

**Expediente No. SCPM-CRPI-2015-026**

**SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISION DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.-** Quito 08 de julio de 2015, a las 11h25.- **VISTOS:** El Superintendente de Control del Poder del Mercado designó al abogado Juan Emilio Montero Ramírez, Presidente de la Comisión, al doctor Agapito Valdez Quiñonez Comisionado; y, al doctor Marcelo Ortega Rodríguez Comisionado, mediante los actos administrativos correspondientes. En lo principal por corresponder al estado procesal del expediente el resolver, para hacerlo se considera:

**PRIMERO.- COMPETENCIA.-** La Comisión de Resolución de Primera Instancia 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.-** La señora Elsa Lily Villacís Batallas, en calidad de Gerente General y representante legal de la compañía Bayer S.A. y el señor Diego Pérez Ordóñez en calidad de abogado patrocinador, presentaron el 09 de octubre de 2014, las 11h21, ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado la Notificación de concentración económica, en observancia de lo previsto en el artículo 14 literal b) de la LORCPM.

**3.2.-** La economista Cumandá Almeida, ex Intendente de Control de Concentraciones, mediante providencia de 6 de enero de 2015, dispuso que se remita a esta Comisión el informe final Nro. SCPM-ICC001-2015. ✱

**3.3.-** Mediante providencia de 10 de febrero de 2015 esta Comisión dispuso el inicio del procedimiento de operación de concentración económica no notificada y el 18 de febrero de 2015 la Intendencia de Control de Concentraciones requirió justificaciones a Bayer del Ecuador S.A. Por haber notificado erróneamente la operación de concentración económica.

**3.4.-** El 27 de febrero de 2015 el operador económico Bayer del Ecuador S.A. presentó las justificaciones requeridas y mediante providencia de 7 de abril de 2015 la Intendencia de Control de Concentraciones le dispuso al operador económico remitir la confirmación de pago de la tasa por análisis y estudio de las operaciones de concentración económica.

**3.5.-** La Intendencia de Control de Concentraciones mediante providencia de 17 de abril de 2015 avocó conocimiento de la notificación obligatoria de concentración económica que fue completada por el operador económico Bayer del Ecuador S.A. el 13 de abril de 2015.

**3.6.-** La Intendencia de Control de Concentraciones mediante memorando SCPM-ICC-127-2015-M de 27 de mayo de 2015 remitió a esta Comisión el Informe Nro. SCPM-ICC-026-2015, sobre la notificación de concentración económica ingresada a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 13 de abril de 2015, notificada por Bayer S.A.

**3.7.-** Esta Comisión mediante providencia de 3 de junio de 2015, a las 11h05, avocó conocimiento del presente trámite de concentración económica, notificada por el operador económico Bayer S.A.

#### **CUARTO.- ALEGACIONES FORMULADAS POR EL OPERADOR ECONÓMICO Y POR LA INTENDENCIA DE CONTROL DE CONCENTRACIONES.-**

##### **4.1.- Alegaciones formuladas por el operador económico *BAYER S.A.*-**

La señora Elsa Lily Villacis Batallas, en calidad de Gerente General y representante legal de la compañía Bayer S.A. y el señor Diego Pérez Ordóñez en calidad de abogado patrocinador, presentaron ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado la Notificación de concentración económica, en observancia de lo previsto en el artículo 14 literal b) de la LORCPM, manifestando entre otros puntos, que:

4.1.1. En relación a la operación de concentración económica esta “[...] *comprende a las divisiones de cuidados al consumidor (Consumer Care) de Bayer AG (Bayer) y Merck & Co. Inc. (Merck). La operación de concentración tendrá lugar dentro del segmento de cuidados al consumidos (Consumer Care). Este*

*segmento está compuesto por productos destinados al bienestar general de las personas [...]”.*

- 4.1.2. En relación al mercado relevante involucrado en la operación económica: *“Esta concentración involucra exclusivamente los productos que pertenecen al segmento de cuidados al consumidor (Consumer Care). El segmento de cuidados al consumidor (Consumer Care) está compuesto por productos destinados al bienestar general de las personas, lo que incluye algunos productos farmacéuticos que no requieren de receta médica. El mercado de Cuidados al consumidor (Consumer Care) incluye productos tales como suplementos dietéticos y nutritivos [...]”.*
- 4.1.3. Añaden en relación al volumen de negocios de los partícipes de la operación: *“BCC Ecuador: USD 30’054.071,49. Ventas totales de Bayer Health Care en el mercado ecuatoriano: USD71.620.018,07. Ventas totales ed Bayer S.A. en el mercado ecuatoriano: USD 104’975.180,43. Ventas de Bayer nivel Global: USD 55.380’519.000 [...]”.*
- 4.1.4. Adicionalmente, en relación a la existencia de barreras de entrada: económicas y legales, los notificantes, han manifestado que: *“No existen barreras significativas para la entrada dentro del segmento de cuidados al consumidos (Consumer Care). No existe requisito de una producción local. La investigación y desarrollo así como las patentes desempeñan un papel mucho menos significativo que en muchos otros segmentos farmacéuticos. [...]”.*

