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

COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA 17009

Ref.: Expte. Nº S01:0234591/06 (Conc. N° 578) HGM/VDV-LB

DICTAMEN N° 570

BUENOS AIRES, 5 OCT 2006

SEÑOR SECRETARIO:

Elevamos para su consideración el presente dictamen referido a la operación de concentración económica que tramita bajo el Expediente N° S01:0234591/06 del Registro del Ministerio de Economía y Producción, caratulado: "FRIGORIFICO LA PAMPA (PAMPA HOLDING S.A.) Y EDF INTERNACIONAL S.A. S/ NOTIFICACION ART. 8 LEY 25.156 (Conc. 578)", por la cual EDF INTERNACIONAL S.A. transfiere a FRIGORIFICO LA PAMPA S.A. todas sus acciones en INVERSORA NIHUILES S.A. e INVERSORA DIAMANTE S.A..

I. DESCRIPCION DE LA OPERACIÓN Y ACTIVIDAD DE LAS PARTES

1. La operación

1. La operación de concentración notificada consiste en la adquisición por parte de FRIGORIFICO LA PAMPA, en trámite de inscripción de cambio de denominación social por PAMPA HOLDING S.A. (en adelante "PAMPA HOLDING") de todas las acciones de INVERSORA NIHUILES S.A. (en adelante " NIHUILES") e INVERSORA DIAMANTE S.A. (en adelante "DIAMANTE") que posee EDF INTERNATIONAL S.A. (en adelante " EDFI").

2. A través del Contrato de Compraventa de Acciones que instrumenta la operación mencionada precedentemente, celebrado con fecha 5 de mayo de 2006 (fs. 275/380),

COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA 1710

PAMPA HOLDING adquirirá el 64,90% del capital accionario de INVERSORA NIHUILES S.A. y del 56,00% del capital accionario de INVERSORA DIAMANTE S.A. a la empresa EDF INTERNATIONAL S.A..

2. La actividad de las partes

3. PAMPA HOLDING, es una sociedad anónima constituida conforme las Leyes de la República Argentina y su actividad principal es la de realización de inversiones y actividades de administración de inversiones.

4. El accionista controlante de PAMPA HOLDING es PAMPA HOLDING LLC con el 75% de sus acciones con derecho a voto, el restante 24,76% de las acciones se encuentra distribuido entre accionistas minoritarios entre los que se encuentran los Señores Damián Mindlin, Gustavo Mariani y Ricardo Torres (en adelante "los Accionistas"), quienes en forma conjunta tienen el 3,46% de las acciones con derecho a voto.

5. PAMPA HOLDING LLC es una sociedad constituida conforme las leyes de Delaware, EE.UU, sujeta al control indirecto de los Accionistas (a través de la sociedad gerente DOLPHIN FUND MANAGEMENT S.A. Uruguay) en adelante "DFMSA"), cuya única actividad es controlar PAMPA HOLDING, mediante una participación de control del 75,32%. El 50% del capital social de PAMPA HOLDING LLC se encuentra en poder de PAMPA F&F LLC.

6. PAMPA F&F LLC es una sociedad constituida en el Estado de Delaware, EE.UU, sujeta al control indirecto de los Accionistas (a través de la sociedad gerente DFMSA), cuya única actividad es controlar el 50 % del capital social de PAMPA HOLDING LLC y llevar adelante su control en virtud de su condición de socio gerente.

1711

7. GRUPO DOLPHIN S.A.: es una sociedad anónima argentina cuya actividad principal consiste en realizar inversiones y llevar a cabo actividades de administración de inversiones. Se encuentra sujeta al control directo del Señor Marcelo Mindlin, quién posee el 80% de su capital social. El remanente se encuentra en cabeza de los Señores Damián Mindlin y Gustavo Mariani en iguales proporciones (10% cada uno).

El Señor Marcelo Mindlin, accionista mayoritario del GRUPO DOLPHIN S.A. controla en forma directa e indirecta en la República Argentina a las siguientes empresas; 1) CONSULTORES FUND MANAGEMENT LIMITED (Cayman) es una sociedad de las Islas Cayman inversora y administradora de inversiones en mercados emergentes. Se encuentra sujeta a control directo por GRUPO DOLPHIN, titular del 100 % de su paquete accionario; 2) DOLPHIN FUND MANAGEMENT S.A. (Uruguay): es una sociedad uruguaya cuya actividad es la inversión, administración de inversiones y actividades relacionadas en el país y en el exterior, con empresas públicas, privadas y/o mixta de capital nacional y/o extranjero. Se encuentra directamente controlada por CONSULTORES, titular del 100% de su paquete accionario, y sujeta a control indirecto por GRUPO DOLPHIN; 3) CONSULTORES OPPORTUNITY MANAGEMENT (Cayman): es una sociedad de las Islas Cayman inversora y administradora de inversiones. Se encuentra directamente controlada por DFMSA, titular del 100% de su paquete accionario, y sujeta a control indirecto por GRUPO DOLPHIN; 4) DOLPHIN OPPORTUNITY MANAGEMENT Ltd. (Bermuda): es una sociedad de la Isla Bermuda dedicada a realizar y administrar inversiones a través de instrumentos públicos y/o privados en mercados emergentes. Se encuentra directamente controlada por DFMSA, titular del 99,99% de su paquete accionario, y sujeta a control indirecto por GRUPO DOLPHIN; 5) EASA: es una sociedad anónima argentina cuya única actividad es ser sociedad de inversión de EDENOR. Posee el 51% del total del paquete accionario de EDENOR. Se encuentra directamente controlada por DOLPHIN ENERGÍA, titular del 92,30% de su paquete accionario y del 90% de los derechos de voto, e IEASA, titular del 7,70% de su paquete accionario y del 10% de derechos de voto; y sujeta a control indirecto por parte del Señor Marcelo Mindlin, titular del 80% del paquete accionario de DOLPHIN ENERGÍA e IEASA (los Señores Damián Mindlin y

