

EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-0024-2017

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISION DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- Quito, D.M. 16 de octubre de 2017, a las 09h00.-**VISTOS:** El Superintendente de Control del Poder de Mercado (en adelante SCPM) designó al doctor Marcelo Ortega Rodríguez, Presidente de la Comisión de Resolución de Primera Instancia; al doctor Agapito Valdez Quiñonez, Comisionado; y al doctor Diego Xavier Jiménez Borja, Comisionado, designados mediante los actos administrativos correspondientes y quienes en uso de sus atribuciones legales **CONSIDERAN:** i) Agregar al expediente el memorando SCPM-ICC-165-2017-M, de 05 de septiembre de 2017, enviado por el economista Daniel Cedeño Gallegos, Intendente de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, mediante el sistema SIGDO., en un página. ii) Agregar al expediente el informe SCPM-ICC-050-2017-I, de 05 de septiembre de 2017, enviado mediante el sistema SIGDO., suscrito por el economista Daniel Cedeño Intendente de Investigaciones y Control de Concentraciones Económicas, remitido a través del sistema SIGDO, constante en cuatro páginas, por corresponder al estado procesal del procedimiento, la Comisión de Resolución de Primera Instancia para hacerlo se considera:

PRIMERO.- COMPETENCIA.- La Comisión de Resolución de Primera Instancia Mercado (en adelante CRPI) es competente para autorizar, denegar o subordinar la operación de concentración económica previo el cumplimiento de las condiciones legales, conforme lo señalado en el artículo 21 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante LORCPM), en concordancia con lo determinado en el artículo 16 literal g) del numeral 2.1., del Capítulo II, del Título IV del Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

SEGUNDO.- VALIDEZ DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.- La presente notificación obligatoria de concentración económica ha sido tramitada de conformidad con las disposiciones contenidas tanto en la LORCPM como en el Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante Reglamento de la LORCPM), observando las garantías constitucionales del debido proceso puntualizadas en el artículo 76 de la Constitución de la República no existiendo error, vicio o nulidad que declarar que haya influido en el presente expediente por lo que se declara expresamente su validez.

TERCERO.- ANTECEDENTES.-

3.1.- El operador económico Bayer Aktiengesellschaft, (pudiendo en adelante citar también Bayer AG), representada legalmente por su apoderado especial Dr. Diego Pérez Ordoñez, ingresó el 10 de noviembre de 2016, a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado la notificación de operación de concentración económica obligatoria presentada por el operador económico Compañía de Bayer AG., en observancia de lo previsto en el literal a) del artículo 14 de la LORCPM. La concentración a realizarse es entre "(...) *Baker Aktiengesellschaft (Bayer AG) adquirirá a Monsanto Corporation ("Monsanto") de conformidad con el Acuerdo y el Plan de Fusión de 14 de septiembre de 2016, en virtud del cual KWA Investmen Co. una filial de propiedad de indirecta de Bayer, se funcionará con Monsanto, siendo*



Monsanto la entidad sobreviviente de la fusión, según lo dispuesto en la Ley general de Sociedades del Estado de Delawar, Estado Unidos. Una vez completada la transacción propuesta, Monsanto Company y todas sus filiales (incluyendo las del Ecuador) se convertirán en filiales de Bayer. Esta es una transacción en efectivo y su valor aproximado es de \$ 66 millones.”

3.2.- La Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante CRPI) mediante providencia de 04 de mayo de 2017, a las 15h50, avocó conocimiento del Informe No. SCPM-ICC-0025-2017-I, remitido por la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, relacionada con la notificación obligatoria de concentración económica presentada por el operador económico Bayer AG., en la que “(...) **RESUELVE:** **1) AVOCAR CONOCIMIENTO** del Informe No. SCPM-ICC- 025-2017-I de 28 de abril de 2017, relacionado con la notificación de concentración económica obligatoria efectuada por el señor Diego Pérez Apoderado Especial Bayer AG. **2) Signar el presente expediente administrativo con el número de trámite SCPM-CRPI-0024- 2017 (...)**”