#### **4.2.- Alegaciones formuladas por la Intendencia de Control de Concentraciones contenidas en el “Informe SCPM-ICC-022-2015”.-**

En el análisis técnico realizado en el Informe SCPM-ICC-022-2015 de la Intendencia de Control de Concentraciones y remitido a esta Comisión se establece que:

- 4.2.1. En relación a la descripción de la concentración económica notificada esta se realizará *“[...] entre los operadores económicos Bayer AG y Merck & Co. Inc., estas compañías forman parte de los grupos económicos que operan mundialmente en el sector de medicamentos (principalmente) mediante compañías afiliadas y subsidiarias. En Ecuador el grupo Bayer solo opera a través de Bayer S.A., su única empresa subsidiaria. A la par, Merck & Co. Inc. tiene presencia en Ecuador a través de las siguientes empresas subsidiarias de su grupo económico: Schering Plough del Ecuador S.A., Essexfarm S.A., Intervet Ecuador S.A. y Merck Sharp & Dohme (I.A.) Corporation. ✦*

*La operación de concentración consiste en la adquisición exclusiva por parte de Bayer S.A. de la línea de negocios Consumer Care del operador Merck & Co. Inc., esta transacción tendrá efectos a nivel mundial, sin embargo, en el Ecuador, únicamente Schering Plough del Ecuador S.A. estará involucrada en la transacción. [...]*

- 4.2.2. Respecto de la determinación del volumen de negocios se precisa que: *“[...] calculado con base en los ingresos que obtuvieron en el último periodo fiscal (2014) Bayer S.A. y Shering Plough del Ecuador S.A., reportados por los propios notificantes, se puede sintetizar [...] Bayer S.A. 112.000.000 Shering Plough del Ecuador S.A. 8.600.000. Total 120.600.000. De esta forma se puede establecer que el volumen de negocios, conforme el último periodo fiscal, de la operación supera los 200.000 RBU [...]*”.
- 4.2.3. En cumplimiento de lo determinado en el artículo 5 de la LORCPM, relativo al mercado relevante, *“[...] Del análisis se desprende que los mercados donde existe una concentración horizontal es el mercado de Antimicóticos, dermatológicos y multivitaminas con minerales y éstos constituyen mercados relevantes separados. En cuanto el mercado geográfico se definió que está conformado por el total del territorio nacional”*.
- 4.2.4. En atención a lo previsto en el artículo 22, numeral 1 de la LORCPM, sobre *“El estado de situación de la competencia en el mercado relevante”* se menciona que: *“Los dos mercados relevantes previamente definidos tienen una moderada concentración de mercado, la operación no aumentará significativamente la concentración, ni reforzará posiciones de dominio dentro del mercado, por lo cual se descarta posibles efectos unilaterales que perjudique a los oferentes o demandantes”*.
- 4.2.5. En relación a lo previsto en el artículo 22, numeral 4 de la LORCPM, sobre *“la circunstancia de si a partir de la concentración se generare o fortaleciere el poder de mercado o se produjere una sensible disminución, distorsión y obstaculización, claramente previsible o comprobada, de la libre concurrencia de los operadores económicos y/o la competencia”* la ICC precisa que: *“No existen barreras de entrada significativas que puedan impedir el ingreso de nuevos operadores, es por ello que se puede considerar que las empresas que ingresen al mercado puedan ser competidores que disuadan cualquier práctica anticompetitiva.”*

4.2.6. Adicionalmente, en observancia de lo previsto en el artículo 22, numeral 5 de la LORCPM, sobre *“La contribución que la concentración pudiere aportar [...]”* se concluye que *“Las partes involucradas en la operación de concentración analizada no han justificado sustentado eficiencias económicas que se pueden generar por la operación de concentración”*.