1712

Gustavo Mariani son titulares cada uno del 10% restante del paquete accionario en cada sociedad); 6) EDENOR: es una sociedad anónima argentina y la actividad que desarrolla como empresa concesionaria, es la de distribución y comercialización de energía eléctrica cuyo ámbito de ejercicio se encuentra circunscripto a ciertos partidos de la Provincia de Buenos Aires y la zona norte de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en función del contrato de concesión suscripto con el Estado Nacional. Se encuentra directamente controlada por EASA, titular del 51% de EDENOR, que, a su vez, está sujeta a control indirecto por parte del Señor Marcelo Mindlin, titular del 80% del paquete accionario de DOLPHIN ENERGÍA e IEASA. Adicionalmente, a través de New Equity Ventures LLC, sociedad sujeta al control de Marcelo Mindlin (posee el 80% de su capital social), éste controla el 14% del paquete accionionario de EDENOR; 7) DOLPHIN ENERGIA: es una sociedad anónima argentina cuyo objeto es adquirir y mantener participación, directa o indirectamente, en EDENOR, enajenar dicha participación y ejercer todos los derechos que le correspondan a su calidad de accionista directo o indirecto de EASA y/o EDENOR, según sea el caso. Se encuentra sujeta a control directo por parte del Señor Marcelo Mindlin, titular del 80% de su paquete accionario (los Señores Damián Mindlin y Gustavo Mariani son titulares del 10% del paquete accionario cada uno); 8) NEW EQUITY VENTURES LLC: Se encuentra sujeta al control directo del Señor Marcelo Mindlin, quién posee el 80% de su capital social. El remanente se encuentra en cabeza de los Señores Damián Mindlin y Gustavo Mariani en iguales proporciones (10% cada uno). La actividad principal consiste en ser titular del 14% del capital social de EDENOR; 9) CAM SOCIEDAD GERENTE (Argentina): Se trata de una sociedad anónima argentina, cuyo objeto social es la administración y dirección de fondos comunes de inversión. Se encuentra sujeta al control directo del Señor Marcelo Mindlin, quién posee el 80% de su capital social. El remanente se encuentra en cabeza de los Señores Damián Mindlin y Gustavo Mariani en iguales proporciones (10% cada uno); 10) IEASA: es una sociedad anónima argentina cuya única actividad consiste en adquirir y mantener participación, directa o indirectamente, en EDENOR. Se encuentra sujeta a control directo por parte del Señor Marcelo Mindlin, titular del 80% de su paquete accionario (los Señores Damián Mindlin y Gustavo Mariani son titulares del 10% del paquete accionario cada uno); 11) CITELEC: es una sociedad anónima argentina de inversión

1713

titular (luego del perfeccionamiento de la reestructuración de la deuda de TRANSENER) del 52,65% de las acciones de TRANSENER. GRUPO DOLPHIN es titular del 50% del paquete accionario de CITELEC. El titular del otro 50% del paquete accionario es Petrobrás de Energía S.A. ("PESA"), una sociedad anónima argentina controlada por Petrobras Energía Participaciones S.A., una sociedad anónima argentina, que es, a su vez, controlada por Petróleos Brasileiros S.A., una sociedad anónima brasileña. Cabe agregar que de acuerdo al Expediente Nro. S01:0301836/2006 (Conc. N° 588) que tramita por ante esta Comisión Nacional PESA vendió su participación accionaria en CITELEC a EP PRIMEROSE SPAIN S.L., empresa del Grupo Norteamericano Eton Park Capital Management; 12) TRANSENER: es una sociedad anónima argentina dedicada, en su carácter de única concesionaria y en conjunto con sus subsidiarias, al transporte de energía eléctrica de alta tensión. Tal y como fuera expresado en el punto anterior, por intermedio de CITELEC, GRUPO DOLPHIN controla en forma conjunta a TRANSENER con PESA (o quien lo suceda); 13) TRANSBA: es una sociedad anónima argentina dedicada principalmente a la actividad de transporte de energía eléctrica, actividad que desarrolla en virtud de la concesión otorgada para el transporte de energía eléctrica en la Provincia de Buenos Aires. Al igual que TRANSENER, se encuentra sujeta al control conjunto e indirecto de GRUPO DOLPHIN y PESA, toda vez que TRANSENER es titular del 90% del capital social de TRANSBA; 14) CENTRAL PUERTO S.A.: es una sociedad anónima que funciona como central térmica, generadora de energía eléctrica. PAMPA posee el 10% del paquete accionario y por tanto no ejerce ningún tipo de control sobre la misma; 15) HIDRONEUQUÉN S.A.:. es la sociedad anónima argentina inversora de Hidroeléctrica Piedra del Águila S.A. GRUPO DOLPHIN posee el 7,50% del paquete accionario, no ejerciendo ningún tipo de control sobre la misma.

