisión para la Defensa y Promoción de la Competencia (Comisión), como acto previo a la admisión de la descrita solicitud, de conformidad con la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia (Ley) y su Reglamento, requirió a los agentes económicos involucrados, a efecto de que presentaran información adicional, necesaria para el acto de admisión que prescribe el Procedimiento relativo a las Concentraciones Económicas.

**CONSIDERANDO (2):** Que una vez cumplimentados los requerimientos de ley, la Comisión, en fecha 26 de enero de 2011, a efectos de continuar con el procedimiento administrativo procedente, remitió la diligencias a la Dirección Técnica a fin de que ésta emitiera los informes y/o dictámenes correspondientes.

**CONSIDERANDO (3):** Que la Dirección Técnica de conformidad con los procedimientos establecidos, remitió las referidas diligencias a las Direcciones Económica y Legal a efecto de que éstas emitieran los respectivos informes y/o dictámenes. En consonancia con las instrucciones indicadas se emitieron los informes de ambas Direcciones. En ellos se consideraron los aspectos principales de que informa el análisis económico y jurídico de la operación de concentración económica en cuestión y los efectos para el sistema de libre competencia.

**CONSIDERANDO (4):** Que en fecha 15 de febrero del corriente año 2011 la Dirección Económica emitió el informe correspondiente, donde se destacan, entre otros aspectos, algunos antecedentes procedimentales sobre la operación de concentración; la descripción sobre los agentes económicos participantes y el tipo de concentración a realizarse; la verificación de los umbrales establecidos por la Comisión para el Procedimiento relativo a las Concentraciones Económicas; el Análisis del Mercado, grado de concentración, efectos en la competencia, desarrollados de la manera siguiente:

## **I. DESCRIPCIÓN DE LA CONCENTRACIÓN:**

### **LAS INSTITUCIONES INVOLUCRADAS:**

- a) **NESTLÉ, S. A.:** Sociedad anónima con domicilio en la ciudad de Vevey, Cantón de Vaud, Suiza. Fue constituida y organizada conforme al Código de las Obligaciones de la Confederación Suiza. El objeto de esta Compañía, es el de participar en empresas industriales, de servicio, comerciales y financieras en Suiza y en el extranjero, en particular en las industrias de alimentos, nutrición, salud, bienestar e industrias relacionadas.
- b) **TADEUS HOLDING INC.:** Sociedad anónima con domicilio en la ciudad de Panamá, República de Panamá, creada mediante las leyes de ese país, y cuyo objeto es el de llevar a cabo cualquier negocio lícito en cualquier parte del mundo,... Dentro de sus actividades destacan, el desarrollo de operaciones relacionadas con bienes muebles, inmuebles, dinero, valores comerciales, derechos, acciones, instrumentos de crédito y de pago, invertir en otras sociedades y empresas, sean éstas o no de carácter lucrativo, nacionales o extranjeras, así como participar en la fundación, establecimiento y administración de cualquier otro tipo de negocios.
- c) **GARMA INVESTMENTS, S. A.:** Sociedad anónima con domicilio en la ciudad de Panamá, República de Panamá. Como parte de sus principales actividades destacan: establecer y llevar a cabo negocios de finanzas, tenencia de inversiones, mercantil, manufactura y transporte, y la explotación de recursos naturales, entre otras.
- d) **GARMA ENTERPRISES, S. A.:** Sociedad anónima con domicilio en la ciudad de Panamá, República de Panamá. Como parte de sus principales actividades destacan: establecer y llevar a cabo negocios de finanzas, tenencia de inversiones, mercantil, manufactura y transporte, y la explotación de recursos naturales, entre otras.

- e) **MALHER DE HONDURAS, S. A. DE C. V.:** Sociedad anónima de capital variable, constituida de acuerdo a las leyes de la República de Honduras, con domicilio en la ciudad de Tegucigalpa, República de Honduras. Su finalidad y actividad principal consiste en la elaboración, importación, exportación, compra, venta, comercialización y distribución de productos alimenticios, bebidas líquidas y en polvo, productos para la higiene personal y cualquier otro producto que la misma considere, así como la agencia, representación y distribución de casas comerciales nacionales o extranjeras, y todas aquellas actividades conexas con éstas.
- f) **NESTLÉ HONDUREÑA, S. A.:** Sociedad anónima organizada de acuerdo a las leyes de la República de Panamá, con domicilio en la ciudad de Panamá, República de Panamá, y con sucursal en la ciudad de Tegucigalpa, República de Honduras. Los objetos de la sociedad consisten en dedicarse al comercio en todos sus ramos y a cualquier negocio lícito, no vedado a sociedades anónimas.

