

EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-0033-2018

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- Quito, D.M. 17 de agosto de 2018, a las 08h57.-**VISTOS:** El Superintendente de Control del Poder de 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, mediante los actos administrativos correspondientes, por corresponder al estado procesal del expediente el resolver, la Comisión de Resolución de Primera Instancia para hacerlo se considera:

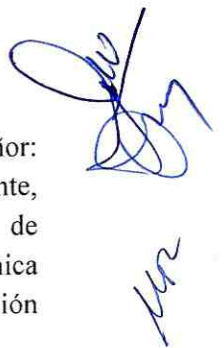
PRIMERO.- COMPETENCIA.- La Comisión de Resolución de Primera Instancia Mercado (o en adelante CRPI) es competente para autorizar, denegar o subordinar la operación de concentración económica previo el cumplimiento de las condiciones legales, conforme lo señalado en el artículo 21 de la Ley Orgánica de 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 (o en RLORCPM), 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 declare que haya influido en el presente expediente por lo que se declara expresamente su validez.

TERCERO.- ANTECEDENTES.-

3.1.- El operador económico TOTAL PRODUCE PLC., representada legalmente por el señor: Frank Davis, y como apoderados especiales en Ecuador, el doctor José Rafael Bustamante, ingresaron el 09 de febrero de 2018, ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (o en adelante SCPM), la notificación de operación de concentración económica obligatoria, misma que está obligada a cumplir con el proceso de control y regulación económica dispuesto en el artículo 15 de la LORCPM.

La operación de concentración económica que se analiza está sujeta al procedimiento obligatorio de notificación previa de acuerdo al artículo 16 de la LORCPM. Esta operación consiste en la adquisición del 45% de acciones que posee el señor David H. Murdock en DFC HOLDINGS, LLC (Dole) por parte del operador económico TOTAL PRODUCE PLC a través de su subsidiaria TOTAL PRODUCE USA HOLDINGS INC, por medio de un



contrato de compra venta de acciones que contempla la posibilidad de que el comprador pueda adquirir posteriormente en una segunda etapa del contrato hasta el 6% de acciones adicionales de la compañía DFC HOLDINGS, LLC y en una tercera etapa hasta el 100% del paquete accionario de la compañía DFC HOLDINGS, LLC.

TOTAL PRODUCE PLC (ADQUIRIENTE) es una compañía constituida en la República de Irlanda, la cual se dedica a la provisión de vegetales y frutas opera en 26 países, con 138 centros de operación a nivel mundial (ninguno en Ecuador). DFC HOLDINGS, LLC- DOLE (ADQUIRIDO), constituida bajo las leyes de los Estados Unidos es una empresa multinacional de fruta con su sede en Westlake Village, California. La empresa adquiere frutas y vegetales en varios países de América Latina. La cual tiene presencia en más de 90 países y en Ecuador operara por medio de 28 subsidiarias.

3.2.- La economista Francis Gaona Reyes, Intendente de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, Intendente Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, en la actualidad remite a esta Comisión, el memorando SCPM-ICC-0156-2018-M de fecha 20 de junio de 2018, en el que realiza la Entrega del Expediente Digital No. SCPM-ICC-0005-2018 e Informe No. SCPM-ICC-0025-2018-I, de 20 de junio de 2018.

3.3.- La CRPI., mediante providencia de 25 de junio del 2018, avocó conocimiento del informe SCPM-ICC-0025-2018-I de 20 de junio de 2018, relacionada con la notificación obligatoria de concentración económica presentada por el operador económico TOTAL PRODUCE PLC., por la adquisición del 45% de acciones que posee el señor David H. Murdock en DFC HOLDINGS, LLC (Dole) por parte del operador económico TOTAL PRODUCE PLC a través de su subsidiaria TOTAL PRODUCE USA HOLDINGS INC., en el que en lo principal refiere: “(...) **1) AVOCAR CONOCIMIENTO** del Informe No. SCPM-ICC-025-2018-I de 20 de junio de 2018, relacionado con la notificación de concentración económica obligatoria notificada por Dr. José Rafael Bustamante en calidad de Apoderado Especial del operador económico TOTAL PRODUCE PLC. **2) Signar el presente expediente administrativo con el número de trámite SCPM-CRPI-0033-2018.** **3) Incorporar como parte del presente expediente el INFORME SCPM-ICC-0025-2018-I de 20 de junio de 2018, así como el memorando SCPM-ICC-0156-2018-M de 20 de junio de 2018, emitido por la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas (...)**”

