

- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado
- **Órgano de Origen:** Comisión de Resolución de Primera Instancia CRPI
- **Expediente de Origen:** SCPM-CRPI-024-2017
- **Expediente RER:** SCPM-DS-INJ-ER-001-2020
- **Accionante:** Bayer Aktiengesellschaft (“BAYER AG”)

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 19 de octubre de 2020 a las 17h15.- **VISTOS.-** Doctor Danilo Sylva Pazmiño, en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado, conforme la acción de personal No. SCPM-INAF-DNATH-328-2018 de 06 de noviembre de 2018, cuya copia certificada se encuentra agregada al expediente; en conocimiento del presente Recurso Extraordinario de Revisión presentado por Mario Andrés Navarrete Serrano, en calidad de Apoderado Especial del operador económico Bayer Aktiengesellschaft (“BAYER AG”), en contra de la Resolución expedida el 15 de junio de 2017, a las 16h57, reformada mediante providencia 19 de junio de 2017, ambas emitidas por la Comisión de Resolución de Primera Instancia -CRPI-, en la sustanciación del expediente administrativo No. SCPM-CRPI-024-2017, en uso de mis facultades legales, por ser el estado del expediente, dispongo:

PRIMERO.- COMPETENCIA.-

En virtud de lo dispuesto en los artículos 44 numeral 2; 65; y, 68 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), esta Autoridad es competente para conocer y resolver el Recurso Extraordinario de Revisión planteado.-

SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.-

La tramitación del expediente en esta instancia jerárquica, no adolece de vicios de procedimiento, ni se han omitido solemnidades sustanciales que puedan generar nulidad procesal, por lo que esta Autoridad declara la validez del mismo.-

TERCERO.- LEGALIDAD DEL RECURSO.-

El abogado Mario Andrés Navarrete Serrano, en calidad de Apoderado Especial del operador económico Bayer Aktiengesellschaft (“Bayer AG”), mediante escrito y anexo ingresados en la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 11 de junio de 2020, a las 17h04, con número de ID. 162849, y su complementación ingresada en la Secretaría General de esta entidad, el 12 de junio de 2020, a las 16h44, con número de ID. 162956, interpuso Recurso Extraordinario de Revisión en contra de la Resolución expedida el 15 de junio de 2017, a las 16h57, reformada mediante providencia 19 de junio de 2017, ambas emitidas por la Comisión de Resolución de Primera Instancia -CRPI, en la sustanciación del expediente administrativo No. SCPM-CRPI-024-2017, cuya admisión a trámite fue debidamente analizada en la providencia de 10 de julio de 2020 a las 17h15, en la cual se verificó que la impugnación cumpla los requisitos formales y de

fundamentación, y el principio de oportunidad, procedencia del recurso y debida fundamentación; observándose que el recurso cumplía con los mismos, razón por la cual fue admitido a trámite.-

CUARTO.- ACTO IMPUGNADO.-

En el presente caso el operador económico Bayer Aktiengesellschaft (“Bayer AG”), impugna la Resolución de 15 de junio de 2017, a las 16h57, reformada mediante providencia de 19 de junio de 2017 a las 10h00 emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia –CRPI-, en la sustanciación del expediente administrativo No. SCPM-CRPI-024-2017, que resuelven:

- i) Resolución de 15 de junio de 2017, a las 16h57: “(...) 2 1.- Acoger parcialmente las recomendaciones formuladas por la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, contenida en el Informe No. SCPM-ICC-025- 2017 de 28 de abril de 2017, remitido mediante memorando SCPM-ICC-062-2017-M, de 28 de abril de 2017. 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 precautelar el patrimonio genético del Ecuador y el ingreso de organismos genéticamente modificados al País. (...)”.
- ii) Providencia 19 de junio de 2017, a las 10h00: “(...) La CRPI dispone reformar de oficio el numeral dos, inciso segundo de la parte decisoria de la resolución SCPM-CRPI-0024-2017 de fecha 15 de junio de 2017, a las 16h57, (...) con la reforma dirá “(...) **Condición .- PROHIBIR** la producción, introducción y comercialización de semillas y productos transgénicos así como la aplicación de biotecnologías riesgosas y experimentales ; y el uso desarrollo y experimentación de biotecnologías modernas y sus productos siempre que no cuenten con la correspondiente regulación estatal, a fin de precautelar el patrimonio genético y el ingreso de organismos genéticamente modificados al Ecuador (...)”.

QUINTO.- SOBRE LA PETICIÓN DEL RECURRENTE.-

El operador económico Bayer Aktiengesellschaft (“Bayer AG”), a través del Recurso Extraordinario de Revisión interpuesto pretende:

“(...) se dicte una nueva resolución en lugar del Acto Impugnado en la que se apruebe la operación notificada sin subordinarla a condicionamiento alguno (...)”

Pretensión que la realiza fundamentado en las siguientes argumentaciones:

“[...] El Acto Impugnado contiene la decisión de la CRPI de condicionar la autorización de la proyección ecuatoriana de la operación por la que Bayer AG adquirió a Monsanto Corporation (“Monsanto”) (...)”

7. Argumentos de derecho

Errores materiales de derecho: Violación a los artículos 22 de la LORCPM y 82 y 226 de la Constitución de la República del Ecuador

1. La CRPI, a través del Acto Impugnado, ha incurrido en tres errores materiales de derecho. La CRPI se ha excedido en sus atribuciones legales al inobservar el estándar sustantivo que delimita su intervención en las operaciones de concentración económica, según lo establecido en el artículo 22 de la LORCPM. Además, al hacerlo en la forma que lo hizo, violó también el principio de juridicidad materializado en la obligación constitucional de ejercer las potestades estatales solamente en la medida de las competencias asignadas (artículo 226 de la Constitución de la República). Finalmente, al no establecer un límite temporal a su “condición”, el Acto Impugnado ha violado el derecho constitucional de Bayer AG a la seguridad jurídica (artículo 82 de la Constitución de la República). (...)”