8. EDFI es una sociedad anónima constituida en Francia de conformidad con las leyes societarias vigentes en dicho país, su actividad principal consiste en la participación en el capital de empresas públicas o privadas que ejerzan directa o indirectamente la totalidad o parte de sus actividades en los sectores de producción, transporte y distribución de electricidad en cualquier país excluido el territorio francés.

1714

9. El accionista controlante de EDFI es EDF S.A. (anteriormente denominada Electricité de France) que posee el 99,99% de sus acciones con derecho a voto.

10. Actualmente EDFI es titular del 25% del paquete accionario de EDENOR.

11. EDFI controla en forma directa e indirecta en la República Argentina a las siguientes empresas; 1) HINISA: es una sociedad anónima argentina, cuya actividad principal es la generación, venta y comercialización a granel de energía eléctrica por medio de la explotación del sistema hidroeléctrico dentro del marco de su concesión conformado por tres represas y tres plantas generadoras hidroeléctricas (Sistema "Nihuil I", "Nihuil II" y "Nihuil III") junto con un dique compensador. HINISA es parte de los siguientes Contratos de Concesión: a) Contrato Provincial de Concesión, por medio del cual el Gobierno Provincial otorgó a HINISA la concesión para el uso del agua del Río Atuel. Esta concesión fue otorgada de acuerdo a los términos de la Ley Provincial N° 6.088 del 21 de diciembre de 1993 y sus disposiciones complementarias y b) Contrato Nacional de Concesión, por medio del cual el Gobierno Nacional otorgó a HINISA la concesión para la generación hidroeléctrica de energía por medio de sus sistemas hidroeléctricos. El Contrato Nacional de Concesión fue otorgado por el Gobierno Nacional según los términos de las Leyes N° 15.336, N° 23.696 y N° 24.065. Dicho contrato da derecho a HINISA a generar y vender la energía eléctrica producida por sus instalaciones. De acuerdo a los Contratos de Concesión, se otorgan las concesiones por un término de 30 años desde el 1 de junio de 1994. HINISA se encuentra directamente controlada por Nihuiles, titular del 51% del paquete accionario, y sujeta a control indirecto por EDFI. Los restantes accionistas son la Provincia de Mendoza, titular del 47% del paquete accionario y el Programa de Propiedad Participada ("PPP"), titular del 2% del paquete accionario; 2) HIDISA: es una sociedad anónima argentina, cuya actividad principal es la generación, venta y comercialización a granel de energía eléctrica por medio de la explotación del sistema hidroeléctrico dentro del marco de su concesión conformado por tres represas y tres plantas

1715

generadoras hidroeléctricas (Sistema "Agua del Toro", "Los Reyunos" y "El Tigre"). El sistema cubre un largo aproximado de 55 km. y tiene una capacidad total nominal instalada y energía efectiva de 388,4 MW. HIDISA es parte de los siguientes Contratos de Concesión: a) Contrato Provincial de Concesión, por medio del cual el Gobierno Provincial otorgó a HIDISA la concesión para el uso hidroeléctrico del agua del río Diamante. Esta concesión fue otorgada de acuerdo a los términos de la Ley Provincial N° 6.088 del 21 de diciembre de 1993 y sus disposiciones complementarias y b) Contrato Nacional de Concesión, por medio del cual el Gobierno Nacional otorgó a HIDISA la concesión para la generación hidráulica de energía por medio de sus sistemas hidroeléctricos. El Contrato Nacional de Concesión fue otorgado por el Gobierno Nacional según los términos de las Leyes N° 15.336, N° 23.696 y N° 24.065. Dicho contrato da derecho a HIDISA a generar y vender la energía eléctrica producida por sus instalaciones. De acuerdo a los Contratos de Concesión, se otorgan las concesiones por un término de 30 años desde 19 de octubre de 1994. HIDISA se encuentra directamente controlada por Diamante, titular del 59% del paquete accionario, y sujeta a control indirecto por EDFI. Los restantes accionistas son la Provincia de Mendoza, titular del 39% del paquete accionario, y el PPP, titular del 2% del paquete accionario; 3) ELECTRIGAL: es la sociedad anónima argentina que tomó el control de la Concesión de Transporte de Energía Eléctrica por Distribución Troncal del Cuyo en 1995 en el marco de una licitación internacional a cargo de DISTROCUYO. EDFI posee el 20,91% del paquete accionario de ELECTRIGAL; 4) DISTROCUYO: es una sociedad anónima argentina concesionaria de transporte de energía eléctrica por distribución troncal de Cuyo. Se encuentra directamente controlada por ELECTRIGAL, titular del 51% de su paquete accionario; 5) TERMOELECTRICA JOSE DE SAN MARTIN S.A.: es una sociedad anónima argentina cuyo objeto es la generación de energía eléctrica. Esta sociedad tendrá una potencia de 800 MW, estimándose la fecha de habilitación comercial recién para el mes de mayo del año 2008. HINISA posee el 4,40% en TJSM, siendo la participación de HIDISA del 2,26%; 6) TERMOELECTRICA MANUEL BELGRANO S.A.: es una

