

782

Opi. 177



Ministerio de Economía y Finanzas Públicas
Secretaría de Comercio Interior



14

BUENOS AIRES, - 2 FEB 2010

VISTO el Expediente N° S01:0437746/2009 del Registro del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS, y

CONSIDERANDO:

Que en las operaciones de concentración económica en las que intervengan empresas cuya envergadura determine que deban realizar la notificación prevista en el Artículo 8° de la Ley N° 25.156, procede su presentación y tramitación por los obligados ante la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, organismo desconcentrado en la órbita de la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS, en virtud de lo dispuesto y por la integración armónica de los Artículos 6° a 16 y 58 de dicha ley.

Que el expediente citado en el Visto, se inició como consecuencia de la consulta efectuada por las firmas YPF S.A. y PARAFINA DEL PLATA S.A.C.I., ante la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

Que los apoderados de las firmas consultantes informaron que las mismas están considerando desarrollar un proyecto que contempla la celebración de un contrato de "façon" por el término de CUATRO (4) meses, por medio del cual la firma PARAFINA DEL PLATA S.A.C.I. se compromete a elaborar parafinas para la firma YPF S.A., en forma no exclusiva, en su planta industrial de la Localidad Juan María GUTIÉRREZ, Partido de Berazategui, Provincia de BUENOS AIRES; y la



Ministerio de Economía y Finanzas Públicas
Secretaría de Comercio Interior

4



eventual celebración de un contrato de "façon" aproximadamente por el plazo de CINCO (5) años, por medio del cual la firma PARAFINA DEL PLATA S.A.C.I. se comprometería a elaborar parafinas para la firma YPF S.A., en forma no exclusiva, poseyendo asimismo la firma YPF S.A. una opción de compra de dicha planta, la cual podrá ser ejercida en cualquier momento.

Que la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ha emitido su dictamen y aconseja al señor Secretario de Comercio Interior disponer que la operación traída a consulta respecto del "façon" por el plazo de CUATRO (4) meses no se encuentra alcanzada por la obligación de notificación prevista en el Artículo 8º de la Ley N° 25.156, pero en el caso de que se celebre el contrato de "façon" a largo plazo, de aproximadamente CINCO (5) años, poseyendo asimismo la firma YPF S.A. una opción de compra de la planta de la firma PARAFINA DEL PLATA S.A.C.I., la misma deberá ser notificada previamente a la Autoridad de Aplicación de la Ley N° 25.156 de conformidad con lo previsto en los Artículos 6º y 8º de la mencionada norma.

Que no obstante ello, la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA hace saber a los consultantes que la presente opinión consultiva ha sido emitida valorando como sustento fáctico la documentación e información presentada por las partes, por lo que si los hechos relatados o la documentación aportada fueran falsos o incompletos, ello tornaría inaplicables los conceptos aquí vertidos.

Que el suscrito comparte los términos vertidos en dicho dictamen, al cual cabe remitirse en honor a la brevedad, y cuya copia autenticada se incluye como

A



Ministerio de Economía y Finanzas Públicas
Secretaría de Comercio Interior



1 4

Anexo que con SEIS (6) hojas autenticadas forma parte integrante de la presente resolución.

Que el infrascripto resulta competente para el dictado del presente acto en virtud de lo establecido en el Artículo 2° de la Resolución N° 26 de fecha 12 de julio de 2006 de la ex - SECRETARÍA DE COORDINACIÓN TÉCNICA del ex - MINISTERIO DE ECONOMÍA Y PRODUCCIÓN.

Por ello,

EL SECRETARIO DE COMERCIO INTERIOR

RESUELVE:

ARTÍCULO 1°.- Exceptúase del control previo establecido en el Artículo 8° de la Ley N° 25.156 la operación traída a consulta respecto del contrato de "façon" por el plazo de CUATRO (4) meses. Sin embargo, en caso de celebrarse el contrato de "façon" a largo plazo, de aproximadamente CINCO (5) años, poseyendo asimismo la firma YPF S.A. una opción de compra de la planta de la firma PARAFINA DEL PLATA S.A.C.I., la operación deberá ser notificada previamente a la Autoridad de Aplicación de la Ley N° 25.156 de conformidad con lo previsto en los Artículos 6° y 8° de la mencionada norma.