El Condicionamiento Impugnado excede las competencias de la SCPM y viola el derecho constitucional a la seguridad jurídica (...)

40. Valga señalar aquí que la prohibición de la CRPI a Bayer AG no solo que es inconstitucional por su incompetencia, sino también innecesaria. No es preciso que la CRPI obligue a Bayer AG a cumplir con su prohibición para que la operación sea aprobada porque aquélla ya ha sido consagrada a nivel constitucional (...)”

44. Alguien podría sostener que “lo que abunda no daña” y que el Condicionamiento Impugnado, de todos modos, no hace sino reforzar una prohibición existente, por lo que no constituiría un grave error de derecho. Esa posición no tomaría en cuenta, sin embargo, que a la prohibición de la CRPI se le ha atado la obligación de que Bayer AG informe de manera semestral a la SCPM, mediante declaraciones juradas, respecto de su cumplimiento. (...)”

45. Asimismo, el hecho de que el Condicionamiento Impugnado haya sido establecido sin un límite temporal genera una incertidumbre a perpetuidad, pues en cualquier momento la SCPM podría declarar que la condición se ha incumplido y revocar la autorización a la operación. (...)”

El Condicionamiento Impugnado no es una condición propiamente dicha, por lo que está viciado

46. Valga señalar finalmente que la CRPI se ha excedido en sus competencias además porque, en el marco de procedimientos de autorización de concentraciones económicas, solo le está permitido autorizarlas, negarlas o subordinarlas al cumplimiento de alguna condición. Aunque el Acto Impugnado denomine “condición” a su orden, eso no cambia su naturaleza

jurídica de prohibición. Prohibir conductas no es una de las competencias que se le ha asignado a la SCPM para casos como el discutido; al hacerlo, la CRPI actuó por fuera de lo permitido por la Ley. (...)

En la complementación de su Recurso Extraordinario de Revisión señala:

“1. La Comisión de Resolución de Primera Instancia se excedió en sus atribuciones legales al inobservar el estándar sustantivo que delimita su intervención en las operaciones de concentración económica.

2. La Comisión de Resolución de Primera Instancia, al inobservar el estándar sustantivo que delimita su intervención en las operaciones de concentración económica, violó el principio constitucional de juridicidad, materializado en la obligación constitucional de ejercer las potestades estatales solamente en la medida de las competencias asignadas.

3. La Comisión de Resolución de Primera Instancia, al no establecer un límite temporal a su “condición”, violó el derecho constitucional de Bayer AG a la seguridad jurídica.”

Argumentaciones que, en el género, se encasillarían en errores materiales de derecho por “[...] violación a los artículos 22 de la LORCPM, y 82 y 226 de la Constitución de la República del Ecuador [...]”.

SEXTO.- CONSTANCIA PROCESAL RELEVANTE.-

a) De la revisión del expediente administrativo No. SCPM-CRPI-024-2017 en el sistema ANKU, del cual se generan las actuaciones administrativas objeto de la impugnación, se observan las constancias procesales más relevantes:

i. Memorando SCPM-ICC-062-2017-M de 28 de abril de 2017, mediante el cual se remite a la CRPI el Informe No. SCPM-ICC-025-2017-I de 28 de abril de 2017 perteneciente al Expediente Digital No. SCPM-ICC-0030-2016, realizado por la Dirección Nacional de Estudios y Examen de Control de Concentraciones y aprobado por la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas.

ii. Informe No. SCPM-ICC-025-2017 de 28 de abril de 2017, en el cual la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas concluye y recomienda: “1. (...) la operación de concentración analizada se refiere a la adquisición de Monsanto Company por parte de Bayer AG, para lo cual esta última, utilizará a la empresa KWA Investment, compañía subsidiaria de su propiedad; para que se fusione con Monsanto Company, quedando Monsanto como la compañía sobreviviente bajo el control de Bayer AG. 2. (...) al respecto el volumen de negocio calculado con base en los ingresos es de USD 162.293.281. 3. (...), la operación de concentración económica bajo análisis fue notificada por superar el umbral para el sector real de 200.000 Remuneraciones Básicas Unificadas, determinado por la Junta de Regulación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. 4. (...) se definió como mercados relevantes de la operación de concentración notificada, los siguientes: a) Mercado Relevante 1: Herbicidas No Selectivos Post Emergentes. b) Mercado Relevante 2: Semillas de Tomate. c) Mercado Relevante 3: Semillas de Sandía. Además se establece como mercado relevante geográfico de la operación todo el territorio de la República del Ecuador. 5. (...) análisis por cada mercado relevante: i) En el mercado de herbicidas post emergentes no selectivos se identificó que la estructura actual del mercado se encuentra poco concentrada, y que los