COMISION NACIONAL EXPTES. DE LA C. 1716

sociedad anónima argentina cuyo objeto es la generación de energía eléctrica. Esta sociedad tendrá una potencia de 800 MW, estimándose la fecha de habilitación comercial recién para el mes de mayo del año 2008. HINISA posee el 4,40% en TMB, siendo la participación de HIDISA del 2,26%. Esta compañía no controla en forma directa o indirecta ninguna compañía con actividades en la República Argentina.

12. NIHUILES es la sociedad anónima argentina adjudicataria del paquete accionario de control de HINISA, en el marco de la licitación pública internacional llevada a cabo en el año 1994.

13. Se encuentra sujeta a control directo por EDFI, titular de aproximadamente el 64,90% del paquete accionario, el resto de las acciones se encuentran en un 12;50% en poder del Banco Galicia y el restante 22;62% en poder de NUCLEAMIENTO INVERSOR S.A.(NISA).

14. DIAMANTE es la sociedad anónima adjudicataria del paquete accionario mayoritario de control de HIDISA, en el marco de la licitación pública internacional llevada a cabo en el año 1994.

15. Se encuentra sujeta a control directo por EDFI, titular del 56% del paquete accionario, el resto de las acciones se encuentran en un 12,50% en poder del Banco Galicia y el restante 31,50% en poder de NUCLEAMIENTO INVERSOR S.A.(NISA).

II. ENCUADRE LEGAL

16. Las sociedades involucradas dieron cumplimiento a los requerimientos de esta COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA efectuados en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 58 de la Ley Nº 25.156, notificando la operación en tiempo y forma de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 8 de dicha norma

1717

17. La operación notificada constituye una concentración económica en los términos del artículo 6°, inciso c) de la Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia.

18. La obligación de efectuar la notificación obedece a que el volumen de negocios de las empresas afectadas supera el umbral de PESOS DOSCIENTOS MILLONES ($200.000.000) establecido en el artículo 8° de la Ley N° 25.156, y la operación no se encuentra alcanzada por ninguna de las excepciones previstas en dicha norma.

III. PROCEDIMIENTO

19. El día 27 de junio de 2006, las empresas FRIGORIFICO LA PAMPA S.A. (en trámite de inscripción de cambio de denominación social por PAMPA HOLDING S.A.) y EDF INTERNATIONAL S.A. notificaron en forma conjunta la operación de concentración económica en trámite por las presentes actuaciones.

20. El día 3 de julio de 2006, debido a que la presentación de las partes notificantes no cumplían con lo establecido en la Resolución SDCyC Nº 40/2001, se les notificó 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.

21. El día 11 de julio de 2006 las partes notificantes realizaron una presentación a efectos de cumplimentar lo ordenado por esta Comisión Nacional.

22. Con fecha 12 de julio de 2006 se le solicitó al ENTE NACIONAL REGULADOR DE LA ELECTRICIDAD su intervención conforme al art. 16 de la Ley 25.156.

23. Analizada la información suministrada por las notificantes, esta Comisión Nacional entendió que la presentación no satisfacía los requerimientos establecidos en el Formulario F1, por lo que procedió a realizar las observaciones pertinentes que fueron

notificadas a las empresas notificantes el día 14 de julio de 2006, suspendiendo en consecuencia el plazo previsto en el artículo 13 de la Ley Nº 25.156.

24. El día 21 de julio de 2006 las empresas notificantes realizaron sus respectivas presentaciones suministrando la información requerida.

25. El día 25 de julio de 2006 EDF realiza una presentación contestando información adicional al Formulario F1.

26. Tras analizar la información presentada por los apoderados de las empresas notificantes esta Comisión Nacional consideró que las mismas se hallaba incompletas, en razón de ello se formularon nuevas observaciones, que fueron notificadas a PAMPA HOLDING y EDFI con fechas 3 y 7 de agosto 2006 respectivamente. Asimismo, se hizo saber a las partes que hasta tanto no dieran debida respuesta al requerimiento efectuado continuaría suspendido el plazo establecido por el artículo 13 de la Ley N° 25.156.