3.3.- La CRPI., mediante resolución de fecha 15 de junio de 2017 a las 15h50, resuelve: “(...) **2.- Subordinar** la operación de concentración económica notificada obligatoriamente por el operador económico, Bayer AG y el operador económico Monsanto Company, al cumplimiento de la condición establecida en la presente resolución, misma que estarán contenidas en un documento de compromiso, instrumento que deberá ser aceptado y aprobado por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Documento en el que constarán expresamente el condicionamiento aquí determinado y se pormenorizarán los detalles específicos de implementación de este, de tal manera que se asegure su estricto cumplimiento. Las obligaciones que emanen del documento de compromiso mencionado serán parte de la condición siguiente:” **“Condición.- PROHIBIR** la producción, introducción y comercialización de semillas y productos transgénicos así como la aplicación de biotecnologías modernas, riesgosas y experimentales, a fin de precautar el patrimonio genético del Ecuador y el ingreso de organismos genéticamente modificados al País.” **“Lineamientos Generales para el cumplimiento de los condicionamientos.-** .En observancia al artículo 21 del RLORCPM se concede el término de treinta días al operador económico Bayer G.A., para la elaboración del documento de compromiso, que será presentado para su respectiva revisión aprobación por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Los detalles del este documento serán conformes a la Intendencia de Investigación de Control de Concentraciones Económicas y deberán ser presentados en el término de 80 días a la CRPI. . El documento de compromiso contendrá la obligación de presentar cada seis meses una declaración juramentada a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, en la que el operador económico concentrado y sus filiales han cumplido la condición establecida en esta resolución. . Disponer a la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas la realización de todos los actos y gestiones necesarias para la presentación del documento de compromiso dentro de los tiempos establecidos en la presente resolución. La ICC elevará un informe con la conformidad o no de la propuesta realizada por el operador económico Bayer GA, y sus motivos. . En caso de autorizarse, la ICC presentará a ésta Comisión informes semestrales respecto del cumplimiento del documento de compromiso. . La carta

de compromiso establecerá expresamente que sobre la condición establecida en la presente resolución pesará la condición resolutoria. (...)”

3.4.- El operador económico Bayer AG, mediante escrito de aclaración, introducido el 20 de junio de 2017, a las 15h58, solicita a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, lo siguiente: “(...) *En concordancia con el artículo 252 del Código Orgánico General de Procesos, solicitamos aclarar el punto séptimo “(...) solicitamos aclaración sobre que prerrogativas está ejerciendo la Comisión al imponer una prohibición amplia, no relacionada a su mandato legal, particularmente si tomamos en consideración que el artículo 401 de la Constitución Ecuatoriana ya ha declarado al Ecuador libre de semillas y cultivos transgénicos, y que bajo el Art. 424 de la Constitución, las acciones de los poderes públicos deben conformarse a las estipulaciones constitucionales, o carecerán de eficacia legal. De otra manera la decisión no estará apegada a las normas constitucionales, por lo que solicitamos la aclaración de si el cumplimiento de las condiciones recaería dentro de los límites fijados por el Art. 401 de la constitución del Ecuador, así como la ley Orgánica de Agrobiodiversidad, Semillas y Fomento de Agricultura.” (...)*”

3.5.- La CRPI., mediante resolución de fecha 22 de agosto de 2017 a las 11h23, procede contestar la aclaración a la resolución de fecha 15 de junio de 2017, a las 16h57 en la que resuelve: “(...) **SEPTIMO.-** *En consecuencia, en la especie, la resolución expedida el 15 de junio de 2017, a las 16h57, es suficientemente clara y no hay oscuridad alguna en ella y se encuadrada en el marco constitucional ecuatoriano, ésta se entiende de inmediato y sin ningún esfuerzo, pues es perfectamente inteligible y no da lugar a dudas o confusiones de ninguna clase, explica y decide sobre cada uno de los puntos materia del presente procedimiento administrativo; motivos por los cuales, en base a los razonamientos jurídicos que anteceden, por improcedente se deniega la solicitud de aclaración formulada por el operador económico Bayer AG. (...)*”

3.6.- La Intendencia de Investigación de Control de Concentraciones Económicas mediante Informe SCPM-ICC-050-2017-I de fecha 05 de septiembre de 2017, realiza un análisis al documentos contractual presentados por el operador económico Bayer AG., en el que concluye “(...) *la Intendencia considera que la propuesta cumple con lo establecido en la Resolución (...)*”

3.7.- El operador económico Bayer AG., a través de su apoderado especial Dr. Diego Pérez Ordoñez , presenta a la CRPI., el escrito de fecha 26 de septiembre de 2017, en el que adjunta el documento de Acuerdo de Compromiso con reconocimiento de firma realizada el 26 de septiembre de 2017, en la Notaría Segunda del cantón Quito.