operadores Bayer AG y Monsanto no poseen una posición que les permita ostentar dominio en el mercado; así como que no existe poder de la demanda dada la oferta de productos similares de compañías extranjeras. ii) En el mercado de semillas de tomate se identificó que la estructura actual del mercado también se encuentra poco concentrada, y que los operadores Bayer AG y Monsanto no poseen una posición que les permita ostentar dominio en el mercado; así como que no existe poder de la demanda. iii) En el caso del mercado de semillas de sandía se identificó que la estructura actual del mercado presenta altos índices de concentración, y que el operador Monsanto a través de su compañía vinculada Seminis Vegetable Seeds, sí posee posición de dominio en este mercado, sin embargo, la operación de concentración no altera la estructura competitiva de este segmento ni genera preocupaciones a la competencia. 6. (...), se determina que no existen altas barreras de entrada para ingresar al mercado ecuatoriano semillas o herbicidas, y que la operación de concentración no genera preocupaciones debido a que no se altera la estructura de los tres mercados. No obstante, se considera que la entrada de nuevos operadores a la industria de CropScience a nivel mundial no será suficiente para disuadir cualquier posible práctica anticompetitiva. 7. (...) se concluye que las eficiencias planteadas por Bayer AG no han sido debidamente demostradas mediante la carga probatoria respectiva. Como se vio en el análisis de este informe, la operación entre Bayer AG y Monsanto Company no genera preocupaciones de efectos coordinados ni unilaterales, porque la participación ex post de la adquisición no refuerza ni posiciona a la entidad concentrada con poder de dominio, por lo que esta concentración es neutral para el mercado. **12. RECOMENDACIONES.-** En función de las consideraciones expresadas en este informe, la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, recomienda a la Comisión de Resolución de Primera Instancia que SUBORDINE la operación de concentración económica notificada por Bayer AG, de conformidad con el artículo 21 letra b) de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado al siguiente requerimiento: Presentar, de manera permanente, a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado cada seis meses, una vez autorizada la operación de concentración, una Declaración Juramentada, en que el operador económico resultante de la operación de concentración, en representación de todas sus empresas filiales que posean negocios relacionados a la venta de semillas transgénicas, certifique que no produce y/o comercializa este tipo de productos en territorio ecuatoriano (...). Informe que ha sido declarado confidencial.-

iii. Providencia de 04 de mayo de 2017, a las 15h50 mediante la cual la Comisión de Resolución de Primera Instancia –CRPI-, avoca conocimiento del informe y lo declara confidencial.

iv. Mediante Resolución de 15 de junio de 2017 a las 16h57, la CRPI 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 precautelar el patrimonio genético del Ecuador y el ingreso de organismos genéticamente modificados al País (...) 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 (...).”

v. Mediante Resolución de 19 de junio de 2017 a las 10h00, la CRPI resuelve: “(...) **Condición.- PROHIBIR** la producción, introducción y comercialización de semillas y productos transgénicos así como la aplicación de biotecnologías riesgosas y experimentales; y, el uso, desarrollo y experimentación de biotecnologías modernas y sus productos siempre que no cuenten con la correspondiente regulación estatal, a fin de precautelar el patrimonio genético y el ingreso de organismos genéticamente modificados al Ecuador (...)”.

vi. Mediante escrito ingresado en la Secretaría General de la SCPM, el 24 de julio de 2017 a las 09h51, con número de trámite ID. 55463, los representantes del operador económico BAYER, presentan la propuesta de compromiso, (sin que en el escrito se anexe ningún documento o conste en el proceso).

vii. Providencia de 21 de agosto de 2020 a las 14h51, mediante la cual la CRPI corre traslado de la propuesta a la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas -IICCE-, a fin de que la analice y realice los ajustes al documento.

viii. Mediante memorando SCPM-ICC-122-2017-M de 17 de julio de 2017, la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, en atención a la providencia de 05 de julio de 2017, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, en la que le corre traslado a fin de que se pronuncie respecto del Recurso de Aclaración, señala: “(...) *La Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas se ratifica en que no se identificaron preocupaciones en relación a la estructura post concentración de cada uno de los mercados relevantes determinados (Semillas de Sandía, Semillas de Tomate y Herbicidas No Selectivos Post Emergentes). Sin embargo, aunque no se identificaron preocupaciones específicas a la competencia de estos tres mercados, esta Intendencia cree pertinente que sus recomendaciones deben ir acorde a la política nacional, en específico, de los artículos establecidos en la Constitución relacionados a declarar al Ecuador como país libre de semillas y cultivos transgénicos. El condicionamiento en este caso, está dirigido únicamente a la verificación del correcto cumplimiento de lo establecido en la norma constitucional.*”

ix. Providencia de 22 de agosto de 2020 a las 11h23, mediante la cual la Comisión de Resolución de Primera Instancia, niega la solicitud de aclaración presentada por el operador económico BAYER AG.

x. Mediante memorando SCPM-ICC-165-2017-M de 05 de septiembre de 2015, la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones remite el Informe No. SCPM-ICC-50-2017-I, en el cual concluye, “(...) *que la propuesta cumple con lo establecido en la Resolución*”; y recomienda, “(...) *se AUTORICE, el documento compromiso por el operador económico BAYER A.G.*”.

xi. Mediante escrito presentado por el solicitante, ingresado en la Secretaría General de la SCPM el 26 de septiembre de 2017 a las 16h04 con número de trámite ID. 63611, se remite la versión definitiva del acuerdo compromiso suscrito por la compañía notificante, con la diligencia notarial de reconocimiento de firmas, en el cual se compromete a: “*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 declare: Bayer S.A., y sus empresas vinculadas, está comprometida con el cumplimiento de la normativa nacional y declara 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 en lo permitido por la Ley Orgánica de Agrobiodiversidad, Semillas y Fomento de la Agricultura Sustentable y de cualquier otra regulación estatal. Asimismo, en los términos del artículo 401 de la Constitución, Bayer S.A. y sus empresas vinculadas, en el territorio ecuatoriano y durante los últimos seis meses, han cumplido con los términos de regulación estatal*

para el uso y desarrollo de biotecnologías 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.”

xii. Con Resolución de 16 de octubre de 2017 a las 09h00, la Comisión de Resolución de Primera Instancia 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 Ordóñez conforme a la diligencia e Autenticación de firmas realizada con fecha 26 de septiembre de 2017 en la Notaria Segunda del cantón Quito. 2. **Autorizar** la concentración económica entre los operadores económicos Bayer A.G., y el operador económico Monsanto Company (...)”.

xiii. Con memorando SCPM-ICC-113-2018-M de 14 de mayo de 2018, la Intendencia de Investigación de Control de Concentraciones pone en conocimiento el primer informe de seguimiento que concluye: “(...) *se colige que durante los últimos 6 meses, la compañía cumplió con lo establecido en el Documento Compromiso*”.