## II. LA OPERACION DE CONCENTRACIÓN

De acuerdo a la información suministrada en el Escrito presentado por el apoderado legal compareciente ante la CDPC, la operación de concentración consiste en un **cambio de control** en la sociedad MALHER DE HONDURAS, S. A. DE C. V., por vía de venta, por parte de la sociedad TADEUS HOLDING INC. (la matriz de todo el grupo en el extranjero) a NESTLE, S. A., del 90% (noventa por ciento) de las participaciones accionarias de las sociedades tenedoras en el extranjero GARMA INVESTMENTS, S. A. y GARMA ENTERPRISES, S. A., que a su vez son propietarias del 100% (cien por ciento) de las acciones representativas del capital social de la sociedad hondureña MALHER DE HONDURAS, S. A. DE C. V

## III. VALORACIÓN DE UMBRALES

Conforme a la información financiera adjunta al Expediente del Caso de las sociedades NESTLÉ, S. A. y TADEUS HOLDING INC., la suma de los montos de los activos de dichas sociedades, asciende a Lps. 2, 250,573.2 millones, muy por arriba de los Lps.660.0 millones establecidos por la Comisión como umbral para esta variable, en función del salario mínimo aprobado mediante Acuerdo Ejecutivo No. STSS-374-STSS-08, publicado en el Diario Oficial La Gaceta con fecha 27 de diciembre de 2008.

Empresas	Franco Suizos (CHF)	US\$	LPS.
NESTLÉ, S. A.	110,916,000,000	118,284,161,038.28	2,249,764,742,942.76
TADEUS HOLDING INC.		42,508,100.00	808,504,062.00
<b>Total Activos</b>			<b>2,250,573,247,004.76</b>

En tal sentido, y basados en los cálculos realizados, se considera que la presente concentración económica supera el umbral referente a activos, y por lo tanto la misma es sujeta de la verificación respectiva.

#### IV. ANÁLISIS DE MERCADO

La operación de concentración tendrá sus efectos en la comercialización de productos alimenticios. Si se quiere definir un mercado relevante, el mismo estaría diferenciado para cada una de las líneas de productos, donde existen muchas marcas y empresas que compiten en la comercialización de los productos alimenticios en el mercado, y donde para cada uno podrían identificarse sustitutos particulares, tales como la sal, las especias (pimienta, comino), las hierbas de cocina, ajo y cebolla.

No obstante, y dada la naturaleza de la operación de concentración económica, donde ambas sociedades que se concentran, tienen como filiales o sucursales a empresas hondureñas, cuyas vínculos se materializan a través de relaciones indirectas, vale decir: NESTLÉ, S. A., a NESTLÉ HONDUREÑA, S. A.; y TADEUS HOLDING INC., a MALHER DE HONDURAS, S. A. DE C. V. (está última afectada por la operación de concentración, mediante el cambio de control de participaciones accionarias a favor de la sociedad adquirente), en tal sentido, se hace necesario considerar el mercado del producto donde ambas empresas filiales operan en Honduras, a efecto de medir si la sociedad adquirente estaría ostentando poder de mercado, con la operación de concentración económica.

Ambas empresas filiales en Honduras, se dedican a la importación, distribución y venta de productos alimenticios de consumo masivo, no contando con actividades industriales de fabricación de alimentos en el país.

Productos Alimenticios por Categoría y Marca		
Empresa	Categorías de Producto	Marcas
Nestlé Hondureña, S. A. (Nestlé)	Lácteos (polvo)	La Lechera, Ideal, Carnation, Anchor, Nido, Nido 1+, Nido 3+, Nido 6+ y Nido Especial.
	Cafés (instantáneo)	Nescafé, Nescafé Decaf., Nescafé Clásico y Nescafé Capuccino.
	Culinarios Procesados	Maggi
	Modificadores de Leche	Nesquik
	Cremadores de Café	Coffee-Mate
	Cereales para Desayuno	Nestlé, Nesquik, Fitness, Trix, La Lechera, Lucky Charms, Cherrios, Cookie Crisp, Cini Minis, Gold, Zucosos, Golden Grahams y Fibra Max.
	Alimentos para Mascotas	Dog Chow, Chispita, Alpo, Bneful, Cat Chow, Chispita, Puppy Chow, Friskies, Tbonz, Hi Pro, Beggin Strips y Field Master.
	Fórmulas Infantiles	Nan, Nan Pro, Alfare, Prenan y Nestógeno.
	Cereales Infantiles	Nestum
	Colados Infantiles	Gerber
Malher de Honduras, S. A. (Malher)	Culinarios Procesados	Doña Mari y Malher
	Refresco (polvo y líquido)	Fruty Fresco y Toki.
	Confitería	Fruti Dulce
	Chiles Procesados	Malher.