3.4.- La Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, en la actualidad, Intendencia Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, a través de la economista Francis Gaona Reyes, en su Informe No. SCPM-ICC-0025-2018-I de 20 de junio de 2018, recomienda: “(...) *autorice la operación de concentración económica notificada por el operador económico Total Produce PLC, de*

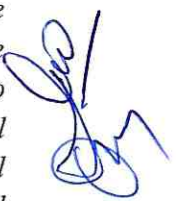
conformidad con el artículo 21 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.”

CUARTO.- ALEGACIONES FORMULADAS POR EL OPERADOR ECONÓMICO Y POR LA INTENDENCIA DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE CONCENTRACIONES ECONÓMICAS.-

4.1.- Alegaciones formuladas por el operador económico TOTAL PRODUCE PLC.

El operador económico TOTAL PRODUCE PLC., representada legalmente por el señor: Frank Davis, y como apoderados especiales en Ecuador, el doctor José Rafael Bustamante, ingresaron el 09 de febrero de 2018, a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado la notificación de operación de concentración económica obligatoria, en observancia de lo previsto en el literal c) del artículo 14 de la LORCPM, manifestando entre otros puntos que:

4.1.1. En relación a la operación de concentración económica: “(...) El 1 de febrero del 2018 TOTAL PRODUCE PLC a través de su subsidiaria de propiedad absoluta, TOTAL PRODUCE USA HOLDINGS INC, entró en acuerdo vinculante para la compraventa de acciones a fin de adquirir del Sr. David H. Muurdock, una participación accionaria de 45% de DFC HOLDINGS, LLC a cambio de un precio en efectivo de US\$ 300,000,000.00 (tres millones de dólares de los Estados Unidos de América) (en adelante la “Transacción”) “El Contrato de Compraventa de Acciones ha sido como Anexo 1 al presente formulario. Las estructuras corporativas de TOTAL PRODUCE y DFC HOLDINGS, LLC (...)” “(...) La transacción será implementada a través de la adquisición de una participación accionaria de 45% de DFC HOLDINGS LLC (“Dole”) dando como resultado un cambio de control de conformidad con lo establecido en el Artículo 14, literal c de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado (...)” “Dicho cambio de control no afectará la posición de la Compañía en el mercado relevante, dado que Total Produce no tiene operaciones materiales en el Ecuador ni tampoco presencia en el mercado ecuatoriano a través de subsidiarias.” De conformidad con los términos del acuerdo, Total Produce adquirirá del Sr. David H. Muurdock una participación del 45% en Dole por una contraprestación en efectivo de \$300,000,00.00 (...)” Adicionalmente, y en cualquier momento a partir de la finalización del Primer Tramo, Total Produce tendrá del derecho, mas no la obligación, de adquirir (en uno o varios tramos del 1%) hasta una participación adicional del 6% de acciones de Dole (el “segundo Tramo”). Actualmente, Total Produce no tiene intención de ejercer la opción de adquirir el Segundo Tramo. En el caso de que Total Produce ejercite su derecho de adquirir una participación adicional del 6% la contraprestación por la participación total del 51% será de US\$ 312,000,000,00 (...)” Una vez cumplido el segundo aniversario del Primer tramo, Total Produce



