Ministerio de Economía y Producción
Secretaría de Coordinación Técnica
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

C. N. D. C.
Fs. 974

Expte. N° S01:0065534/2003 (C. 405) DG-PM/LG

Dictamen N° 370

BUENOS AIRES, - 6 NOV 2003

SEÑOR SECRETARIO:

Elevamos para su consideración el presente dictamen referido a la operación de concentración económica que tramita bajo el Expediente N° S01: 0065534/2003 del Registro del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y PRODUCCIÓN caratulado "GRUPO CONCESIONARIO DEL OESTE S.A. (GCO), AUTOPISTAS DEL SOL (AUSOL S.A.) AUREA CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURAS S.A. Y ACESA INFRAESTRUCTURA S.A. (ACESA) S/ NOTIFICACIÓN ARTÍCULO 8 LEY 25.156 (CONC. 0405)".

I. DESCRIPCIÓN DE LA OPERACIÓN Y ACTIVIDAD DE LAS PARTES.

LA OPERACIÓN

1. Las partes notificaron a esta Comisión Nacional la fusión por absorción de ÁUREA CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURAS, S.A., CONCESIONARIA DEL ESTADO (en adelante "AUREA") por ACESA INFRAESTRUCTURAS, S.A. (en adelante "ACESA").

LA ACTIVIDAD DE LAS PARTES

2. AUREA es una sociedad constituida en el Reino de España e inscripta en la Inspección General de Justicia en los términos de los artículos 118 y 123 de la Ley N° 19.550.

3. AUREA posee el 45,1629 % de las acciones y el 49,9553 % de los votos de AUTOPISTAS DEL SOL S.A., sociedad constituida bajo las leyes de la República Argentina, que tiene por objeto exclusivo el cumplimiento del Contrato de Concesión de Obra Pública para la mejora, ampliación, remodelación, conservación, mantenimiento, explotación y administración del Acceso Norte a la Ciudad de Buenos

C.N.D.C. 975

Aires.

4. ACESA es una sociedad constituida en el Reino de España e inscripta en la Inspección General de Justicia bajo los términos del artículo 123 de la Ley N° 19.550.

5. ACESA controla a GRUPO CONCESIONARIO DEL OESTE S.A., sociedad constituida en la República Argentina que tiene por objeto exclusivo la realización de las obras de construcción, remodelación, mejoras, reparación, conservación, administración y explotación del Acceso Oeste de la Ciudad de Buenos Aires durante el plazo de la concesión y sus prórrogas.

II. ENCUADRAMIENTO JURIDICO

6. Las empresas involucradas notificaron en tiempo y forma la operación de concentración prevista en el artículo 8° de la Ley Nº 25.156, habiendo dado cumplimiento a los requerimientos efectuados por esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

7. La operación descripta constituye una concentración económica en los términos del artículo 6°, inciso a) de la Ley N° 25.156.

8. La obligación de efectuar la notificación obedece a que el volumen de negocios de las empresas afectadas superan el umbral establecido en el artículo 8° de la Ley N° 25.156, y la operación no se encuentra alcanzada por ninguna de las excepciones establecidas en dicha norma.

III. PROCEDIMIENTO

9. Las empresas involucradas realizaron una presentación ante esta Comisión Nacional el día 16 de abril de 2003. Debido a que la misma no cumplía con lo establecido en la Resolución SDCyC N° 40/2001, se les notificó a las presentantes que hasta tanto adecuaran su presentación a la normativa vigente no se daría trámite a la misma, ni comenzaría a correr el plazo previsto en el artículo 13 de la Ley 25.156.

10. El día 30 de abril de 2003 los representantes de AUREA y ACESA dieron cumplimiento a lo requerido por esta Comisión Nacional. Tras analizar la información

C. N. D. C. 976

suministrada en el Formulario F1, esta Comisión Nacional comprobó que la misma se encontraba incompleta por lo que se procedió a efectuar observaciones que fueron notificadas a las partes con fecha 8 de mayo de 2003.