Fuente: Elaboración propia, con base a datos adjuntos al Expediente No.091-NC-9-2010.

Como puede observarse, ambas empresas comercializan productos con variadas categorías y marcas, únicamente coincidiendo con la categoría “Culinarios Procesados”, aunque puestos en el mercado con marcas diferentes.

## V. Grado de Concentración

El grado de concentración está en función del número de empresas participantes en un mercado y de sus respectivas cuotas de mercado. Para analizar el grado de concentración del mercado se utilizan diferentes índices; i) Índice Herfindhal Hirschman (HHI); ii) Índice de Dominancia (ID) y; iii) Cociente de Concentración (CR). Partiendo de la información proporcionada, para la medición del grado de concentración será utilizado el Índice Herfindhal – Hirschman (HHI)

Para el cálculo del HHI se tomó como variable principal, el volumen de las ventas registradas tanto por las empresas afectadas indirectamente por la operación de concentración económica, como del resto de competidores en el país, para el sub-mercado de productos Culinarios Procesados.

INDICE HERFINDHAL HIRSCHMAN (HHI) Ex - Ante				
SUB-MERCADO: PRODUCTOS CULINARIOS PROCESADOS				
Volumen de Ventas - 2010				
Empresa	Marcas	Participación	Participación <sup>2</sup>	
1	Nestlé Hondureña, S.A.	Magui Sopas, Magui Caldos, Magui Salsas	36.90	1,361.6
2	Unilever	Naturas Salsas, Knorr Caldos, Knorr Sopas	34.50	1,190.3
		Malher/Doña Mari Sopas y Malher/Doña Mari		
3	Malher	Caldos	2.60	6.8
4	Corporación Dinant	Issima Salsas e Issima Caldos	11.20	125.4
5	Industria Aceitera, S.A.	Campo Fresco Salsas	9.50	90.3
6	Alimentos Kerns	Kerns	0.00	0.0
7	Alimentos Regia	Regia	0.10	0.0
8	Hunts Wesson	Hunts	0.20	0.0
9	Don Julio	Don Julio	1.80	3.2
10	Otros Fabricantes	n.d.	3.20	10.2
			<b>100.00</b>	<b>2,787.8</b>

EX – Post			
Empresa	Participación	Participación <sup>2</sup>	
1	Nestlé Hondureña, S.A. + Malher	39.50	1,560.3
2	Unilever	34.50	1,190.3
3	Corporación Dinant	11.20	125.4
4	Industria Aceitera, S.A.	9.50	90.3
5	Alimentos Kerns	0.00	0.0
6	Alimentos Regia	0.10	0.0
7	Hunts Wesson	0.20	0.0
8	Don Julio	1.80	3.2
9	Otros Fabricantes	3.20	10.2
		<b>100.00</b>	<b>2,979.7</b>

Fuente: Elaboración propia, con datos proporcionados por agentes que se concentran.

Los resultados sugieren que este sub-mercado en su conjunto está altamente concentrado, conforme lo establecen los estándares internacionales construidos para el Índice HHI, debido al reducido número de empresas que operan en el territorio nacional y a su baja participación a excepción de Unilever. Al comparar los HHI ex – ante y ex post de la concentración económica, la variabilidad resulta significativa. Debe tomarse en

cuenta que antes de la fusión, la empresa Nestlé ya registra el mayor porcentaje de participación en este sub-mercado, incrementándose *post-operación* en 2.6 puntos porcentuales, lo que implica un mayor grado de concentración para este mercado, pasando el HHI de 2,787.8 puntos a 2,979.7 puntos con un incremento de 191.9 puntos.

Por otra parte, debe considerarse que cada una de las empresas que participan en este sub-mercado compite con marcas diferentes, y en el caso de las dos empresas involucradas, las mismas seguirán comercializando sus productos bajo las mismas marcas.

## **VI. SOBRE LOS EFECTOS DE LA OPERACIÓN DE CONCENTRACION ECONOMICA EN LA COMPETENCIA**

El análisis de concentración se realiza en el marco de lo que establece la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia (LDPC) en su artículo 11 y artículo 4 párrafo tercero, en donde se consigna que “quedan sometidas a las disposiciones de la presente Ley, aquellas personas con domicilio legal fuera del territorio de la República de Honduras, cuando sus actividades, contratos, convenios, prácticas, arreglos, actos o negocios, produzcan efectos en el territorio nacional”.