27. Con fecha 3 de agosto de 2006 PAMPA HOLDING realizó una presentación acompañando información complementaria al Formulario F1.

28. Con fecha 11 de septiembre de 2006 EDFI realizó una presentación a fin de dar completo cumplimiento al último requerimiento realizado por esta Comisión Nacional.

29. Con fecha 14 de septiembre de 2006 PAMPA HOLDING realizó una presentación a fin de acompañar una versión unificada de los organigramas oportunamente informados en el Formulario F1.

30. Tras analizar la información presentada por el apoderado de EDFI, esta Comisión Nacional consideró que la misma se hallaba incompleta, en razón de ello se ordenó

1719

con fecha 15 de septiembre de 2006 a EDFI que presentara la información solicitada conforme fuera solicitado oportunamente por esta Comisión. Asimismo, se hizo saber a las partes que hasta tanto no dieran debida respuesta al requerimiento efectuado continuaría suspendido el plazo establecido por el artículo 13 de la Ley N° 25.156.

31. El día 18 de septiembre de 2006, el ENTE NACIONAL REGULADOR DE LA ELECTRICIDAD remitió una nota a fin de dar respuesta al requerimiento oportunamente formulado. En ese sentido manifestó: "*...En nuestra obligación de evitar las prácticas discriminatorias y los abusos de posición dominante en el marco de la Ley 24.065 y su Decreto Reglamentario, se efectuó el análisis de rigor. Para el presente caso no se encontrarían objeciones a la transacción que la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia hace mención, por la que PAMPA o un cesionario elegible adquiere el control indirecto de HINISA e HIDISA mediante la compra de todas las acciones de EDFI en INVERSORA NIHUILES S.A. y en INVERSORA DIAMANTE S.A. ...No obstante, entendemos necesario informarle que según la última información recibida por el ENRE la cantidad total de acciones de EDFI en INVERSORA NIHUILES S.A. es de 36.340.586 acciones, representativas del 64,88 % del capital accionario, y en INVERSORA DIAMANTE S.A. es de 24.578.400 acciones representativas del 56% de las acciones totales. Esta difiere con las cantidades informadas en las actuaciones adjuntas a vuestra Nota CNDC CONC. N° 626 del 7 de agosto de 2006...Sin perjuicio de las eventuales autorizaciones que pudieren resultar necesarias por parte de otros órganos competentes del Estado Nacional, creemos necesario informar a esa Comisión que con fecha 8 de Mayo de 2006, fue publicado en el Boletín Diario de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires un texto a través del cual el Sr. Damián Miguel Mindlin informaba que, la sociedad "Pampa Holding S.A." había acordado con la sociedad "Stein Ferroaleaciones" constituir una sociedad anónima, a través de la cual adquirirán un paquete accionario compuesto por el 64,88% del capital accionario de Inversora Nihuiles y el 56% del capital accionario de Inversora Diamante. Asimismo, indicaba que Pampa Holding*

será titular de al menos el 80% del capital social. ...STEIN FERROALEACIONES es una empresa electro-intensiva que, en virtud a un convenio de suministro celebrado con Agua y Energía Sociedad del Estado y Energía Mendoza Sociedad del Estado aprobado por Resolución N° 812/1995 del Ministerio de Economía y Obras Y Servicios Públicos, compra energía en el mercado a un precio subsidiado...Atento a lo expuesto, STEIN FERROALEACIONES resulta titular del 20% restante y se configura una situación en la que el mismo agente económico vende energía en el mercado eléctrico a un precio pleno, en su carácter de accionista de un agente Generador, pero compra energía en el mercado a un precio subsidiado, en su carácter de empresa electro-intensiva..."

32. Atento a las manifestaciones realizadas por el ENRE, esta Comisión Nacional resolvió con fecha 19 de septiembre de 2006, requerirle a PAMPA HOLDING y EDFI que en el término de 3 días aclaren lo expuesto por dicho Organismo en relación a cada una de ellas.

33. Con fecha 21 de septiembre de 2006 PAMPA HOLDING contestó el requerimiento solicitado por esta Comisión Nacional.

34. Con fecha 21 de septiembre de 2006 EDFI contestó el requerimiento solicitado por esta Comisión Nacional respecto a las manifestaciones realizadas por el ENRE y dio cumplimiento a lo ordenado por esta Comisión Nacional respecto a las observaciones al Formulario F1.

35. Atento a las manifestaciones realizadas por las partes, esta Comisión Nacional con fecha 25 de septiembre de 2006 le solicitó al ENTE NACIONAL REGULADOR DE LA ELECTRICIDAD que aclare los dichos vertidos por PAMPA HOLDING y que expresamente diera su opinión de la concentración económica objeto de las presentes actuaciones conforme el art. 16 de la Ley 25.156.

1729

36. Finalmente, con fecha 2 de octubre de 2006 se dio por cumplido el Formulario F1 de notificación presentado por las partes notificantes, reanudándose a partir del 21 de septiembre de 2006 el plazo establecido en el Artículo 13 de la Ley Nº 25.156.