ARTÍCULO 2°.- Hácese saber a las consultantes que la presente opinión consultiva ha sido emitida valorando como sustento fáctico la descripción realizada en los escritos obrantes en el expediente de referencia, por lo que si los hechos relatados fueran falsos o incompletos, ellos tornarían inaplicables los conceptos aquí vertidos.

ARTÍCULO 3°.- Considérase parte integrante de la presente resolución, al Dictamen

91



Ministerio de Economía y Finanzas Públicas
Secretaría de Comercio Interior

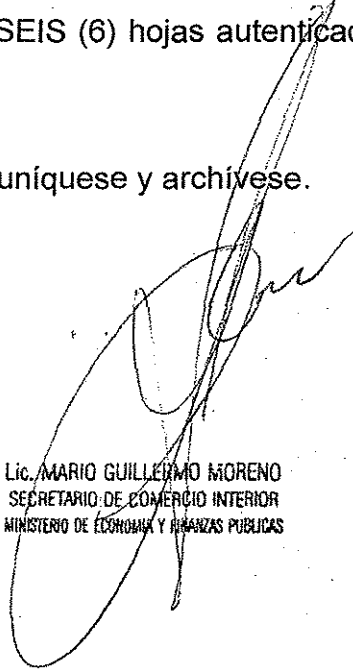


Nº 782 de fecha 26 de enero de 2010 emitido por la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, organismo desconcentrado en la órbita de la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS, que en SEIS (6) hojas autenticadas se agrega como Anexo a la presente medida.

ARTÍCULO 4º.- Regístrese, comuníquese y archívese.

RESOLUCIÓN Nº

14



Lic. MARIO GUILLERMO MORENO
SECRETARIO DE COMERCIO INTERIOR
MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS PUBLICAS



Ministerio de Economía y Finanzas Públicas
Secretaría de Comercio Interior
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

4



MARTIN R. ATAEF
SECRETARÍA DE TRÁDIDA
COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA
DE LA COMPETENCIA

Expte. S01:0437746/2009 (OPI N° 177) RN/LD-SA

Opinión Consultiva N° 782

BUENOS AIRES, 26 ENE 2010

SEÑOR SECRETARIO:

Elevamos para su consideración el presente dictamen referido a las actuaciones que tramitan por Expediente N° S01:0437746/2009 caratulado: "YPF S.A. Y PARAFINA DEL PLATA S.A.C.I. S/ CONSULTA INTERPRETACIÓN LEY 25.156 (OPI N° 177)", del Registro del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, e iniciadas en virtud de la consulta efectuada en los términos del Artículo 8° del Decreto PEN 89/01 reglamentario de la Ley N° 25.156 y Resolución SCT N° 26/06, por parte de YPF S.A. (en adelante "YPF") y por parte de PARAFINA DEL PLATA S.A.C.I. (en adelante "PDP").

I. SUJETOS INTERVINIENTES Y SU ACTIVIDAD.

1. De acuerdo a lo informado por los consultantes, YPF es una compañía constituida bajo las leyes de la República Argentina. La actividad principal de YPF es la exploración y explotación de los yacimientos de hidrocarburos líquidos y/o gaseosos y demás minerales, así como también la industrialización, transporte y comercialización de estos productos y sus derivados directos e indirectos. Es el principal productor y vendedor de parafinas en nuestro país.
2. Por su parte PDP es una compañía constituida bajo las leyes de la República Argentina, cuya actividad es la producción de parafinas y aceites bases, y cuenta con una planta ubicada en Av. 413 N° 520, Juan M. Gutiérrez, Partido de Berazategui, Provincia de Buenos Aires, cuya capacidad máxima de producción ronda las 1.800 toneladas por mes.

II. LA OPERACIÓN SUJETA A CONSULTA.

3. Los apoderados de las sociedades consultantes informaron que YPF y PDP están considerando desarrollar un proyecto que contempla: (i) la celebración de un contrato de facon por término de cuatro meses (facon corto), por medio del cual PDP se compromete a elaborar parafinas para YPF, en forma no exclusiva, en su planta industrial de Juan M. Gutiérrez, Partido de Berazategui, Provincia de Buenos Aires -siendo esta la única planta que posee PDP- y (ii) la eventual celebración de un contrato de facon



Ministerio de Economía y Finanzas Públicas
Secretaría de Comercio Interior
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

COPIA FIEL

4



MARTÍN E. AYALA
SECRETARÍA LETRADA
COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA
DE LA COMPETENCIA

a largo plazo, aproximadamente por el plazo de 5 años, por medio del cual PDP se comprometería a elaborar parafinas para YPF, en forma no exclusiva, poseyendo asimismo YPF una opción de compra de dicha planta, la cual podrá ser ejercida en cualquier momento.