CUARTO.- FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO.-

4.1. Fundamentos de hecho.

4.1.1. El operador económico Bayer AG., representada legalmente por su apoderado especial Dr. Diego Pérez Ordoñez, presento el 10 de noviembre de 2016, ante la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado una notificación obligatoria de



concentración económica, en observancia de lo previsto en el literal c) del artículo 14 de la LORCPM, consistente en la adquisición de Monsanto Company, en virtud del cual KWA Investment Co., una filial indirecta de Bayer AG, se fusionará con Monsanto Company, (pudiendo en adelante citar también Monsanto), siendo Monsanto la entidad sobreviviente de la fusión. Una vez completada la transacción propuesta, Monsanto Company y todas sus filiales se convertirán en filiales de Bayer AG., operadores económicos que se encuentran domiciliados en: Kaiser-Wilhelm Fort 1, 51368 Leverkusen, Alemania y el operador económico Monsanto con domicilio constituido en 800 North Lidburgh Blvd., St. Louis, Missouri, Estados Unidos, 63167.

4.2. Fundamentos de derecho.

4.2.1. Constitución de la República del Ecuador.

Art. 213 establece que: *“Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. [...]”*.

Numeral 6 del artículo 304, determina entre uno de los objetivos de la política comercial: *“Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten al funcionamiento de los mercados.”*.

Art. 336 prevé que: *“El Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad.- El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley.”*.

4.2.2.- Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

Las disposiciones constitucionales citadas se relacionan con lo establecido en el artículo 1 de la LORCPM, siendo uno de los objetos de la Ley el *“[...] control y regulación de las operaciones de concentración económica [...]”*, es decir que esta Superintendencia está facultada para autorizar las operaciones de concentración económica.

Al efecto, con sujeción a lo que prescriben los artículos: 14 literal c), 15 y 16 literal a) de la LORCPM, las operaciones de concentración económica, están obligadas a cumplir con el procedimiento de notificación contemplado en esta sección.

Art. 21.- Decisión de la Autoridad.- *“En todos los casos sometidos al procedimiento de notificación previa establecido en este capítulo, excepto los de carácter informativo establecidos en el segundo inciso del artículo 16 de la presente Ley. La Superintendencia,*

por resolución motivada, deberá decidir dentro del término de sesenta (60) días calendario de presentada la solicitud y documentación respectiva:

Autorizar la operación;

Subordinar el acto al cumplimiento de las condiciones que la misma Superintendencia establezca; o,

Denegar la autorización. [...]”.- “[...] Si se hubiera subordinado la autorización al cumplimiento de condiciones, estas deberán adoptarse en un término máximo de noventa (90) de notificada la resolución que las establece.”

4.2.3.- Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

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. La Superintendencia podrá condicionar la operación o la venta preferencial de un porcentaje, a ser determinado del capital accionario a los trabajadores.

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.

QUINTO.- CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS.-

5.1.- De la revisión realizada por la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas y del análisis documental efectuado por esta Comisión se advierte que la notificación de concentración económica realizada por el operador económico Bayer AG., representado legalmente por legalmente por Lorenzo Gazmuri Schleyer, a través de su apoderado especial Dr. Diego Pérez Ordoñez, ha cumplido con lo resuelto mediante resolución de 15 de junio de 2017 a las 16h57, al presentar el documento de acuerdo de compromiso en el que puede evidenciarse que cumple con los lineamientos establecidos por la CRPI.



5.2.- Como criterio de decisión la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas de la SCPM., advierte que el documento de compromiso presentado por el operador económico Bayer A.G. en lo principal refiere: *“(...) 1.- A través de su filial ecuatoriana Bayer S.A. presentar una declaración juramentada cada 6 meses ante la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, en la que se declare: Bayer S.A., y sus empresas vinculadas, está comprometida con el cumplimiento de la normativa nacional y declarar que ha cumplido con los términos del artículo 15, 75 y 401 de la Constitución, se abstuvieron, en el territorio ecuatoriano y durante los últimos seis meses, de producir, introducir, y comercializar semillas transgénicas y productos transgénicos, excepto lo permitido por la Ley Orgánica de Agrodiversidad, Semillas y Fomento de la Agricultura Sustentable y de cualquier otra regulación estatal.” “Así mismo en los términos del artículo 401 de la Constitución, Bayer S.A., y sus empresas vinculadas, en el territorio ecuatoriano y durante los últimos 6 meses, han cumplido con los términos de regulación estatal para el uso desarrollo biotecnología moderna y sus productos, así como su experimentación uso y comercialización; y por último, han cumplido con la prohibición de aplicación de biotecnologías riesgosas o experimentales salvo por lo que esté regulado específicamente en otras regulaciones estatales. “ 2. Esta declaración se hará mientras las normas que limitan, restringen o prohíben de cualquier forma las biotecnologías o las semillas transgénicas estén vigentes.” “3. Bayer Ag expresamente acuerda que, sobre la condición establecida pesará la condición resolutoria. (...)”*

5.3.- La Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas de la SCPM concluye y recomienda (...)” *“(...) la Intendencia considera que la propuesta cumple con lo establecido en la Resolución” (...) La Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas recomienda que se AUTORICE, el documento compromiso entregado por el operador económico Bayer AG.”*

5.4.- En consecuencia es procedente, entonces, autorizar la concentración económica solicitada, entre los operadores económicos Bayer A.G. y el operador económico Monsanto Company .