xiv. Consta el segundo informe de seguimiento de 17 de octubre de 2017, en el cual la Intendencia de Investigación de Control de Concentraciones concluye: “(...) *se colige que durante los últimos 6 meses, el operador económico en cuestión cumplió con lo establecido en el Documento Compromiso*”.

xv. Con memorando SCPM-IGT-INICCE-2019-167-M de 08 de mayo de 2019, la Intendencia de Investigación de Control de Concentraciones pone en conocimiento de la CRPI el tercer informe de seguimiento a la Resolución de 15 de junio de 2017, en el que señala: “(...) 3. *Es preciso delimitar la duración del condicionamiento impuesto (...) se colige que durante los últimos 6 meses, el operador económico en cuestión cumplió con lo establecido en el Documento Compromiso*”.

xvi. Mediante providencia de 05 de junio de 2019 a las 14h25, la CRPI en atención a la conclusión respecto de la temporalidad del condicionamiento señala: “(...) *esta Comisión consideró que no es pertinente delimitar la duración del condicionamiento, por cuanto la condición es de carácter prohibitivo, y precautela el bien común y el patrimonio genético del país que pueden verse afectados por la producción, introducción y comercialización de semillas de productos transgénicos; y por la aplicación de biotecnologías modernas, riesgosas y experimentales; por lo que el operador económico BAYER A.G., debe continuar con el cumplimiento de dicha condición de manera semestral (...)*”.

xvii. El operador económico Bayer A.G., con escrito de 26 de junio de 2019 a las 15h38, con número de trámite ID. 136027 solicita: “(...) *declare resuelta la obligación de presentar declaraciones juramentadas de forma semestral, a perpetuidad, considerando especialmente el absoluto cumplimiento de la prohibición atestiguada por Bayer en los últimos dos años por medio de la presentación de las declaraciones juramentadas*”.

xviii. Mediante auto de 30 de diciembre de 2019 a las 10h00, la Comisión de Resolución de Primera Instancia y en atención a la petición de BAYER señala: “(...) **NEGAR** por improcedente la solicitud de reforma de la resolución de 15 de junio de 2017, contenida en el escrito de 26 de junio de 2019 del operador **BAYER** (...)”.

xix. Con memorando SCPM-IGT-INICCE-2019-368 de 15 de noviembre de 2019, la Intendencia de Investigación de Control de Concentraciones remite el cuarto informe sobre el seguimiento, en el cual concluye: “(...) *se colige que durante los últimos 6 meses, el operador económico en cuestión cumplió con lo establecido en el Documento Compromiso*”.

b) Dentro del expediente que sustancia el Recurso Extraordinario de Revisión, constan las siguientes actuaciones procesales:

i. Escrito presentado por el abogado Mario Andrés Navarrete Serrano, en calidad de Apoderado Especial del operador económico Bayer Aktiengesellschaft (“Bayer AG”), en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el 11 de junio de 2020, a las 17h04, con número de trámite ID. 162849, su anexo, y su complementación ingresada en la Secretaría General de este organismo técnico de control el 12 de junio de 2020 a las 16h44, con número de trámite ID. 162956.

ii.- Providencia de 10 de julio de 2020, a las 17h15, mediante la cual se admitió a trámite el Recurso Extraordinario de Revisión, recurso que se basa en presuntos errores materiales de derecho por “*violación a los artículos 22 de la LORCPM, y 82 y 226 de la Constitución de la República el Ecuador*”, respecto de: “*1. La Comisión de Resolución de Primera Instancia se excedió en sus atribuciones legales al inobservar el estándar sustantivo que delimita su intervención en las operaciones de concentración económica. 2. La Comisión de Resolución de Primera Instancia, al inobservar el estándar sustantivo que delimita su intervención en las operaciones de concentración económica, violó el principio constitucional de juridicidad, materializado en la obligación constitucional de ejercer las potestades estatales solamente en la medida de las competencias asignadas. 3. La Comisión de Resolución de Primera Instancia, al no establecer un límite temporal a su “condición”, violó el derecho constitucional de Bayer AG a la seguridad jurídica*”.

iii.- Informe No. SCPM-IGT-INICCE-2020-0013, 13 de agosto de 2020, aprobado por el economista Francisco Dávila, Intendente Nacional de Control de Concentraciones Económicas, puesto en conocimiento de esta autoridad en la misma fecha, y mediante el cual se concluye: “(...) *Con base en los alegatos de Bayer AG y la revisión del INFORME, la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas, se concluye que la operación de concentración entre Bayer AG y Monsanto no debió ser condicionada, por parte de la CRPI, por las siguientes razones: i. En el caso objeto del recurso presentado, no se verificó creación, modificación o reforzamiento de los mercados relevantes definidos, conforme el presupuesto del artículo 15 de la LORCPM, ni tampoco se definieron riesgos anticompetitivos producto de la operación, por lo que no cabía la imposición de ninguna medida. ii. La condición impuesta al operador económico Bayer AG no busca resarcir un posible daño a la competencia, sino precautelar el patrimonio genético del Ecuador, situación que escapa del control y de las competencias otorgadas a esta Superintendencia de Control de Poder de Mercado. iii. La Constitución de la República, por regla general, prohíbe el ingreso, cultivo, comercialización e introducción de biotecnología que pueda comprometer el patrimonio genético nacional y que, el condicionamiento impuesto por la Comisión de Primera Instancia al operador económico Bayer AG se encuentra direccionado al mismo fin, por tanto, resulta redundante e innecesario mantener un condicionamiento sin límite temporal, cuando la norma suprema es clara en tal sentido y prohíbe los actos que son descritos en las declaraciones juramentadas presentadas semestralmente por parte de Bayer AG*”.

iv. Audiencia instalada el 14 de septiembre de 2020 a las 15h00, dispuesta mediante providencia de 10 de septiembre de 2020 a las 10h00, conforme la razón sentada el 14 de septiembre de 2020 por la

Secretaría de Sustanciación, en la cual se estableció como pretensión lo siguiente: “[...] Se dé de baja y se deje sin efecto la condición impuesta al adquirente Bayer Ag, en la adquisición en Ecuador [...]”