Bajo este contexto, con esta operación de concentración lo que se está produciendo es un cambio de control en forma indirecta en la sociedad hondureña MALHER DE HONDURAS, S. A. DE C. V., por vía de venta, por parte de la sociedad TADEUS HOLDING INC., a NESTLE, S. A., del 90% (noventa por ciento) de las participaciones accionarias de las sociedades tenedoras en el extranjero GARMA INVESTMENTS, S. A. y GARMA ENTERPRISES, S. A., que a su vez son propietarias del 100% (cien por ciento) de las acciones representativas del capital social de la sociedad hondureña MALHER DE HONDURAS, S. A. DE C. V.

Por otra parte, y considerando los efectos que ésta operación de concentración económica pudiera tener en Honduras, en vista de que ambas sociedades que se concentran en el exterior, tienen sucursales en el país, se hizo necesario identificar los productos afines que ambas filiales en el país comercializan, a efecto de medir cuanto poder de mercado podría la empresa adquirente obtener con dicha fusión. En este sentido, se identificó el sub-mercado de productos Culinarios Procesados”, en el cual ambas filiales son concurrentes, pero compitiendo con marcas diferenciadas, las cuales ya han adquirido su respetiva posición en los gustos y preferencias en la población hondureña, por lo que no se esperaría una discontinuidad en la comercialización de estas marcas.

Al valorar las participaciones que ambas empresas en este sub-mercado, se obtiene bajo un escenario ex post, es decir, con la adherencia de MALHER DE HONDURAS, S. A. DE C. V., una variabilidad significativa en el grado de concentración de dicho mercado (i.e. 191.9 puntos adicionales en el HHI).

En tal sentido, es posible inferir *que con la operación de concentración económica ejecutada en el extranjero, se consolidaría la participación de mercado que ya posee la empresa Nestlé Hondureña S. A., en el mercado hondureño de Productos Culinarios Procesados*, lo cual puede derivar en el aumento de una consolidación de poder de mercado unilateral y facilitar las probabilidades de una consolidación de poder de mercado coordinado.

**CONSIDERANDO (5):** Que de igual forma la Dirección Legal, emitió el correspondiente dictamen, en el que se expuso, entre otros aspectos, lo siguiente:

1. Como se señaló anteriormente la operación de concentración cuya notificación se solicita, consistirá en el cambio de control accionario en la Sociedad Mercantil MALHER DE HONDURAS S.A. de CV., constituida bajo las leyes de la República de Honduras mediante instrumento público número 650 de fecha 24 de octubre de 2006 e inscrita bajo el asiento número 13 del tomo 640 del Registro de Comerciantes Sociales del Departamento de Francisco Morazán, por medio de la venta de las participaciones accionarias que hiciere la sociedad **TADEUS HOLDING INC.** constituida bajo las leyes de la República de Panamá, mediante instrumento público número 24,029 de fecha 27 de septiembre del 2007 como titular del 100% de las acciones de las tenedoras de la sociedad hondureña antes referida en el extranjero (GARMA INVESTMENTS S. A. y GARMA ENTERPRISES.) constituidas bajo las leyes de la República de Panamá, a favor la sociedad **NESTLE S.A.** organizada de conformidad con el Código de Obligaciones suizo.
2. Que según consta en la información proporcionada y requerida por la Comisión que, la sociedad TADEUS HOLDING INC transferirá el 90% de las acciones que posee dentro de las sociedades panameñas GARMA INVESTMENTS S.A. y GARMA ENTERPRISES., a favor la sociedad NESTLE S. A., la cual está organizada de conformidad con el Código de Obligaciones suizo y cuyo objeto es participar en empresas industriales, de servicio, comerciales y financieras en Suiza y en el extranjero, en particular en las industrias de alimentos, nutrición, salud, bienestar e industrias relacionadas etc. a través de un documento

denominado "*Share Purchase Agreement* o convenio de compraventa de acciones". bajo los términos y condiciones que de común acuerdo se establezcan en el contrato de compra venta en mención.

3. Se desprende del análisis pertinente de la operación mercantil en cuestión, que aunque la operación de concentración a realizarse entre las sociedades solicitantes, no conlleva en forma inmediata posibles limitaciones o restricciones a la competencia, con esta operación mercantil si se observa un aumento en el poder de mercado, en tanto que la empresa Nestlé Hondureña S. A., posee una mayor participación para los Productos Culinarios procesados en el mercado hondureño. En ese sentido, este aumento en el poder de mercado de las empresas concentradas precisa de las debidas advertencias que tengan por objeto evitar posibles riesgos al proceso de libre competencia.
  