tiene el derecho, pero no la obligación, de adquirir el remanente de acciones de Dole (el "Tercer Tramo"), en el cual la contraprestación para el Tercer Tramo deberá ser calculado en base a 9x el promedio histórico de tres años del EBITDA Ajustado de Dole menos la deuda neta. Sin embargo, en ningún caso la contraprestación del Tercer Tramo podrá resultar en precio menos a US\$ 250,000,000.00 (...)" "La contraprestación del Tercer tramo será pagadera en dinero en efectivo, o si las partes llegan a un mutuo acuerdo, en acciones de Total Produce." "A partir del quinto aniversario de la finalización de la Transacción, en caso de que Total Produce no haya ejercitado su derecho de adquirir el 100% de participación accionarial en Dole, se permitirá que el Sr. Mudock realiza en proceso para comercializar y vender el 100% de acciones de Dole." "Posteriormente al cierre de la Transacción, Total Produce y el Sr. David H. Murdock tendrán derechos de gobierno equilibrados con respecto a Dole." " Total Produce no tiene subsidiarias en el Ecuador (...)" " La estructura de la propiedad y del control de los operadores económicos participantes tras la realización de la operación (...)" "Los bienes o servicios que se prevé comercializar posteriormente a la operación de concentración:" " Los bienes que serán comercializados en Ecuador posterior a la operación de concentración, contarán (sic) siendo bananas, piña, plátano verde, mangos y productos agrícolas incluyendo fertilizantes y materiales de empaque. Los servicios que se ofrecerán posterior a la operación de concentración, continuarán siendo servicios logísticos para la agricultura, servicios portuarios y de carga."

- 4.1.2. En relación a la determinación del mercado relevante se precisa que: *"(...) En virtud de las partes, frutas y vegetales frescos son apropiadamente atribuibles a un mercado relevante. Esto se debe al hecho de que los competidores en la producción y comercialización de frutas y vegetales frescos están activos en ambos segmentos y que la logística y el transporte a menudo no se diferencian con respecto a las frutas y vegetales como tales (...)"*
- 4.1.3. Añaden, en cuanto al volumen de negocios de los partícipes: *"(...) A nivel de consolidados, TOTAL PRODUCE USA HOLDINGS INC, a diciembre dl año 2016 tuvo ventas totales de € 3.762,405,000 (...)" A nivel consolidado, los estados financieros consolidados el año 2017 de DFC HOLDINGS, LLC, revelan que Dole Food Company Inc. tuvo ventas totales de USD\$ 4,403,879,000 (...)" A nivel consolidado, para el año 2017 UNIÓN DE BANANEROS ECUATORIANOS S.A. UBESA tuvo ventas totales de US\$289,128,814.00 (...)" "A Nivel consolidado, las demás subsidiarias de Dole en Ecuador tuvieron un monto de ventas consolidado de US\$136,830,324,00 (...)"*
- 4.1.4. En relación a las cuotas de participación en el mercado relevante de cada uno de los partícipes en la operación de concentración refiere: *"(...) Frutas y Vegetales Frescos (...) las partes afirman las frutas y los vegetales frescos son atribuibles adecuadamente"*

como un mercado relevante (...)” Dole compra tanto bananas como piñas en Ecuador, como parte de su competencia global con otros proveedores de frutas y vegetales frescos.” “Bananas “Si se analiza de manera delimitada, Dole refleja US \$ 38,547,122 en ventas locales de banana, orito, plátanos rojos y plátanos verde a través de Ubesa en Ecuador (...)” “(...) Dole considera que sus ventas de bananas en Ecuador constituyen menos del 10% de las bananas vendidas en Ecuador (...)” “(...) Dole estima que la participación en las ventas de bananas exportadas desde el Ecuador es aproximadamente: Dole (Ubesa) -12% . Chiquita -7% . PimaDonna -6% . Favorita -4% . Probanana/Proba/Bananec-4% Palmar/Cipal/3% . Del Monte- 2% . Bonita – 2% . Frutadeli – 2% . Firesky (Fyffes) – 2% . Sumifru . 1% . Exporgroup S.A. – 1% . Selvatica/TropicalFruit. 1% . Derby – 1% . Sentilever – 1% Others – 39% Cono Sur- 8% (...)”

4.1.5. Contribución de la operación “(...) 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 (...)”

4.1.6. Descripción de las barreras de entrada y económicas: “Las partes afirman que el mercado para la compra de frutas y verduras frescas, así como cualquier mercado hipotético delimitado para la compra de bananas y piñas, se caracterizan cada uno por la bajas barreras de entrada, expansión y reposicionamiento (...)”