SÉPTIMO.- MARCO NORMATIVO APLICABLE.-

Para el análisis del acto materia de la impugnación, es necesario considerar lo establecido en nuestro sistema jurídico; así:

La Constitución de la República del Ecuador (CRE) establece y reconoce los siguientes derechos y garantías: “**Art. 75.-** Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”; “**Art. 76.-** En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: **1.** Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes (...) **6.** La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza. **7.** El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) **1)** Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho (...)”; “**Art. 82.-** El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”; “**Art. 173.-** Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”; “**Art. 226.-** Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley (...)” “**Art. 227.-** La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.”; “**Art. 400.-** El Estado ejercerá la soberanía sobre la biodiversidad, cuya administración y gestión se realizará con responsabilidad intergeneracional. Se declara de interés público la conservación de la biodiversidad y todos sus componentes, en particular la biodiversidad agrícola y silvestre y el patrimonio genético”; “**Art. 401.-** Se declara al Ecuador libre de cultivos y semillas transgénicas. Excepcionalmente, y sólo en caso de interés nacional debidamente fundamentado por la Presidencia de la República y aprobado por la Asamblea Nacional, se podrán introducir semillas y cultivos genéticamente modificados. El Estado regulará bajo estrictas normas de bioseguridad, el uso y el desarrollo de la biotecnología moderna y sus productos, así como su experimentación, uso y comercialización. Se prohíbe la aplicación de biotecnologías riesgosas o experimentales.”

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM) establece; “**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 (...); “**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 (...); “**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 (...); “**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 genere o fortalezca 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; (...); “**Art. 44.- Atribuciones del Superintendente.-** Son atribuciones y deberes del Superintendente, además de los determinados en esta Ley: (...) 2. Conocer y resolver de forma motivada los recursos que se interpusieren respecto de actos o resoluciones conforme lo previsto por esta Ley y su Reglamento”; “**Art. 68.- Recurso extraordinario de revisión.-** El Superintendente, los consumidores o los agentes de mercado que tengan un interés legítimo, podrá interponer recurso extraordinario de revisión, con el objeto de que el Superintendente pueda revisar los errores materiales, de hecho o de derecho existentes en los actos administrativos, aparición de pruebas o elementos posteriores o vicios existentes en los actos administrativos o resoluciones de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado (...); “**DISPOSICIONES GENERALES. Primera.- Jerarquía.-** La presente Ley tiene el carácter de orgánica y prevalecerá sobre las normas de inferior jerarquía. De conformidad con la Constitución de la República, se aplicará sistemáticamente con las demás normas del ordenamiento jurídico, en el orden jerárquico previsto en su artículo 425 (...) En lo no previsto en esta Ley se estará a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, Código de Procedimiento Penal, Código de Comercio, Código Civil, Código Penal, Ley Orgánica de Servicio Público y las demás leyes y regulaciones aplicables”.

La **Ley Orgánica de Agrobiodiversidad, Semillas y Fomento de Agricultura** en su articulado señala: “**Art. 6.- Lineamientos de política pública.** Para la producción sostenible y sustentable de la semilla se observarán los siguientes lineamientos: (...) producción nacional; n) Regular, controlar y supervisar la introducción de semilla y material vegetativo de diferentes especies, de conformidad con la Ley; o) Dictar medidas de control del uso ilegal de semillas y cultivos transgénicos; (...); “**Art. 13.- De las atribuciones de la Autoridad Agraria Nacional.** En materia de recursos fitogenéticos y semillas, serán atribuciones de la Autoridad Agraria Nacional las siguientes: (...) r) Autorizar la introducción de nuevas variedades comerciales de interés para el país en los casos en que considere necesario”. La Ley Orgánica del Régimen de la Soberanía Alimentaria, dispone: “**Artículo 26. Regulación de la biotecnología y sus productos.-** Se declara al Ecuador libre de cultivos y semillas transgénicas. Excepcionalmente y solo en caso de interés nacional debidamente fundamentado por la Presidencia de la República y aprobado por la Asamblea Nacional, se podrá introducir semillas y cultivos genéticamente modificados. El Estado regulará bajo estrictas normas de bioseguridad, el uso

y el desarrollo de la biotecnología moderna y sus productos, así como su experimentación, uso y comercialización. Se prohíbe la aplicación de biotecnologías riesgosas o experimentales (...).”

El **Código Orgánico Administrativo –COA-**, expone: “**Art. 16.- Principio de proporcionalidad.** Las decisiones administrativas se adecúan al fin previsto en el ordenamiento jurídico y se adoptan en un marco del justo equilibrio entre los diferentes intereses. No se limitará el ejercicio de los derechos de las personas a través de la imposición de cargas o gravámenes que resulten desmedidos, en relación con el objetivo previsto en el ordenamiento jurídico”.

OCTAVO.- ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA PRETENSIÓN.-

El Recurso Extraordinario de Revisión que se sustancia, fue admitido a trámite respecto de:

Presuntos errores de derecho por “violación a los artículos 22 de la LORCPM, y 82 y 226 de la Constitución de la República el Ecuador”; lo cual permite la delimitación del objeto impugnatorio por el operador económico BAYER AG., por tanto, se ha identificado el análisis propuesto en el análisis de las “violaciones” referidas.