4. Tal como consta en el expediente de mérito en la operación de concentración se observa la inclusión de estipulaciones contractuales relacionadas con pactos de no competencia entre los agentes económicos involucrados en dicha operación mercantil, (NESTLE S.A. y TADEUS HOLDING INC. como titular de las sociedades panameñas GARMA INVESTMENTS S. A. y GARMA ENTERPRISES. propietarias de las acciones que conforman la sociedad MALHER DE HONDURAS S. A. de C. V.). En ese sentido se ha acordado un pacto de no competencia (ver Cláusula 8.4 de no competencia contemplada dentro del artículo III del proyecto de contrato de compraventa de acciones antes referido), en el sentido de que se limita a la Vendedora, sus filiales y los socios que las integran, dentro de el mercado nacional, desde la fecha de cierre del contrato hasta el quinto aniversario de la fecha de cierre, para realizar acciones tendientes a procurar que sus respectivas afiliadas socios y personal de confianza, no manejen, operen, financien o inviertan en ningún negocio en competencia en el territorio nacional.

Sobre este tipo de estipulaciones la Comisión ha establecido que, en atención a los principios generales que rigen para el derecho contractual contenidos, tanto en el Código de Comercio como en el Código Civil, y en los que se establece como regla fundamental, la libertad de las partes para definir el contenido de los contratos, vale decir, "que los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes", o la adopción de estipulaciones sobre la voluntad de las partes, en el sentido de que "*cada uno se obliga en la manera y términos en que aparezca o que quiso obligarse*". Sin embargo, de conformidad con dichos principios

(libertades de contratación y de empresa), las cláusulas de no competencia serán válidas en cuanto fueran expresión de dicha libertad, y en el sentido de que el objeto del contrato esté conforme a los presupuestos jurídicos de los que informa el Código Civil para las obligaciones de no hacer o "hecho negativo"; más aún, de que su objeto sea posible y lícito. En ese orden, es razonable advertir que será ilícito, en tanto sea "contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres".

5. En ese contexto resulta útil reproducir lo que se ha resuelto en anteriores actos administrativos emitidos de la Comisión (Resoluciones sobre concentraciones económicas, números: 35-CDPC-2008-AÑO-III, 36-CDPC-2008-AÑO-III, 12-CDPC-2010-AÑO- V.). En los mencionados precedente, se han valorados los alcances de las denominadas cláusulas de no competencia. En los casos de referencia se expusieron los impactos que dichas cláusulas producen, tanto en el ámbito de la competencia desleal, como en el de la libre competencia. Se ha establecido para el caso, que esta clase de estipulaciones o cláusulas de no competir, si bien es cierto pueden convenirse en el marco de la libertad contractual que la Constitución, el Código de Comercio y Civil, reconocen, garantizan y fomentan, también lo es el hecho, de que éstas no pueden acordarse si su ejercicio es contrario al interés social, o lesivo a la moral, la salud o la seguridad pública, tal como lo establece la Constitución en su artículo 331; o si son contrarias a las leyes, a la moral o al orden público, como lo preceptúa el artículo 1547 del Código Civil; o si está comprendida dentro de algunos de los límites legales que debe observarse en el ejercicio de la libertad contractual, tal como lo prescribe el artículo 714 del Código de Comercio que dice: "Las partes pueden determinar libremente el contenido de los contratos en los límites legalmente impuestos". En términos generales puede decirse que el margen de permisión de este tipo de cláusulas debe analizarse en función del propósito fundamental que se persigue, esto es, el de evitar una eventual desviación de la clientela con respecto a los activos y derechos transmitidos en una operación de concentración particular, y el plazo de vigencia de las prohibiciones, lo que no impide que se examinen posibles repercusiones con respecto al proceso de competencia protegido en la Ley, que es de orden público y que contra su observancia no pueden alegarse costumbres, usos, prácticas o estipulaciones comerciales; además de que su ámbito de aplicación comprende a todas las áreas de la actividad económica, aún cuando se encuentren reguladas por sus leyes especiales, reglamentos o resoluciones.