4. Las partes manifestaron que la capacidad máxima de producción de PDP ronda en las 1800 tn. de parafina mensuales y que en el Contrato de façon corto, las partes acordaron un volumen mínimo de procesamiento de 1750 toneladas mensuales de materias primas, equivalentes a un mínimo de 1723 toneladas de productos terminados. En este sentido las partes aclararon que las 1723 toneladas de productos terminados incluyen otros subgrupos que no son parafinas, tales como "base bruta" (aceites) y "fondos" y que entonces para obtener 1800 toneladas de parafinas necesitarían procesar 3600 toneladas de materias primas, por lo cual el contrato absorbería aproximadamente el 50 % de la capacidad productiva de parafinas.
5. Cabe mencionar al respecto que las partes también manifestaron que el 50% de capacidad ociosa de PDP podría ser utilizado para la producción propia o para terceros, ello en virtud de que -como ya se hizo referencia- el contrato celebrado con YPF no contiene una cláusula de exclusividad.

III. PROCEDIMIENTO.

6. El día 23 de octubre de 2009 se presentaron YPF y PDP ante esta CNDC a fin de requerir una opinión consultiva respecto de la obligación de notificar una operación de concentración económica en los términos del Artículo 8° del Decreto N° 89/01 y Resolución SCT N° 26/06.
7. Con fecha 30 de octubre de 2009, esta Comisión Nacional hizo saber a los presentantes, en virtud de la confidencialidad solicitada, que atento a lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 89/2001, previo a proveer debían acompañar un informe no confidencial de la presentación realizada, advirtiéndose que hasta tanto se dé cumplimiento a lo ordenado no comenzaría a correr el plazo establecido en el Artículo 8° del Anexo I del Decreto N° 89/2001 y apartado a.4. del Anexo I de la Resolución SCT N° 26/2006.
8. El día 15 de noviembre de 2009 los apoderados de YPF realizaron una presentación a fin de contestar el requerimiento efectuado por esta CNDC.
9. Con fecha 10 de noviembre de 2009 se tuvo por recibida la presentación realizada y asimismo se hizo saber a las partes consultantes que previo a proveer la confidencialidad solicitada debían acompañar un informe no confidencial más extenso, advirtiéndose que hasta tanto se dé cumplimiento a lo ordenado no comenzaría a correr el plazo establecido en el Artículo 8° del Anexo I del Decreto N° 89/2001 y

[Handwritten signatures and initials]



Ministerio de Economía y Finanzas Públicas
Secretaría de Comercio Interior
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia



MARTIN R. ATA-EFE
SECRETARÍA LETRADA
COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA
DE LA COMPETENCIA

apartado a.4. del Anexo I de la Resolución SCT N° 26/2006.

10. El día 11 de noviembre de 2009 en virtud de la presentación efectuada con fecha 4 de noviembre de 2009, por el apoderado de PARAFINA DEL PLATA S.A.CI., esta Comisión Nacional concedió provisoriamente la confidencialidad solicitada en dicha presentación y ordenó que a tal fin se formara Anexo Confidencial, reservándose el mismo en la Secretaría Letrada de esta CNDC y asimismo en dicha oportunidad se requirió al presentante que acompañe un resumen no confidencial de la mencionada presentación.
11. El día 19 de noviembre de 2009 los apoderados de YPF realizaron una presentación a fin de cumplir con el requerimiento efectuado por esta CNDC. Asimismo en dicha oportunidad manifestaron que PDP destinaría a ambos contratos de facon con YPF no más del 50% de su capacidad máxima de producción, permaneciendo ocioso el restante 50% y que PDP podría utilizar dicha capacidad ociosa para producción propia o para terceros, ello en virtud de que el contrato con YPF no contiene una cláusula de exclusividad.
12. El día 20 de noviembre de 2009 el apoderado de PDP realizó dos presentaciones.
13. Con fecha 27 de noviembre de 2009 se requirió mayor información a fin de evaluar la consulta efectuada.
14. A fin de cumplir con el requerimiento mencionado en el párrafo anterior, la apoderada de YPF el día 7 de enero de 2010 efectuó una presentación a esta CNDC y asimismo manifestó que el contrato de facon por el plazo de 4 meses se celebró con fecha 19 de octubre de 2009.
15. El día 12 de enero de 2010 el apoderado de PDP realizó dos presentaciones y manifestó que adhería a lo expresado en la presentación de YPF de fecha 7 de enero de 2010.
16. Finalmente teniendo en cuenta que las partes han cumplido con los requerimientos efectuados, corresponde mencionar que con fecha 13 de enero de 2009 comenzó a correr el plazo establecido en la Resolución SCT N° 26/06, pasando las actuaciones a resolver.