Con la finalidad de desarrollar los elementos de análisis de esta delimitación, se parte por concretar qué debe entenderse por “error de derecho”. Así, la invocación de esta figura refiere a la equivocada apreciación que la administración alcanza de la norma jurídica, producto de lo cual se altera la voluntad administrativa al resolver sobre un asunto. El jurista, Víctor Vial del Río, señala: “[...] El error en concepto de la doctrina nacional ha sido definido como: “la falsa representación de la realidad determinada por la ignorancia, es decir, por no haber tenido la parte conocimiento de todas las circunstancias que influyen en el acto concertado, o por equivocación, es decir, por no haber valorado exactamente la influencia de dichas circunstancias”¹; criterio compartido por la doctora Joana María Socías Camacho, en su obra “Error material, error de hecho y error de derecho, concepto y mecanismos de corrección”, que respecto al error de derecho, manifiesta: “[...] La principal consecuencia de este tipo de error es que impide que el contenido del acto se acomode al ordenamiento jurídico, lo que origina un acto ilegal [...]”; bajo esta definición teórica, se analizan las argumentaciones del recurrente, conforme sigue:

a) Presunta violación al artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador:

“Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”

Respecto de esta figura y derecho, la Corte Constitucional entiende:

“[...] El concepto de la seguridad jurídica alude al conjunto de condiciones necesarias para anticipar las consecuencias jurídicas de la conducta personal y de la de terceros; que propuesto como principio constitucional, significa que el orden jurídico proscribe cualquier

i. ¹ Vial del Río, Víctor, Teoría General del Negocio Jurídico, Jurídica de Chile, 2003, N° 43

*práctica en el ejercicio del poder que conduzca a la incertidumbre, es decir, a la imposibilidad de anticipar o predecir las consecuencias jurídicas de la conducta; que no se trata de una regla susceptible de invocarse para valorar los actos de poder creadores de normas particulares, si son el resultado de facultades regladas. En efecto, si tales actos se apartan de lo ya establecido en la ley, habrá un problema de legalidad del acto en sí, sin que pueda decirse que está en juego la garantía constitucional de la seguridad jurídica, porque el conjunto de condiciones que la configuran no ha sido alterado [...]*²

De lo anterior, se entiende que el elemento primordial de la figura, aterrizada en la certeza del actuar de la autoridad, con la finalidad de prever una consecuencia jurídica irrestricta.

En esta línea, con base en ese análisis, el artículo 15 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que manda y permite a la SCPM las facultades de examen, regulación, control, intervención, y/o sanción, de ser el caso, de aquellas operaciones de concentración económica que estén obligadas a cumplir un procedimiento de notificación. Y, frente a un escenario de creación, modificación o reforzamiento del poder de mercado, el ente de control tiene facultades para imponer medidas o condiciones, u optar por denegar la operación de concentración, en procura del correcto funcionamiento del mercado y consecuentemente del bienestar común conforme el objeto de la LORCPM.

En la especie, la Intendencia de Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, previo al análisis correspondiente, y una vez definidos los mercados relevantes, emitió el Informe No. SCPM-ICC-025-2017 de 28 de abril de 2017, en el cual se señala:

“(...) Para el mercado de semillas se identificó que existe un número reducido de competidores internacionales y que la entrada de nuevos operadores a través de la importación de sus productos es ágil, así como que el valor del registro y certificación de las semillas no representa un alto costo para ellos. Sin embargo, para los productores locales de semillas el costo del registro y certificación sí representa una alta barrera de entrada puesto que su capacidad productiva y respaldo financiero no pueden cubrir ese valor.

De la misma manera, para el mercado de herbicidas se identificó que el ingreso de productos a este mercado depende de su registro y autorización frente a la autoridad competente. Y que dado el tamaño internacional de los operadores que participan en este mercado, el valor que implica la autorización no representa un alto costo para ellos [...]”

Con esa base, si bien por las observaciones que el órgano técnico realiza sobre la operación y el mercado en que recae, la Comisión de Resolución de Primera Instancia en uso de sus competencias y facultades resolvió Subordinar la operación de concentración económica al cumplimiento de una condición, condicionamiento que es objeto de revisión impugnatoria, así es necesario referir que el artículo 21 del Reglamento para la aplicación de la LORCPM, dispone con claridad y establece que,

² C.C.E.- Sentencia No. 249-2001 dictada en el proceso de casación No. 44-2001

de haberse subordinado la concentración de la condición impuesta debe adoptarse por un término máximo de noventa (90) días. Del análisis del condicionamiento impuesto se observa que el mismo no prevé la determinación de temporalidad de su cumplimiento, es decir no determina el momento en el que se debe efectivamente cumplir o declarar su incumplimiento definitivo; haciendo que, el administrado esté atado a una evidente incertidumbre, pues se entendería que la condición es infinita y a perpetuidad; lo cual, es objeto de atención de esta autoridad. Por otro lado, sin perjuicio de que se puede establecer un control de vigilancia, seguimiento o reporte del cumplimiento de la condición u obligación, se precisa que, por certidumbre de la situación jurídica de los administrados, las condiciones deben estar previstas a cumplirse dentro de un determinado espacio de tiempo.

En razón de lo expuesto, siendo percibible que la ausencia de un marco temporal para el cumplimiento de lo ordenado por la administración, somete la obligación a una perpetuidad no fundamentada; lo cual se configura en una falencia formal del condicionamiento que desemboca en un error de derecho, en la inobservancia del artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador por parte de la Comisión de Resolución de Primera Instancia en los actos administrativos materia de impugnación, al crear una esfera de inseguridad jurídica respecto del cumplimiento de la decisión administrativa que inobserva el principio del plazo razonable.

b) Presunta violación al artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador:

El recurrente manifiesta:

“[...] 1. La Comisión de Resolución de Primera Instancia se excedió en sus atribuciones legales al inobservar el estándar sustantivo que delimita su intervención en las operaciones de concentración económica.

2. La Comisión de Resolución de Primera Instancia, al inobservar el estándar sustantivo que delimita su intervención en las operaciones de concentración económica, violó el principio constitucional de juridicidad, materializado en la obligación constitucional de ejercer las potestades estatales solamente en la medida de las competencias asignadas.