11. El día 14 de julio de 2003 se solicitó al ORGANO DE CONTROL DE CONESIONES VIALES (en adelante "OCCOVI") un informe y opinión fundada sobre la concentración económica notificada en las presentes actuaciones.

12. Las partes contestaron satisfactoriamente las observaciones formuladas el día 17 de julio de 2003, no obstante, esta Comisión Nacional consideró necesaria la presentación de información adicional, por lo que el día 28 de julio de 2003 se notificó el requerimiento a las partes, quedando suspendidos el plazo establecido en el artículo 13 de la Ley N° 25.156.

13. El día 31 de julio de 2003 el OCCOVI solicitó la concesión de un plazo adicional de quince días hábiles para remitir el informe y opinión fundada solicitado por esta Comisión Nacional.

14. Por medio de la Resolución del día 6 de agosto de 2003, notificada a las partes en la misma fecha, esta Comisión Nacional procedió a suspender el plazo previsto en el artículo 13 de la Ley N° 25.156 por el término de veinte días.

15. El día 26 de agosto de 2003 las partes presentaron la información adicional requerida el día 28 de julio del corriente año.

16. Con fecha 1 de setiembre de 2003, esta Comisión Nacional ordenó la acumulación como foja única del Expediente N° S01:0161183/2003, que contiene documentación remitida por el OCCOVI.

17. El día 3 de setiembre de 2003, esta Comisión Nacional ordenó la acumulación como foja única del Expediente N° S01:0161179/2003 que contiene el informe solicitado al OCCOVI.

18. El día 11 de septiembre de 2003 se notificó a las partes el requerimiento del Formulario F2.

977

19. Las partes presentaron el Formulario el F2 día 8 de octubre de 2003 teniéndoselo por cumplido a partir del primer día hábil siguiente.

20. El día 29 de octubre de 2003, las partes realizaron espontáneamente una presentación que contiene información adicional.

IV. EVALUACIÓN DE LOS EFECTOS DE LA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN SOBRE LA COMPETENCIA

IV.1. Análisis económico de los efectos de la operación notificada

Mercado relevante para el análisis de los efectos de la operación notificada

21. Para el análisis de los efectos de la operación notificada, el mercado relevante considerado por esta Comisión Nacional es el de las licitaciones estatales para la construcción, mantenimiento y explotación de obras viales en la República Argentina. La dimensión geográfica del mercado esta circunscripta al área comprendida por la denominada red de accesos a la Ciudad de Buenos Aires [1].

22. Dicha definición se debe a que las empresas involucradas son competidores sólo al momento de presentarse para ser adjudicatarios de una concesión para la construcción y mantenimiento de obras viales. Es decir, la competencia en dicho mercado se manifiesta al momento de presentarse a concursar por la adjudicación de dichas obras. En este sentido, la competencia no se da "en el mercado" sino "por el mercado". Esta definición de mercado es coincidente con la jurisprudencia internacional, y de la misma forma a sido considerada en el análisis de los efectos de la operación notificada ante el Servicio de Defensa de la Competencia del Ministerio de Economía del Reino de España [2].

23. Es importante destacar que la definición de mercado relevante adoptada por esta Comisión incluye tanto a las obras viales donde el Estado contrata a un tercero para la ejecución de la construcción obligándose a pagar directamente el precio de la obra

[1] Este criterio resulta coincidente con las pautas fijadas por el Decreto del Poder Ejecutivo Nacional Nº 2637/1992 para otorgar en concesión la Red de Accesos a la Ciudad de Buenos Aires, entre los que se encuentran aquellos que actualmente explotan las empresas notificantes.
[2] Informe del Servicio de Defensa de la Competencia Nº03004 ACESA/AUREA.

978

construida, como también a las obras otorgadas por el Estado en concesión por peaje donde el constructor contratista se cobra el precio de la obra con la explotación que haga de la misma.