6. Que en efecto en el proyecto de contrato en cuestión, se prescribe la Cláusula 8.4 de no competencia contemplada dentro del artículo III del mismo, que literalmente dice: *“Durante el período que inicia en la fecha de cierre y finaliza en el quinto aniversario de la fecha de cierre, ninguna parte restringida del vendedor, podrá, y cada una tomará las acciones necesarias para procurar que sus respectivas afiliadas no, directa o indirectamente, posea, maneje, opere, financie, invierta en, sea empleado por, de consultoría a, de servicios de asesoría a, o sea dignatario o director de ningún Negocio en Competencia en el territorio; siempre y cuando lo anterior esté sujeto a las siguientes excepciones: 8.4.1. Una persona identificada en la cláusula (vi) de la definición de las Partes Restringidas del Vendedor no tendrá prohibido (a) ser empleada por una persona en un Negocio en Competencia, o (b) dedicarse a actividades restringidas que son consecuencia de, y que deban ser realizadas por dicha Parte Restringida del Vendedor como parte de sus deberes laborales en su curso ordinario de negocio; siempre y cuando, excluyendo por la excepción limitada establecida en la Sección 8.4.2 abajo, poseer, financiar o invertir en dicho Negocio en Competencia, estará prohibido en todo momento durante el periodo restrictivo, sin consideración de dichos deberes laborales; y 8.4.2. La adquisición de cualquier propiedad por cualquier Parte Restringida del Vendedor de valores que no tengan más de cinco por ciento del poder de voto total de cualquier persona, valores que son listados en un intercambio nacional de valores y son comercializados activamente, no se considerará una violación de esta Sección 8.4”*.

No obstante, y en virtud de lo anteriormente expuesto, resulta pertinente plantear que este tipo de estipulaciones, dadas las connotaciones variadas que presenta, debe analizarse en un contexto legal amplio que abarque otros ordenamientos jurídicos, sobre la libertad contractual y derechos protegidos contra la competencia desleal. En ese sentido, y tal como se ha razonado en los precedentes antes citados, resulta útil considerar que la admisibilidad de este tipo de cláusulas sólo es admisible en tanto en cuanto, sus alcances u objetivos propenda una protección contra el riesgo de una desviación de la clientela (*good will*) por un periodo razonable. Los presupuestos jurídicos de los que informa el Código de Comercio en relación a la competencia desleal es que supone necesariamente un acto de desviación de la clientela, pues es el público que concurre a adquirir bienes y servicios de una empresa donde claramente se exterioriza el aviamiento, es razonable proteger a la empresa en su totalidad y no a la clientela como tal.

En ese contexto es útil verificar el objeto y los efectos, esto es, las implicancias que dicha cláusula pueda tener con respecto al ordenamiento jurídico de orden público aplicable. De ahí que, si la descrita Cláusula, comprende los elementos y alcances que establece el artículo 653 del Código de Comercio, esto es, que: *“Quien enajena una empresa debe abstenerse, durante los cinco años siguientes a la transmisión, de iniciar una nueva empresa que por su objeto, ubicación y demás circunstancias pueda desviar la clientela de la empresa transmitida”*, entonces resultaría razonable admitirla, si su inclusión en el mencionado contrato, no sea contraria, en particular, a la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia. En consecuencia, las razones o causas que justifican la admisibilidad de ese tipo de cláusula, es que el contenido de ésta, forme parte de un contrato de transferencia de una empresa en la que el vendedor también traspasa la clientela (*good will*), y donde es razonable tener una protección frente a una eventual desviación de la misma. En ese sentido, la transferencia de una empresa, al amparo de la libertad contractual, no debiera implicar una renuncia al ejercicio de la actividad mercantil, ni limitaciones o restricciones contrarias a las leyes de orden público.

7. Tomando en consideración lo anteriormente expuesto, y en consonancia con lo que establece el ordenamiento jurídico vigente, resulta pertinente recomendar que se autorice el descrito proyecto de concentración, bajo medidas condicionales, esto es, obligar a que se realicen modificaciones específicas sobre la Cláusula 8.4 denominada “No Competencia” y contemplada en el artículo VIII del contrato de compraventa de acciones referida, la cual debiera leerse de la manera siguiente:

*... 8.4. Restricción Empresarial: “De conformidad con los términos acordados en el presente contrato, cualquier persona comprendida en la definición de “Parte Restringida del Vendedor”, así como sus respectivas afiliadas, deberán abstenerse, durante la vigencia del contrato, que en todo caso no deberá exceder de cinco (5) años contados a partir de la celebración del mismo, de iniciar un nuevo negocio que por su objeto, ubicación y demás circunstancias pueda desviar la clientela de la empresa respecto de los productos alimenticios de consumo masivo (culinarios procesados, refrescos en polvo y líquido, confitería y chiles).*