3. La Comisión de Resolución de Primera Instancia, al no establecer un límite temporal a su “condición”, violó el derecho constitucional de Bayer AG a la seguridad jurídica. [...]”

Frente a lo cual, esta autoridad puede encausar la violación alegada, con efecto derivativo, en este orden de ideas: **a)** La administración no delimita su intervención; **b)** La administración debe atarse irrestrictamente a sus potestades; y, **c)** La administración viola la seguridad jurídica al no delimitar el marco temporal de lo que resuelve y dispone.

Con ello, es necesario referir que entre las potestades y competencias legales de la SCPM constan las ejercidas *ex ante* en las operaciones de control de concentraciones económicas, frente a las cuales la administración tiene la atribución de autorizarlas, subordinarlas o denegarlas; en el caso en concreto la facultad de la administración está en autorizar la operación de concentración ligada al cumplimiento de determinados condicionamientos, que a criterio de la administración, protejan la competencias y mantengan el equilibrio en el mercado.

Sin perjuicio de lo indicado, se observa que la alegación del error material de derecho por la vulneración del artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador, refiere y se funda en la falta del establecimiento del espacio temporal para la ejecución eficaz de la condición, o dicho en otras palabras, la falta de aplicación del principio del plazo razonable, hecho que ha sido analizado en el literal anterior, en el cual esta autoridad ha analizado la inobservancia del establecimiento de la temporalidad por parte de la CRPI.

Así mismo, es de notar que, el condicionamiento tiene como objeto: “(...) *semillas y productos transgénicos así como la aplicación de biotecnologías riesgosas y experimentales* (...)”; materia que se encuentra debidamente regulada en la Ley Orgánica del Régimen de Soberanía Alimentaria, en la cual el órgano rector es el Sistema de Soberanía Alimentaria; si bien la condición impuesta conlleva las actividades desarrolladas dentro de los eslabones de la cadena productiva de producción, comercialización, etc., que son de competencia propia del régimen de competencia, se debe considerar que la naturaleza de la condición se encuentra bajo el control del Régimen de Soberanía Alimentaria; en este contexto se observa que la CRPI al haber establecido un condicionamiento que inobserva el principio del plazo razonable y por la naturaleza del producto materia de la condición, excedió el marco de sus competencias y facultades.

c) Presunta violación al artículo 22 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado:

Respecto al presunto error configurado por la inobservancia del artículo 22 de la LORCPM³, se determina que dentro del análisis del acto impugnado, se encuentra la aplicación de los criterios determinados en dicha norma; empero, la decisión administrativa resulta inconsecuente con el resultado de la investigación de la Intendencia Nacional, lo cual conlleva a que, el condicionamiento dispuesto deba ser encausado conforme los fines de lo resuelto por el órgano investigativo, pero respetando el factor de temporalidad para no generar inseguridad jurídica de lo ordenado.

Adicionalmente es de notar que, el condicionamiento es: “(...) **Condición .- PROHIBIR** la producción, introducción y comercialización de semillas y productos transgénicos así como la aplicación de biotecnologías riesgosas y experimentales ; y el uso desarrollo y experimentación de

³ LORCPM.- “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 genere o fortalezca 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.”

biotecnologías modernas y sus productos siempre que no cuenten con la correspondiente regulación estatal, a fin de precautelar el patrimonio genético y el ingreso de organismos genéticamente modificados al Ecuador (...)"; se debe verificar la eficacia de dicha condición teniendo en consideración que el artículo 401 de la Norma Constitucional declara al Ecuador como un país "*(...) libre de cultivos y semillas transgénicas (...)*". Por lo tanto, se observa que la condición está enmarcada dentro de la prohibición constitucional a la que se encuentran sometidas todas las personas naturales y jurídicas, públicas y privadas, entre las que se encuentran los operadores económicos, en este contexto se establecería que la condición impuesta ya constituye una prohibición de rango constitucional y legal.

DÉCIMO.- ANÁLISIS DE LA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN.- Como se ha verificado en la constancia procesal, la concentración económica se ha efectuado bajo los siguientes antecedentes, detallados en el informe aportado al presente expediente administrativo:

- El 10 de noviembre de 2016, ingresó a la Secretaría General de la SCPM, la solicitud de autorización de la operación de concentración económica, sujeta al procedimiento obligatorio de notificación previa, consistente en la adquisición de Monsanto Corporation (en adelante Monsanto), por parte de Bayer AG, a través de la fusión de la primera con la compañía KWA Investment Co., filial de propiedad indirecta de Bayer AG, siendo Monsanto la entidad sobreviviente de la fusión, según lo dispuesto en la Ley General de Sociedades del Estado de Delaware, Estados Unidos. Una vez que se completó la transacción Monsanto y todas sus filiales (incluyendo las de Ecuador) pasaron a formar parte de Bayer AG.
- En el Informe No. SCPM-ICC-025-2017 (en adelante el INFORME) de 28 de abril de 2017, mediante análisis cualitativo y recopilación de experiencia internacional se determinaron los siguientes mercados relevantes donde existían coincidencias de productos ofrecidos en Ecuador por parte de Monsanto y Bayer AG: Mercado Relevante 1: Herbicidas No Selectivos Post Emergentes. Mercado Relevante 2: Semillas de Tomate. Mercado Relevante 3: Semillas de Sandía.
- Si bien no se identificó preocupaciones en materia de competencia a lo largo del INFORME, se tomó en consideración aspectos concernientes al interés público.
- Es así que el 15 de junio de 2017, se subordinó la concentración y el 19 del mismo mes y año se realizó una rectificación.
- Con Resolución de 16 de octubre de 2017 a las 09h00, la Comisión de Resolución de Primera Instancia resolvió: "**1. Aprobar** el documento de acuerdo de compromiso presentado por el operador económico Bayer A.G. a través de su apoderado especial Diego Pérez Ordóñez conforme a la diligencia e Autenticación de firmas realizada con fecha 26 de septiembre de 2017 en la Notaria Segunda del cantón Quito. **2. Autorizar** la concentración económica entre los operadores económicos Bayer A.G., y el operador económico Monsanto Company (...)".
- A la presente fecha el operador económico ha dado cumplimiento a lo señalado por la CRPI, esto conforme la información proporcionada por la INICCE.