IV. ANÁLISIS DE LA OPERACIÓN TRAÍDA A CONSULTA.

17. Habiendo descripto en los apartados anteriores las principales características de la operación consultada, corresponde en esta instancia que esta Comisión Nacional se expida sobre la misma.

[Handwritten signatures and initials]



Ministerio de Economía y Finanzas Públicas
Secretaría de Comercio Interior
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

4



MARTÍN R. ATAÉFFI
SECRETARÍA LETRADA
COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA
DE LA COMPETENCIA

- 18. En principio, cabe recordar que como consecuencia de la operación traída a consulta, YPF y PDP celebrarán un contrato de façon por término de cuatro meses, por medio del cual PDP se compromete a elaborar parafinas para YPF, en forma no exclusiva y eventualmente celebrarán un contrato de façon a largo plazo, aproximadamente por un período de 5 años, por medio del cual PDP se comprometería a elaborar parafinas para YPF, en forma no exclusiva, poseyendo asimismo YPF una opción de compra, la cual podrá ser ejercida en cualquier momento, de la planta industrial de Juan M. Gutiérrez, Partido de Berazategui, Provincia de Buenos Aires -donde PDP desarrolla su actividad-
- 19. Por otro lado, las partes sostienen -como ya se mencionó- que el contrato de façon corto absorbería aproximadamente el 50% de la capacidad de producción de PDP y que el restante 50% de capacidad productiva ociosa podría ser utilizado para la producción propia o para terceros. Pero hay que tener en cuenta que YPF estaría utilizando, de acuerdo a lo informado por las partes, el total de capacidad productiva que PDP esta utilizando en la actualidad, por lo cual si bien el contrato de façon a corto plazo no tiene una cláusula de exclusividad, en la práctica al utilizar toda la capacidad productiva actualmente en uso, significaría que PDP estaría poniendo a disposición de YPF la capacidad productiva efectiva de dicha compañía.
- 20. En este sentido corresponde mencionar que el artículo 6°, inciso d) de la Ley N° 25.156 establece que habrá toma de control de una o varias empresas cuando, a través de cualquier acuerdo o acto se transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de una empresa o se le otorgue influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinarias de una empresa.
- 21. Esta Comisión Nacional tiene dicho que debe entenderse por activos, en los términos de la Ley N° 25.156, a todos aquellos que posibiliten el desarrollo de una o varias actividades, a las que se puedan atribuir un volumen de negocios independiente, con clientela y valor propios originado en la posibilidad de generar asuntos de naturaleza económica.
- 22. En particular se dijo que un contrato de façon es un activo¹, así como también lo es la transferencia de una marca², los permisos de explotación de hidrocarburos³, las órdenes de compra de una automotriz⁴, el contrato de locación de un puerto de propiedad de otra empresa⁵, los contratos de programación⁶

- ¹ Ver Opinión Consultiva N° 83.
- ² Ver Opinión Consultiva N° 84.
- ³ Ver Opinión Consultiva N° 98.
- ⁴ Ver Opinión Consultiva N° 102.
- ⁵ Ver Opinión Consultiva N° 147.
- ⁶ Ver Opinión Consultiva N° 161.



Ministerio de Economía y Finanzas Públicas
Secretaría de Comercio Interior
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia



MARTÍN J. ATAEFE
SECRETARÍA LETRADA
COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA
DE LA COMPETENCIA

transferidos, y una Unión Transitoria de Empresas⁷.