37. El día 27 de septiembre de 2006, el ENTE NACIONAL REGULADOR DE LA ELECTRICIDAD dio respuesta al último requerimiento formulado por esta Comisión Nacional. En ese sentido manifestó: *"...Me dirijo a Ud. con relación a vuestra Nota de la referencia, a través de la cual requiere que este Organismo indique si la operación de concentración económica que se tramita en le expediente de la referencia transgrede lo dispuesto por los Artículos 30 y 31 de la Ley Nº 24.065...El ENRE no encuentra objeciones a la misma, toda vez que no se ve vulnerado lo previsto en los mencionados artículos de la citada ley. Al respecto, en la Nota ENRE Nº 68988 se dijo:"...Para el presente caso no se encontrarían objeciones a la transacción que la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia hace mención, por la que PAMPA o un cesionario elegible adquiere el control directo de HINISA e HIDISA mediante la compra de todas las acciones de EDFI en INVERSORA NIHUILES S.A. y en INVERSORA DIAMANTE S.A."...Eso no obsta para que el ENRE, en cumplimiento de sus misiones y funciones, haya detectado la circunstancia, que ha puesto en conocimiento de la SECRETARIA DE ENERGÍA, que la empresa STEIN FERROALEACIONES en su condición de accionista de un agente generador venda energía a precio pleno y compre a un precio subsidiado, en su carácter de empresa electro-intensiva, en el convencimiento de que ello podría llegar a concitar el interés e la mencionada Secretaría, dado su papel de Autoridad de Aplicación que, a raíz de la emergencia económica, recondujo el convenio por el que se compensa - con subsidio- el costo de energía eléctrica de STEIN FERROALEACIONES.... Tal circunstancia fue incorporada a la respuesta a esa Comisión, en el entendimiento de realizar un aporte para que los organismos estatales involucrados dispongan de similar información".*

1722

IV. EVALUACION DE LOS EFECTOS DE LA OPERACIÓN DE CONCENTRACION SOBRE LA COMPETENCIA

38. La operación notificada consiste en el cambio de control del actual accionista controlante EDF, al nuevo, PAMPA HOLDING empresa perteneciente al grupo DOLPHIN, de dos empresas HINISA e HIDISA dedicadas a la generación de energía eléctrica en el ámbito de la provincia de Mendoza, bajo los términos de una concesión otorgada por el Estado Nacional y la Provincia de Mendoza.

39. En ese contexto analizaremos si existen relaciones verticales u horizontales como consecuencia de la operación.

40. En primer término no existen relaciones horizontales puesto que el grupo DOLPHIN no posee participaciones mayoritarias o de control en otras generadoras de electricidad, en cambio el mencionado grupo si posee el control conjunto de TRANSENER Y TRANSBA, las empresas transmisoras de alta tensión, y EDENOR SA por lo que existen relaciones verticales que analizaremos con el fin de considerar si tienen potencialidad suficiente como para afectar la competencia.

IV . I Naturaleza de la operación.

41. Si bien la presente operación importa un cambio en el control a través de la transferencia de acciones de EDFI a favor de DOLPHIN en HINISA e HIDISA, la empresa compradora participa en empresas de transmisión (TRANSENER y TRANSBA), generación de energía eléctrica (7.5% de HIDROELECTRICA PIEDRA DEL AGUILA y 10 % de CENTRAL PUERTO SA) y distribución de electricidad (EDENOR SA)

COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA 1723

42. De este modo, la presente operación de concentración económica implica una relación vertical entre las empresas de generación, las de distribución y transmisión de alta tensión .

43. En el siguiente apartado se volcarán los aspectos particulares que presenta una operación de concentración económica en mercados que involucran segmentos competitivos y segmentos regulados, tratando de identificar las posibles preocupaciones desde el punto de vista de la defensa de la competencia que podrían surgir. Posteriormente, se analizará si dichas preocupaciones aparecen en la presente operación de concentración.

IV . 2 El mercado relevante del producto.

44. La presente operación implica un cambio en el control accionario de las empresas de generación eléctrica HINISA S.A. e HIDISA SA, a favor de PAMPA HOLDING. Cabe acotar como se dijo precedentemente que el grupo DOLPHIN detenta el control conjunto en TRANSENER y TRANSBA con PETROBRAS como así también el control de EDENOR S.A. Por lo tanto, se define como mercados relevantes del producto a los de generación, distribución y transmisión eléctrica en alta tensión.

IV . 3 El mercado geográfico relevante.

45. En cuanto al alcance geográfico del mercado relevante, se debe señalar que éste incluye a todas las zonas geográficas abarcadas por el SISTEMA INTERCONECTADO NACIONAL. (SIN) En concreto, estas regiones son Cuyo, Comahue, Centro, Noroeste Argentino, Noreste Argentino, Gran Buenos Aires y Ciudad de Buenos Aires.