4.2.- Alegaciones formuladas por la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas contenidas en el informe “SCPM-ICC-0025-2018-I, de 20 de junio de 2018.”

En el análisis técnico realizado en el Informe No. SCPM-ICC-0025-2018, de 20 de junio de 2018, de la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas y emitido a esta Comisión se establece que:

4.2.1. En relación a la descripción de la concentración económica notificada se expresa que: “(...) Conforme al literal c) del artículo 14 de la LORCPM, una operación de concentración económica se constituye por la realización de actos tales como: “la adquisición directa o indirectamente, de propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda que den cualquier tipo de derecho a ser convertido en acciones o participaciones de capital o a tener cualquier tipo de

influencia en las decisiones de la persona que los emita, cuando tal adquisición otorgue al adquiriente el control de, o la influencia sobre la misma". La transacción analizada en este informe se refiere a la adquisición de una participación accionaria del 45% en DFC Holdings LLC, con opción a comprar hasta el 100% de acciones de dicha compañía. Esto da como resultado un cambio o toma de control."

- 4.2.2. Respecto de la determinación del volumen de negocios de la operación de concentración económica, "(...) De conformidad con los artículos 6, 16 y 17 de la LORCPM, a fin de considerar si una operación de concentración debe ser notificada obligatoriamente, se debe computar en primer lugar la cuantía resultante de la venta de bienes y servicios en el Ecuador del conjunto de los partícipes, en el ejercicio contable a la operación, sumando los valores conforme lo establecido en el artículo 17 ya referido. Al respecto, el volumen de negocios calculado con base en la normativa señalada e información financiera con corte al año 2017 asciende a USD 446'679.518,37."
- 4.2.3. En cumplimiento de lo determinado en el artículo 5 de la LORCPM, relativo al mercado relevante. "(...) para efectos del análisis de la operación de concentración, con base las características analizadas, se determinó que el mercado relevante corresponde a la compra de banano ecuatoriano de exportación a nivel internacional."
- 4.2.4. Conforme la letra a) del artículo 16 de la LORCPM. Señala. "(...) que señala la obligación de notificación previa de una concentración a quienes cumplan "Que el volumen de negocios total en el Ecuador del conjunto de los partícipes supere, en el ejercicio contable anterior a la operación, el monto que en Remuneraciones Básicas Unificadas vigentes haya establecido la Junta de Regulación". El umbral de volumen de negocios para el año 2017 se computa en USD 75'000.000,00, de conformidad con lo establecido en la Resolución 009 de la Junta de Regulación de la LORCPM. En este sentido, la operación de concentración cumple los requisitos para tener que solicitar una autorización por parte de la autoridad y ser notificada de manera obligatoria, al superar el umbral del volumen de negocios para el año 2017 (...)"
- 4.2.5. Los efectos competitivos que provocará en el Ecuador la operación de concentración supone un contrapeso a los riesgos de posibles prácticas anticompetitivas que puede ser inherente a las operaciones, desde la perspectiva de la competencia, la concentración económica puede aumentar la competitividad dentro de la industria, contribuyendo a mejorar el bienestar de los mercados y a elevar el nivel de vida en la comunidad, se analizan en función de los criterios de decisión que se detallan en el artículo 22 de la LORCPM, así:

- 4.2.6. En cumplimiento al artículo 22 numeral 1 de la LORCPM, sobre “(...) *se concluye que la operación de concentración, no crea, modifica o refuerza el poder de mercado en la compra de banano ecuatoriano de exportación a nivel internacional, debido a la desconcentración del mercado a lo largo del tiempo, a la aparición de nuevos competidores, al relajamiento de barreras de entrada y la existencia de normativa que limita el poder de mercado de los compradores del mercado relevante analizado.*”
- 4.2.7. La Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, recomienda “(...) *autorice la operación de concentración económica notificada por el operador económico Total Produce PLC, de conformidad con el artículo 21 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*

QUINTO.- FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO.-

5.1. Fundamentos de hecho.

El operador económico TOTAL PRODUCE PLC., representada legalmente por el señor: Frank Davis, y como apoderados especiales en Ecuador, el doctor José Rafael Bustamante, ingresaron el 09 de febrero de 2018, ingresó ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado la Notificación Obligatoria de concentración económica, en observancia de lo previsto en el literal c) del artículo 14 de la LORCPM.