Ahora bien, conforme el tiempo transcurrido, es evidente para esta autoridad dos aspectos determinantes para la toma de la presente decisión:

- La operación de concentración económica se ha producido y ha surtido efectos jurídicos.
- Conforme lo señalado en la audiencia pública de 14 de septiembre 2020, la pretensión se resume en:

“[...] Se dé de baja y se deje sin efecto la condición impuesta al adquirente Bayer AG, en la adquisición en Ecuador, en este caso de ciertos segmentos del negocio de Monsanto [...]” - Diego Pérez Ordóñez: minuto 4.22.

“[...] nos reafirmamos en nuestro pedido de que se deje insubsistente la condición del modo más rápido posible [...]” - Diego Pérez Ordóñez: minuto 6.8

En razón de la pretensión, encontrándose que el recurrente en su escrito que complementa el recurso, encausa su petición: **a.** La observancia al límite de intervención conforme sus atribuciones legales en las operaciones de concentración económica; y, **b)** La violación a la seguridad jurídica al no establecerse un límite temporal a la condición impuesta; y, amparados en el criterio técnico de la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas, que en definitiva señala el nulo riesgo de afectación a la competencia, esta autoridad considera que el condicionamiento objeto de análisis no cuenta con un espacio temporal de cumplimiento.

DÉCIMO PRIMERO.- Por todo lo expuesto, amparado en las disposiciones establecidas en los artículos 75, 76 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador, artículo 44, numeral 2, y el artículo 68 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad, al verificarse que los actos administrativos objeto de análisis han causado efectos jurídicos a favor del administrado, como lo es la ejecución de la Operación de la Concentración Económica, **RESUELVE:**

1.- NEGAR la pretensión constante en el Recurso Extraordinario de Revisión, presentado por el operador económico Bayer Aktiengesellschaft (“BAYER AG”), interpuesto a través de su Apoderado Especial, abogado Mario Andrés Navarrete Serrano, mediante escrito y anexo ingresados en la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 11 de junio de 2020, a las 17h04, con número de trámite ID. 162849, y su complementación ingresada en la Secretaría General de esta entidad, el 12 de junio de 2020, a las 16h44, con número de trámite ID. 162956, respecto de la revocatoria de las actuaciones de 15 y 19 de junio de 2017, por cuanto existen efectos jurídicos a favor del administrado.-

2.- En consideración al análisis efectuado, por observarse que el condicionamiento impuesto en los actos administrativos impugnados no se atiene al principio constitucional de seguridad jurídica, al no contar con un espacio temporal de cumplimiento para el administrado, téngase por CUMPLIDO y CONCLUIDO el mismo.

3.- El operador económico Bayer Aktiengesellschaft BAYER A.G., esté a lo mandado y permitido en la Constitución de la República del Ecuador, artículos 15, 73, 281, 401; en la Ley Orgánica de Agrobiodiversidad, Semillas y Fomento de Agricultura, artículo 26; en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en particular el artículo 27, numeral 9; y, demás normativa concordante con la materia.

4.- En todo lo no tratado en la presente resolución, se estará a lo resuelto en las resoluciones de 15 de junio de 2017 a las 16h57 y 19 de junio de 2017 a las 10h00, en concordancia con la resolución de 16 de octubre de 2017 a las 09h00, respecto a la autorización de concentración económica entre los operadores económicos Bayer Aktiengesellschaft BAYER A.G. y MONSANTO COMPANY.

5.- Remítase el presente acto administrativo al Ministerio de Agricultura y Ganadería –MAG-; y, la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria -ARCSA-; a fin de que dentro del ámbito de sus competencias, de encontrarlo oportuno, realicen las actividades a las que hubiere lugar.

DÉCIMO SEGUNDO.- De conformidad con el segundo inciso del artículo 164 del Código Orgánico Administrativo en concordancia con el artículo 66 del Código Orgánico General de Procesos, y con la Disposición General Segunda de la Resolución SCPM-DS-2020-026 de 03 de julio de 2020, que determina: *“Para notificaciones se priorizará el uso de los correos electrónicos señalados por los operadores económicos. Los órganos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, instarán a los operadores económicos y a los ciudadanos en general a señalar correos electrónicos para notificaciones”*, puesto que esta autoridad mediante Resolución No. SCPM-DS-2020-13 de 13 de marzo de 2020 ha resuelto: *“(…) Adoptar y autorizar la implementación del teletrabajo emergente en la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (...)”*; y, en consideración que el riesgo de contagio de COVID 19 es latente, con el objeto de evitar riesgos en la salud de las personas que intervienen en la tramitación de este expediente administrativo, notifíquese con la presente providencia: **i.** Operador económico, Bayer Aktiengesellschaft (“Bayer AG”), en los correos electrónicos dperez@pbplaw.com ; mnavarrete@pbplaw.com y arubio@pbplaw.com **ii.** Comisión de Resolución de Primera Instancia para conocimiento. **iii.-** Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas.

DÉCIMO TERCERO.- Continúe en calidad de Secretaria Ad-hoc la doctora Naraya Tobar.-
CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.



Firmado electrónicamente por:
**DANILO IVANOB
SYLVA PAZMIÑO**

Dr. Danilo Sylva Pazmiño

SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO



Firmado electrónicamente por:
**ELSA NARAYA
TOBAR MIER**

Dra. Naraya Tobar
SECRETARIA AD-HOC