Efectos sobre el mercado relevante

24. En el régimen de contrataciones de la Administración Pública Nacional vigente en nuestro país -aplicable a la contratación de obras, bienes y servicios por su parte- rigen los principios de promoción de la concurrencia de los interesados y de la competencia entre oferentes y la igualdad de tratamiento para interesados y oferentes; así como el criterio de selección basado en la adjudicación a favor de la oferta más conveniente para el organismo contratante, teniendo en cuenta el precio, la calidad, la idoneidad del oferente y demás condiciones de la oferta.

25. Del análisis de los procesos de licitación de las concesiones viales en Argentina se observa que en los mismos la cantidad y variedad de empresas, tanto nacionales como extranjeras ha sido plausible.

26. Adicionalmente, es necesario considerar el mercado relevante de proveedores y contratistas de concesionarios viales. Si como producto de la operación notificada el poder de compra de las empresas involucradas en dicho mercado aumentara de tal forma de afectar negativamente su desenvolvimiento, podrían realizarse consideraciones adicionales desde el punto de vista de la defensa de la competencia. Sin embargo, en el mercado argentino de contratistas para las empresas concesionarias, además de que estas empresas no participan del mismo a través de otras firmas controladas, su participación como demandantes no tendrá la suficiente envergadura como para generar alguna preocupación.

27. Asimismo, el mercado en el que los concesionarios viales adquieren los bienes y servicios necesarios para dar cumplimiento a las obligaciones por ellos asumidas, no es un mercado específico y exclusivo para dichos concesionarios, sino que en el mismo se proveen de bienes y servicios, empresas que actúan en otros rubros, principalmente el de la construcción.

379

28. La posición del Organo de Control de las Concesiones Viales (OCCOVI) respecto de las operaciones de concentración económica que involucren a la red de accesos a la Ciudad de Buenos Aires resulta coincidente con el análisis de los efectos de la presente operación hasta aquí descriptos. Asi el OCCOVI en su en su dictamen GEF N° 777/03, reconoció que "la realización de los actos a los que se refiere el art. 6° de la Ley y que podrían dar lugar a "Concentraciones Económicas" prohibidas no resulta factible en las concesiones de la Red de Accesos a la Ciudad de Buenos Aires, toda vez que el sistema de contrato vigentes se encuentra expresamente regulado, tuvo su origen en una licitación pública, nacional e internacional, donde ya se dio la debida competencia, y los oferentes que resultaron adjudicatarios son aquellos que cotizaron la tarifa menor, por debajo de la tarifa tope fijada por el Estado con anterioridad al proceso licitatorio. Lo expuesto significa que, en este aspecto, la competencia ya no podría ser restringida o distorsionada, ni, por ende, afectar, desde este punto de vista, el interés económico general

Análisis de los efectos de la operación notificada en el mercado español

29. La operación notificada ha sido presentada ante las autoridades competentes del Reino de España, habiendo sido la misma autorizada por el Servicio de Defensa de la Competencia.

30. En ese sentido, cabe señalar que el Ministerio de Economía del Reino de España decidió no remitir el expediente en el cual tramita la notificación presentada con relación a la operación de concentración en cuestión, por lo cual, se entiende que la Administración no se opuso a la operación notificada; quedando la misma, tácitamente autorizada.

31. Al respecto, el citado Servicio de Defensa de la Competencia, atendiendo el objeto social de ACESA y ÁUREA, circunscribió el mercado relevante al mercado español de las licitaciones estatales para la construcción, mantenimiento y explotación de las autopistas de peaje en régimen de concesión, y, en relación con ese mercado, al valorar la operación en cuestión, concluyó que no cabía esperar que como consecuencia de la operación notificada pudiera verse obstaculizado el mantenimiento de una competencia efectiva en dicho mercado, toda vez que en él la competencia se produce en el momento de la adjudicación del correspondiente

C. N. D. C.
980

concurso; y que la fusión planteada no tendría efectos negativos sobre los nuevos concursos a convocar ni sobre la resolución de los mismos, por cuanto el mercado analizado no presentaba límites específicos al acceso por parte de terceros, pues para cada una de las concesiones se partía de un mismo y neutro punto por los distintos licitadores, que recurrían a formas asociativas distintas para la presentación de sus respectivas ofertas en el concurso.