IV . 4 Datos de mercado correspondientes a HINISA e HIDISA

46. HINISA es una sociedad anónima argentina, cuya actividad principal es la generación, venta y comercialización a granel de energía eléctrica por medio de la explotación del sistema hidroeléctrico dentro del marco de su concesión conformado por tres represas y tres plantas generadoras hidroeléctricas (Sistema "Nihuil I", "Nihuil II" y "Nihuil III") junto con un dique compensador.

47. El sistema está ubicado en el Río Atuel en el Departamento de San Rafael en la Provincia de Mendoza y tiene una capacidad total nominal instalada de 265,2 MW y energía efectiva de 224 MW. Desde 1994 la generación anual promedio es de 915 GWh, con el nivel más alto 1.199 GWh alcanzado en el 1982 y el nivel más bajo de 569 GWh alcanzado en 1972.

48. HINISA es parte de los siguientes Contratos de Concesión:

a) Contrato Provincial de Concesión, por medio del cual el Gobierno Provincial otorgó a HINISA la concesión para el uso del agua del Río Atuel. Esta concesión fue otorgada de acuerdo a los términos de la Ley Provincial N° 6.088 del 21 de diciembre de 1993 y sus disposiciones complementarias.

b) Contrato Nacional de Concesión, por medio del cual el Gobierno Nacional otorgó a HINISA la concesión para la generación hidroeléctrica de energía por medio de sus sistemas hidroeléctricos. El Contrato Nacional de Concesión fue otorgado por el Gobierno Nacional según los términos de las Leyes N° 15.336, N° 23.696 y N° 24.065. Dicho contrato da derecho a HINISA a generar y vender la energía eléctrica producida por sus instalaciones con una capacidad de generación de 265 MW.

1725

49. De acuerdo a los Contratos de Concesión, se otorgan las concesiones por un término de 30 años desde el 1 de junio de 1994.

50. HINISA se encuentra directamente controlada por Nihuiles, titular del 51% del paquete accionario, y sujeta a control indirecto por EDFI. Los restantes accionistas son la Provincia de Mendoza, titular del 47% del paquete accionario y el Programa de Propiedad Participada ("PPP"), titular del 2% del paquete accionario.

HIDISA

51. HIDISA es una sociedad anónima argentina, cuya actividad principal es la generación, venta y comercialización a granel de energía eléctrica por medio de la explotación del sistema hidroeléctrico dentro del marco de su concesión conformado por tres represas y tres plantas generadoras hidroeléctricas (Sistema "Agua del Toro", "Los Reyunos" y "El Tigre"). El sistema cubre un largo aproximado de 55 km. y tiene una capacidad total nominal instalada y energía efectiva de 388,4 MW.

52. HIDISA es parte de los siguientes Contratos de Concesión:

    a. Contrato Provincial de Concesión, por medio del cual el Gobierno Provincial otorgó a HIDISA la concesión para el uso hidroeléctrico del agua del río Diamante. Esta concesión fue otorgada de acuerdo a los términos de la Ley Provincial N° 6.088 del 21 de diciembre de 1993 y sus disposiciones complementarias.

    b. Contrato Nacional de Concesión, por medio del cual el Gobierno Nacional otorgó a HIDISA la concesión para la generación hidráulica de energía por medio de sus sistemas hidroeléctricos. El Contrato Nacional de Concesión fue otorgado por el Gobierno Nacional según los términos de las Leyes N°

1726

15.336, N° 23.696 y N° 24.065. Dicho contrato da derecho a HIDISA a generar y vender la energía eléctrica producida por sus instalaciones.

53. De acuerdo a los Contratos de Concesión, se otorgan las concesiones por un término de 30 años desde 19 de octubre de 1994.

54. HIDISA se encuentra directamente controlada por Diamante, titular del 59% del paquete accionario, y sujeta a control indirecto por EDFI. Los restantes accionistas son la Provincia de Mendoza, titular del 39% del paquete accionario, y el PPP, titular del 2% del paquete accionario.

55. A continuación en el cuadro I se informa sobre el volumen de ventas de energía de en GWh correspondiente al año 2005 para HINISA e HIDISA, y su correspondiente porcentual respecto al total de las generadoras mas importantes del país.

Cuadro I

Empresa	Energía 2005 GWh	Participación 2005
E.B. YACYRETA	12299	13.34%
CENTRAL COSTANERA S.A.	8402	9.11%
CENTRAL PUERTO S.A.	7007	7.60%
NUCLEOELECTRICA ARG S.A.	6374	6.92%
HIDR. PIEDRA DEL AGUILA S.A.	6090	6.61%
GENELBA – PETROBRAS	4937	5.36%

PLUSPETROL ENERGY S.A. (TUC Y SM)	4827	5.24%
C.T. AES PARANA	4183	4.54%
HIDROELECTRICA EL CHOCON S.A.	3931	4.26%
CENTRAL DOCK SUD	3822	4.15%
CTM SALTO GRANDE	3788	4.11%
AGUA DEL CAJON	3192	3.46%
AES ALICURA S.A.	2389	2.59%
C. TERMICAS MENDOZA S.A.	2251	2.44%
HIDR. CERROS COLORADOS S.A.	1986	2.16%
CENTRAL PIEDRABUENA	1958	2.12%
HINISA	1028	1.12%
HIDISA	666	0.72%

Fuente: Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico (CAMMESA)

56. Como se puede observar la participación conjunta de ambas generadoras es de 1.84% en relación al total de la energía generada.