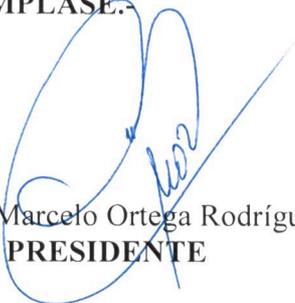
SEXTO.- DECISIÓN.- La Comisión de Resolución de Primera Instancia en uso de las atribuciones establecidas en el artículo 21 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado,

RESUELVE:

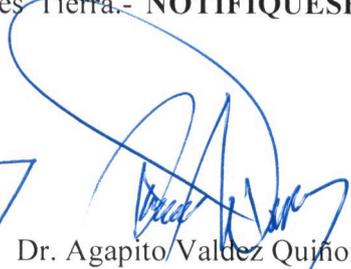
1. **Aprobar** el documento de acuerdo de compromiso presentado por el operador económico Bayer A.G. a través de su apoderado especial Diego Pérez Ordoñez conforme a la diligencia de Autenticación de firmas realizada con fecha 26 de septiembre de 2017 en la Notaría Segunda del cantón Quito.

2. **Autorizar** la concentración económica entre los operadores económicos Bayer A.G., y el operador económico Monsanto Company.
3. **Notifíquese** la presente Resolución a la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas y, a los operadores económicos Bayer A.G., y al operador económico Monsanto Company.
4. **Disponer** a la Intendencia de Investigación de Control de Concentraciones Económicas, realice la vigilancia y el seguimiento del cumplimiento de las condiciones establecidas por la autoridad de competencia y contenidas en el documento de compromiso para lo cual informará de manera semestral a la Comisión de Resolución de Primera Instancia.

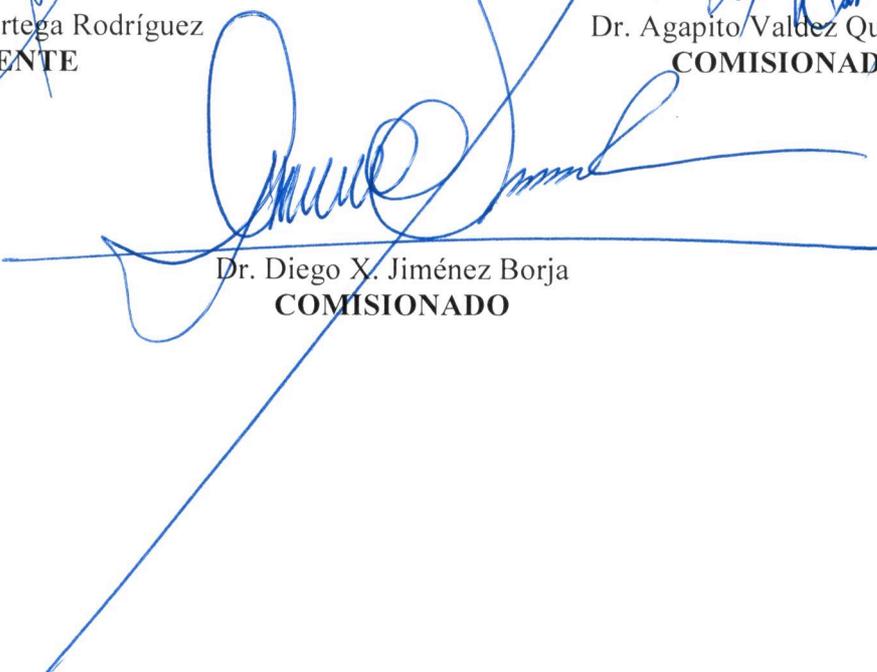
Actué en calidad de Secretario el abogado Christian Torres Tierra.- **NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.**



Dr. Marcelo Ortega Rodríguez
PRESIDENTE



Dr. Agapito Valdez Quiñonez
COMISIONADO



Dr. Diego X. Jiménez Borja
COMISIONADO