32. Asimismo, dicho organismo indicó que si bien de la fusión en cuestión se derivaba la desaparición del segundo competidor presente en el mercado, y la creación de un gran grupo consolidado, a gran distancia del resto de los operadores; el riesgo aparente que existía, se veía limitado por el hecho de que los operadores presentes pertenecían a importantes grupos que actuaban en muchos casos en mercados conexos como el de la construcción; y que además, los competidores actuales no reflejaban la verdadera competencia potencial de las partes de la operación de cara a futuras licitaciones, ya que cualquier empresa presente o no en el mercado podría realizar ofertas en los correspondientes concursos, de cumplir con los requisitos en ellos establecidos.

Consideraciones regulatorias

33. Es importante destacar que en los contratos de concesión de obra pública vial financiado mediante el cobro por peaje vigentes en la Argentina no existe ninguna previsión de "competencia por comparación" y el sistema de concesión difiere sustancialmente del que rige en otros sectores o servicios públicos regulados.

34. En efecto, si se consideran otros sectores de actividad económica regulada con características de monopolios naturales, el mecanismo de competencia por comparación facilita al regulador alcanzar sus objetivos en términos de crear incentivos para que las empresas reguladas minimicen sus costos, realicen inversiones eficientes, permita a las mismas un recupero razonable de costos así como obtener un retorno justo sobre la inversión y generar incentivos para mitigar la asimetría de información entre el regulador y el regulado. El logro de estas metas permite a la agencia regulatoria generar en la actividad bajo su supervisión similares efectos a los que se obtendrían en un mercado competitivo y no regulado. En particular permite al regulador disponer de criterios adecuados a la hora de proceder

C.N.D.C. 981

a la revisión periódica de los cuadros tarifarios y evaluar la calidad de las prestaciones brindadas por las firmas sujetas a regulación.

35. Todos estos objetivos pueden ser alcanzados más fácilmente si el regulador dispone de información sobre múltiples empresas que ofrecen las mismas prestaciones. Aún cuando no exista entre ellas una competencia directa es posible realizar comparaciones entre sus respectivos desempeños económicos. En definitiva el mecanismo de competencia por comparación contribuye a que el rol eficiente del regulador se traduzca en mayor bienestar para los consumidores.

36. No obstante para poder aplicar los criterios de competencia por comparación deben darse algunas condiciones que no se estarían verificando dentro del mercado relevante definido para analizar la operación notificada. El marco regulatorio no explicita ninguna competencia por comparación entre las obras públicas viales, ni tampoco posee un factor de eficiencia para una revisión tarifaria periódica. De la misma forma, no existe un ente regulador sino un órgano de control.

37. El precio o tarifa de peaje no se encuentra regulado y no proviene de una regulación sino que fue preestablecido contractualmente al momento de adjudicar la concesión[3]. De este modo, no existe instancia que permita, eventualmente a través de un factor de eficiencia, el uso pleno de la regulación por comparación de modo de transferir las ganancias de eficacia de distintas concesionarias a una en particular.

38. En conclusión, la concentración de las dos concesionarias notificantes podría haber perturbado este instrumento regulatorio con que cuenta todo ente regulador. Sin embargo, en el presente caso ello no ocurre porque sencillamente la competencia por comparación no está prevista en el marco regulatorio.

V. CLAUSULAS ACCESORIAS

39. En los instrumentos acompañados por las partes no se han previsto cláusulas de restricciones accesorias.

982

VI. CONCLUSIONES

40. De acuerdo a lo expuesto precedentemente, esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA concluye que la operación de concentración económica que se notifica no infringe el artículo 7° de la Ley N° 25.156 al no disminuir, restringir o distorsionar la competencia de modo que pueda resultar perjuicio al interés económico general.