*La obligación contenida en esta cláusula con respecto a las personas comprendidas en la definición de “Parte Restringida del Vendedor”, así como sus respectivas afiliadas, abarca la de abstenerse de realizar en el territorio nacional, cualquier acto de comercio, que pueda directa o indirectamente, desviar la clientela de la empresa respecto de los productos alimenticios de consumo masivo (culinarios procesados, refrescos en polvo y líquido, confitería y chiles), o la realización de un acto de competencia desleal en perjuicio del adquirente, mediante actos donde se posea, maneje, opere, financie, invierta, ya sea como empleado, como consultor, como asesor, como directivo o a cualquier otro título en actividades o negocios en competencia.*

**8.4.1.** *Se exceptúa del cumplimiento de las obligaciones antes descritas a las personas identificadas en la cláusula vi de la definición de “Parte Restringida del Vendedor”, en el sentido siguiente:*

- a)** *No está prohibido y por consiguiente se garantiza la libertad de contratación para las personas incluidas en dicha cláusula, por parte de los agentes económicos en competencia con la adquirente.*
- b)** *Tampoco está prohibido para las personas incluidas en dicha cláusula dedicarse a las mismas actividades del adquirente, siempre y cuando, no implique: poseer, financiar o invertir, en actividades o negocios en competencia que pueda desviar la clientela de la empresa respecto de los productos alimenticios de consumo masivo (culinarios procesados, refrescos en polvo y líquido, confitería y chiles), o la realización de un acto de competencia desleal en perjuicio del adquirente.*

**8.4.2.** *Asimismo, no está prohibida la adquisición de cualquier acción o propiedad por parte de las personas incluidas en dicha cláusula, siempre y cuando, las participaciones de cualquiera de las personas descritas en la cláusula, no sobrepasen el cinco por ciento (5%) del poder de voto total.*

**CONSIDERANDO (6):** Que para efectos de dar cumplimiento a la obligación establecida en el artículo 29 del Reglamento de la Ley de Competencia que dice: “*En el acto de formalización ante notario mediante el cual se produzca una concentración de las que requiere autorización previa de conformidad a la Ley, dicho funcionario deberá relacionar la resolución de la Comisión en la que se autoriza la misma*”, los agentes económicos involucrados en dicha operación, informarán a la Comisión el cumplimiento de dicha obligación, para lo cual deberán cumplimentar ante la Secretaría General de la Comisión, la presentación de la copia debidamente

autenticada de la correspondiente escritura pública, y las solemnidades que ley exige para los efectos respectivos.

**POR TANTO:**

La Comisión para la Defensa y Promoción de la Competencia en el uso de sus atribuciones y en aplicación a lo establecido en los artículos: 1, 80, 82, 331 y 339 de la Constitución de la República; 1, 116, y 122 de la Ley General de la Administración Pública; 1, 2, 3, 4, 11, 13, 14, 18, 34, 45, y demás aplicables de la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia; 1, 2, 9, 13, 14, 15, 22, 28, 29, 79 y demás aplicables del Reglamento de la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia; 1, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 72, 83, 87, 88 y demás aplicables supletoriamente de la Ley de Procedimiento Administrativo.

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** Tener por **NOTIFICADO**, en tiempo y forma, el proyecto de concentración económica, a realizarse entre las sociedades: **NESTLE S. A.** (Adquirente) y **TADEUS HOLDING INC.**(Vendedora); consistente en el cambio de control accionario dentro de la sociedad **MALHER DE HONDURAS S. A. de C. V.**, de este domicilio, propiedad de las empresas **GARMA INVESTMENTS S. A.** y **GARMA ENTERPRISES, S. A.** quienes a su vez son propiedad de la vendedora.

**SEGUNDO:** **MODIFICAR** la Cláusula 8.4 denominada “No competencia”, en el sentido que se redacte y lea en los términos siguientes:

*... 8.4. Restricción Empresarial: “De conformidad con los términos acordados en el presente contrato, cualquier persona comprendida en la definición de “Parte Restringida del Vendedor”, así como sus respectivas afiliadas, deberán abstenerse, durante la vigencia del contrato, que en todo caso no deberá exceder de cinco (5) años contados a partir de la celebración del mismo, de iniciar un nuevo negocio que por su objeto, ubicación y demás circunstancias pueda desviar la clientela de la empresa respecto de los productos alimenticios de consumo masivo (culinarios procesados, refrescos en polvo y líquido, confitería y chiles).*