La operación de concentración económica que se analiza en el presente informe, está obligada a cumplir con el proceso de control y regulación económica dispuesto en el artículo 15 de la LORCPM, por cuanto cumple con la condición señalada en el literal a) del artículo 16 de la LORCPM. La misma consiste en la adquisición de una participación accionaria del 45% en DFC Holdings LLC, con opción a comprar hasta el 100% de acciones de dicha compañía. Esto da como resultado un cambio o toma de control. El operador económico TOTAL PRODUCE PLC., se encuentran domiciliado en 29 North Anne Street Dublin 7 Ireland.

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.

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:*

- 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.-

6.1.- De la revisión realizada por la Intendencia Nacional 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 TOTAL PRODUCE PLC., y el operador económico DFC HOLDINGS LLC, se la realiza la adquisición de una participación accionaria del 45% en DFC Holdings LLC, con opción a comprar hasta el 100% de acciones de dicha compañía. Esta operación, por tanto, es obligatoria, en observancia de lo previsto en el literal a) del artículo 16 de la LORCPM, considerando que, tiene un volumen de negocios producto de la operación de USD 446'679.518,37, dólares de los Estados Unidos de América, superando el umbral para este sector de 200.000 remuneraciones básicas unificadas establecidos en la Resolución No. 009 de la Junta de Regulación publicada en Suplemento al Registro Oficial No. 622 de 6 de noviembre de 2015.

6.2.- Conforme al artículo 5 de la LORCPM, relativo al mercado relevante, “(...) *para efectos del análisis de la operación de concentración, con base las características analizadas, se determinó que el mercado relevante corresponde a la compra de banano ecuatoriano de exportación a nivel internacional.*”

6.3.- Como criterio de decisión en atención a lo previsto en el artículo 22 numeral 1, se indica que: “(...) *la operación de concentración, no crea, modifica o refuerza el poder de mercado en la compra de banano ecuatoriano de exportación a nivel internacional, debido a la desconcentración del mercado a lo largo del tiempo, a la aparición de nuevos competidores, al relajamiento de barreras de entrada y la existencia de normativa que limita el poder de mercado de los compradores del mercado relevante analizado.*”

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:

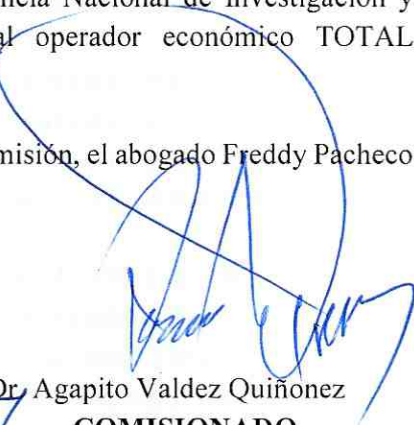
- 1. Acoger** las recomendaciones formuladas por la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, contenida en el Informe SCPM-ICC-0025-

2018-I de 20 de junio de 2018, adjunto al memorando SCPM-ICC-0156-2018-M de fecha 20 de junio de 2018.

2. **Autorizar** la operación de concentración económica notificada obligatoriamente por el operador económico TOTAL PRODUCE PLC.
3. **Notifíquese** la presente Resolución a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas y, al operador económico TOTAL PRODUCE PLC.
4. Actúe en calidad de Secretario Ad-hoc, de esta Comisión, el abogado Freddy Pacheco Guevara.- **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.-**



Dr. Marcelo Ortega Rodríguez
PRESIDENTE CRPI



Dr. Agapito Valdez Quiñonez
COMISIONADO



Dr. Diego X. Jiménez Borja
COMISIONADO