41. Por ello, la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA aconseja al SEÑOR SECRETARIO DE COORDINACIÓN TÉCNICA autorizar la fusión por absorción de ÁUREA CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURAS, S.A., CONCESIONARIA DEL ESTADO por ACESA INFRAESTRUCTURAS, S.A. de acuerdo a lo previsto en el artículo 13, inciso a) de la Ley N° 25.156.

Lic. MAURICIO BUERA
VOCAL

ISMAEL F. G. MALIS
PRESIDENTE
COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

[3] Estrictamente los contratos preveían que dicha tarifa fuera en dólares sujeto sólo a una redeterminacion anual por el índice de precios al consumidor de los Estados Unidos (art. 8ª del contrato). La Ley de Emergencia 25.561 pesifico la tarifa y eliminó el reajuste por el índice de precios indicado.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y PRODUCCIÓN FOLIO Nº 985

BUENOS AIRES, 12 NOV 2003

VISTO el Expediente N° S01:0065534/2003 del Registro del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y PRODUCCIÓN, y

CONSIDERANDO:

Que el Artículo 58 de la Ley N° 25.156 faculta a la Autoridad de Aplicación de la Ley N° 22.262 a intervenir en las causas que se inicien durante la vigencia de la primera de las normas legales citadas, subsistiendo sus funciones hasta que se constituya y se ponga en funcionamiento el TRIBUNAL NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA en el ámbito del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y PRODUCCIÓN.

Que, en consecuencia, 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, dependiente de la SECRETARÍA DE COORDINACIÓN TÉCNICA del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y PRODUCCIÓN, en virtud de lo dispuesto y por la integración armónica de los Artículos 6° a 16 y 58 de dicha ley .

Que las presentes actuaciones dan cuenta de la notificación presentada en los términos del referido Artículo 8° de la Ley N° 25.156 y con relación a la operación de concentración económica llevada a cabo, que consiste en la fusión por absorción de ÁUREA CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURAS, S.A.,

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y PRODUCCIÓN
FOLIO
Nº 986

CONCESIONARIA DEL ESTADO por parte de ACESA INFRAESTRUCTURAS, S.A., en los términos en que ha sido notificada, acto que encuadra en el Artículo 6º inciso a) de la Ley Nº 25.156.

Que la operación de concentración económica que se notifica no infringe el Artículo 7º de la Ley Nº 25.156 al no disminuir, restringir o distorsionar la competencia, de modo que pueda resultar perjuicio al interés económico general.

Que el suscripto comparte los términos del dictamen emitido por la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, al cual cabe remitirse en honor a la brevedad, y cuya copia autenticada se incluye como Anexo I y es parte integrante de la presente resolución.

Que el infrascripto resulta competente para el dictado del presente acto en virtud de lo establecido en los Artículos 13 y 58 de la Ley Nº 25.156.

Por ello,

EL SECRETARIO DE COORDINACIÓN TÉCNICA

RESUELVE:

ARTÍCULO 1°.- Autorizar la operación de concentración notificada, consistente en la fusión por absorción de AUREA CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURAS, S.A., CONCESIONARIA DEL ESTADO por parte de ACESA INFRAESTRUCTURAS, S.A., en los términos en que ha sido notificada, todo ello de acuerdo a lo previsto en el Artículo 13 inciso a) de la Ley Nº 25.156.

ARTÍCULO 2º.- Considérese parte integrante de la presente resolución al dictamen emitido por la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA,

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y PRODUCCIÓN FOLIO No. 987

dependiente de la SECRETARÍA DE COORDINACIÓN TÉCNICA del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y PRODUCCIÓN, de fecha 6 de noviembre del año 2003, que en NUEVE (9) fojas autenticadas se agrega como Anexo I.

ARTÍCULO 3°. - Regístrese, comuníquese y archívese.

RESOLUCIÓN N° ,.97

Dr. LEONARDO MADCUR
SECRETARIO DE COORDINACION TECNICA