*La obligación contenida en esta cláusula con respecto a las personas comprendidas en la definición de “Parte Restringida del Vendedor”, así como sus respectivas afiliadas, abarca la de abstenerse de realizar en el territorio nacional, cualquier acto de comercio, que pueda directa o indirectamente, desviar la clientela de la empresa respecto de los productos alimenticios de consumo masivo (culinarios procesados, refrescos en polvo y líquido, confitería y chiles), o la realización de un acto de*

*competencia desleal en perjuicio del adquirente, mediante actos donde se posea, maneje, opere, financie, invierta, ya sea como empleado, como consultor, como asesor, como directivo o a cualquier otro título en actividades o negocios en competencia.*

**8.4.1.** *Se exceptúa del cumplimiento de las obligaciones antes descritas a las personas identificadas en la cláusula vi de la definición de “Parte Restringida del Vendedor”, en el sentido siguiente:*

- c) No está prohibido y por consiguiente se garantiza la libertad de contratación para las personas incluidas en dicha cláusula, por parte de los agentes económicos en competencia con la adquirente.*
- d) Tampoco está prohibido para las personas incluidas en dicha cláusula dedicarse a las mismas actividades del adquirente, siempre y cuando, no implique: poseer, financiar o invertir, en actividades o negocios en competencia que pueda desviar la clientela de la empresa respecto de los productos alimenticios de consumo masivo (culinarios procesados, refrescos en polvo y líquido, confitería y chiles), o la realización de un acto de competencia desleal en perjuicio del adquirente.*

**8.4.2.** *Asimismo, no está prohibida la adquisición de cualquier acción o propiedad por parte de las personas incluidas en dicha cláusula, siempre y cuando, las participaciones de cualquiera de las personas descritas en la cláusula, no sobrepasen el cinco por ciento (5%) del poder de voto total.*

**TERCERO: AUTORIZAR** el proyecto de operación de concentración económica descrito en el resolutive primero anterior junto con la modificación de la Cláusula 8.4., incluyendo los sub párrafos 8.4.1. y 8.4.2, relacionadas con restricciones empresariales y excepciones a la denominada “*Parte Restringida del Vendedor*”, específicamente, las descritas en el segundo dispositivo inmediato anterior.

**CUARTO:** Que en virtud de haberse verificado que el agente económico notificado, consolida su participación de mercado, deberá abstenerse de realizar cualquier acto, negociación, contrato, convenio, arreglo o conducta que por su efecto tienda a restringir, disminuir, dañar, impedir o vulnerar el proceso de libre competencia en la importación, distribución, suministro o comercialización de bienes (productos culinarios procesados) o servicios.

**QUINTO:** Una vez formalizado el acto de la operación de concentración antes relacionada, los agentes económicos involucrados en la solicitud de notificación

obligatoria antes descrita, deberán acreditar ante la Secretaría General de la Comisión, la copia debidamente autenticada de la correspondiente escritura pública, en donde conste la formalización del acto, y las solemnidades que la ley exige para los efectos respectivos, en consonancia con lo que establece el artículo 29 del Reglamento de la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia.

**SEXTO:** De conformidad a lo establecido en el artículo 14 de la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia, la Comisión se reserva la facultad de aplicar las medidas o sanciones legales que correspondan, cuando la notificación y/o verificación previas del descrito proyecto de concentración, haya sido resuelto favorablemente sobre la base de información falsa proporcionada por los agentes económicos involucrados; sin perjuicio de lo establecido en el artículo 121 de la Ley de Procedimiento Administrativo, relativo a la facultad de revocar o modificar cuando desaparecieren las circunstancias que lo motivaron o sobrevinieren otras que, de haber existido a la sazón, el acto no habría sido dictado. También podrá revocarlo o modificarlo cuando no fuere oportuno o conveniente a los fines del servicio para el cual se dicta.

**SEPTIMO:** De conformidad con el artículo 82 del Reglamento de la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia, la Comisión dispone que los agentes involucrados en el proyecto de concentración objeto de la presente notificación, publiquen por su cuenta la presente Resolución, en por lo menos un diario de mayor circulación nacional.

**OCTAVO:** Para los efectos legales correspondientes instrúyase a la Secretaría General para que proceda a notificar la presente Resolución a los apoderados legales de las partes interesadas.- **NOTIFÍQUESE. (F) OSCAR LANZA ROSALES. Comisionado Presidente. (F) CARLOS WILFREDO CRUZ MEJÍA. Comisionado Vicepresidente. (F) RUBIN J. AYES PAZ. Comisionada Secretaria Pleno.**

**OSCAR LANZA ROSALES**  
**Presidente**

**JUAN ÁNGEL DÍAZ LÓPEZ**  
**Secretario General**