23. La doctrina internacional sostiene que a fin de determinar si una operación constituye una toma de control se debe dar preferencia a criterios cualitativos sobre los cuantitativos, incluyendo en el análisis consideraciones de hecho, lo que determina que una concentración puede asentarse sobre una base de facto o de iure⁸.
24. Cabe poner de manifiesto que esta Comisión Nacional ha sostenido que a fin de establecer la existencia de una toma de control se debe atender al principio de realidad económica, por lo que la celebración de determinados contratos, como así también el plazo de vigencia de los mismos, requiere de un análisis caso por caso⁹.
25. En el caso bajo análisis, PDP se compromete a elaborar parafinas para YPF, a través de un contrato de façon. Dichos activos tienen aptitud para constituir una actividad a la que puede atribuirse claramente un volumen de negocios, por lo que en principio, la operación bajo examen podría encuadrarse dentro de lo dispuesto en el artículo 6, inciso d) de la Ley N° 25.156.
26. No obstante lo anterior, a fin de determinar la obligatoriedad de notificación, previo debe analizarse la duración de la transmisión del uso de los activos involucrados en la operación.
27. En la doctrina europea hay consenso acerca de que debe entenderse por concentración económica a toda operación que implique una modificación permanente en la estructura de las empresas participantes, y que esa "permanencia" esta vinculada a la existencia de un período lo bastante extenso para que se produzca un cambio duradero en la estructura de las empresas afectadas.
28. En el caso que origina la presente las partes han pactado un plazo original de 4 meses para el contratos de façon, y eventualmente celebrarán dicho contrato por un período de 5 años con un derecho de opción de compra, de la planta industrial en cuestión, por parte de YPF.
29. Esta Comisión entiende que la transferencia de los activos involucrados en la primera situación descripta -contrato de façon por el plazo de 4 meses- no produciría un cambio en la estructura de las empresas afectadas.
30. Pero la situación sería diferente en el caso de que se realizara el contrato de façon por el término aproximado de 5 años, con la opción de compra de la planta industrial de PDP por parte de YPF.

⁷ Ver Opinión Consultiva N° 191.

⁸ Comunicación de la Comisión Europea sobre concepto de concentración. DO C 66 de 02.03.1998.

⁹ Opinión Consultiva N° 138 del 10 de agosto de 2001. S/E "planta" vale.



Ministerio de Economía y Finanzas Públicas
Secretaría de Comercio Interior
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia



14
MARTÍN RATAEJE
SECRETARÍA LETRADA
COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA
DE LA COMPETENCIA

31. Por ello, esta Comisión Nacional entiende que la operación que origina la presente consulta, respecto del contrato de façon por el plazo de 4 meses no se encuentra alcanzada por la obligación de notificación prevista en el artículo 8° de la Ley N° 25.156, pero en el caso de que se celebre el contrato de façon a largo plazo, aproximadamente 5 años, poseyendo asimismo YPF una opción de compra de la planta de PDP, la misma deberá ser notificada previamente a la Autoridad de Aplicación de la Ley N° 25.156, de conformidad con lo previsto en los Artículos 6° y 8° de la mencionada norma.

V. CONCLUSIÓN.

32. En base a las consideraciones expuestas en los párrafos precedentes, esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA aconseja al SEÑOR SECRETARIO DE COMERCIO INTERIOR del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS disponer que la operación traída a consulta respecto del contrato de façon por el plazo de 4 meses no se encuentra alcanzada por la obligación de notificación prevista en el artículo 8° de la Ley N° 25.156 pero en el caso de que se celebre el contrato de façon a largo plazo, aproximadamente 5 años, poseyendo asimismo YPF una opción de compra de la planta de PDP, la misma deberá ser notificada previamente a la Autoridad de Aplicación de la Ley N° 25.156 de conformidad con lo previsto en los Artículos 6° y 8° de la mencionada norma.

33. No obstante ello, esta Comisión Nacional hace saber a los consultantes que la presente opinión consultiva ha sido emitida valorando como sustento fáctico la documentación e información presentada por las partes por lo que si los hechos relatados o la documentación aportada fueran falsos o incompletos, ello tornaría inaplicables los conceptos aquí vertidos.

Lio. FABIAN M. PETTIGREW
VOCAL
COMISION NACIONAL DE DEFENSA
DE LA COMPETENCIA

Dr. RICARDO NAPOLKANI
PRESIDENTE
COMISION NACIONAL DE DEFENSA
DE LA COMPETENCIA

DIEGO PAULO POVOLO
VOCAL
COMISION NACIONAL DE DEFENSA
DE LA COMPETENCIA

HUMBERTO GUARDIA MENDONCA
VICEPRESIDENTE 1°
COMISION NACIONAL DE DEFENSA
DE LA COMPETENCIA