## **QUINTO.- FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO.-**

### **5.1. Fundamentos de hecho.**

La señora Elsa Lily Villacis Batallas, en calidad de Gerente General y representante legal de la compañía Bayer S.A. y el señor Diego Pérez Ordóñez en calidad de abogado patrocinador, presentaron ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado la Notificación de concentración económica, en observancia de lo previsto en el artículo 14 literal b) de la LORCPM, manifestando, entre otros puntos, que en relación a la operación de concentración económica esta *“[...] comprende a las divisiones de cuidados al consumidor (Consumer Care) de Bayer AG (Bayer) y Merck & Co. Inc. (Merck=.* La operación de concentración tendrá lugar dentro del segmento de cuidados al consumidos (Consumer Care). Este segmento está compuesto por productos destinados al bienestar general de las personas [...]”.

### **5.2. Fundamentos de derecho.**

#### **5.2.1. 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.”*

#### **5.2.2.- Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.**

**Art. 1.-** que establece entre 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.

**Artículos.- 14 literal b), 15 y 16 literal a),** por lo que la operación 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:*

- a) *Autorizar la operación;*
- b) *Subordinar el acto al cumplimiento de las condiciones que la misma Superintendencia establezca; o,*
- c) *Denegar la autorización. [...]*”.

### **5.2.3.- Reglamento de Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.-**

**Art. 17.- Notificación obligatoria de concentración económica.-** “*Las operaciones de concentración que requieran de autorización previa según la Ley y este Reglamento, deberán ser notificadas a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, para su examen previo, en el plazo de ocho (8) días contados a partir de la fecha de la conclusión del acuerdo que dará lugar al cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos de conformidad con el artículo 14 de la Ley.*

*A estos efectos, se considerará que existe conclusión de acuerdo en los siguientes casos:*

- a) *En el caso de la fusión entre empresas u operadores económicos, desde que la junta general de accionistas o socios de al menos uno de los partícipes, o el órgano competente de conformidad con el estatuto correspondiente, hubieren acordado llevar a efecto la operación de fusión. [...]*”.

### **SEXTO.- CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS.-**

De la revisión realizada por la Intendencia de Control de Concentraciones y del análisis documental efectuado por esta Comisión se advierte que la notificación de

concentración económica realizada por el operador económico BAYER S.A. es obligatoria, en observancia de lo previsto en el literal a) del artículo 16 de la LORCPM, considerando que el volumen de negocios, conforme al último periodo fiscal de la operación supera los 200.000 RBU establecidas en la Resolución No. 002 de la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

Otro criterio a considerar para tomar la decisión es el relacionado con el numeral 1 del artículo 22 de la LORCPM, en relación al “*estado de situación de la competencia en el mercado relevante*”, por cuanto “*Los dos mercados relevantes previamente definidos tienen una moderada concentración de mercado, la operación no aumentará significativamente la concentración, ni reforzará posiciones de dominio dentro del mercado, por lo cual se descarta posibles efectos unilaterales que perjudique a los oferentes o demandantes*”.

Finalmente, otro criterio de decisión se relaciona con lo previsto en el numeral 4 del artículo 22 de la LORCPM, en relación a “*la circunstancia de si a partir de la concentración se genere o fortalezca el poder de mercado o se produjere una sensible disminución, distorsión y obstaculización, claramente previsible o comprobada, de la libre concurrencia de los operadores económicos y/o la competencia*”, por cuanto la ICC precisa que: “*No existen barreras de entrada significativas que puedan impedir el ingreso de nuevos operadores, es por ello que se puede considerar que las empresas que ingresen al mercado puedan ser competidores que disuadan cualquier práctica anticompetitiva.*”.

**SÉPTIMO.- 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. Acoger la recomendación formulada por la Intendencia de Control de Concentraciones contenida en el Informe SCPM-ICC-026-2015 que fue remitido a esta Comisión mediante memorando SCPM-ICC-127-2015-M de 27 de mayo de 2015.
2. **Autorizar** la operación de concentración económica notificada obligatoriamente por el operador económico BAYER S.A., consistente en “[...] *la adquisición exclusiva por parte de Bayer S.A. de la línea de negocios Consumer Care del operador Merck & Co. Inc. [...]*”.
3. Notifíquese la presente Resolución a la Intendencia de Control de Concentraciones y al operador económico BAYER S.A. en la casilla judicial Nro. 5 del Palacio de Justicia de la ciudad de Quito. ✦

4. Actúe en calidad de Secretario Ad-hoc de esta Comisión el abogado Christian Torres Tierra.- **NOTIFIQUESE y CUMPLASE.**-#



Ab. Juan Emilio Montero Ramírez  
**PRESIDENTE CRPI**



Dr. Agapito Valdez Quimonez  
**COMISIONADO**



Dr. Marcelo Ortega Rodríguez  
**COMISIONADO**