57. En el cuadro nº 2, se muestra el porcentaje en la participación de generación de Energía Eléctrica que han tenido HIDISA e HINISA tanto aen lo que respecta al total de generación hidráulica como respecto al tota del MEM, para los años 2003, 2004 y 2005.

Cuadro 2.- Porcentaje participación Generación MWh HINISA-HIDISA.

AGENTE	GENERACION NETA (MWh)-OFERTA					
	2003		2004		2005	
	HID	MEM	HID	MEM	HID	MEM

Hid. DIAMANTE	2.43%	1.07%	1.09%	0.40%	1.85%	0.72%
Hid. NIHUILES	3.00%	1.32%	2.84%	1.04%	2.86%	1.12%
MEM	100%	100%	100%	100%	100%	100%

Fuente: Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico (CAMMESA)

V . El marco regulatorio de la actividad eléctrica

58. Con referencia al Marco regulatorio de la actividad y el funcionamiento del mercado eléctrico, ambos aspectos profusamente descriptos en oportunidad de analizarse la operación de concentración entre PECOM y PETROBRAS, nos remitimos al Dictamen Nº 346/2003 (Fundación Perez Companc, Goyaike y otros – Petroleo Brasileiro SA) en honor a la brevedad, no obstante recordaremos algunos artículos incluidos en el Marco regulatorio que previenen conductas anticompetitivas.

59. En términos generales la ley prohibe expresamente las conductas comerciales anticompetitivas, establece normas a la provisión de servicios, e impone limitaciones a la integración vertical y horizontal de las licenciatarias.

60. El Artículo 19º menciona que los generadores, transportistas y distribuidores, no podrán realizar actos que impliquen competencia desleal ni abuso de una posición dominante en el mercado. La configuración de las situaciones descritas precedentemente, habilitará la instancia judicial para el ejercicio de las acciones previstas por la Ley 25.156 de Defensa de la Competencia.

1729
COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

61. Por su parte el Capítulo VI de la ley establece las reglas para la provisión de los servicios. Así, el Artículo 21º determina que los distribuidores deberán satisfacer toda la demanda de electricidad que les sea requerida en los términos del contrato de concesión, y el Artículo 22º menciona el libre acceso a la capacidad de transporte de las redes de los transportistas y distribuidores, que no esté comprometida para abastecer la demanda contratada. Además, el Artículo 23º prohibe la discriminación en el acceso de las redes por parte de las transportistas y distribuidoras. En caso de que algún usuario requiera el servicio eléctrico a un distribuidor, o solicite el libre acceso a la capacidad de transporte de un transportista o distribuidor, y no se llegue a un acuerdo entre las partes, el Artículo 25º establece la función del ENRE como mediador ante este conflicto.

62. En el Capítulo VII se mencionan las limitaciones a la integración vertical y horizontal de las licenciatarias. En este sentido, la ley declara:

63. ARTICULO 30.- Los transportistas (sea individualmente, o como propietarios mayoritarios, y/o como tenedores de paquetes accionarios mediante los cuales accedan al control de la empresa concesionaria del transporte), no podrán comprar ni vender energía eléctrica.

64. ARTICULO 31.- Ningún generador, distribuidor, gran usuario ni empresa controlada por algunos de ellos o controlante de los mismos, podrá ser propietario o accionista mayoritario de una empresa transportista o de su controlante. No obstante ello, el Poder Ejecutivo podrá autorizar a un generador, distribuidor y/o gran usuario a construir, a su exclusivo costo y para su propia necesidad, una red de transporte, para lo cual establecerá las modalidades y forma de operación.

65. ARTICULO 32.- Sólo mediante la expresa autorización del ente dos o más transportistas, o dos o más distribuidores, podrán consolidarse en un mismo grupo

empresario o fusionarse. También será necesaria dicha autorización para que un transportista o distribuidor pueda adquirir la propiedad de acciones de otro transportista o distribuidor, respectivamente.

66. Finalmente, referido al tema tarifario, la ley prohibe la discriminación de precios. El Artículo 44º determina que ningún transportista ni distribuidor podrá aplicar diferencias en sus tarifas, cargos, servicios o cualquier otro concepto excepto que aquéllas resulten de distinta localización o tipo de servicios.

67. El Decreto Nº 1.398, faculta al ENRE para velar por el cumplimiento de los Artículos 19º, y 22º.

68. Posteriormente, la Ley Nº 25.156 de Defensa de la Competencia en su Artículo 59 traslada las atribuciones de competencia de cualquier Ente u Organismo conferida por otras leyes anteriores, al Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia.

69. Respecto al tema de tarifas, las mismas en función a la Ley de Emergencia Económica se encuentran en proceso de revisión con la Unidad de Renegociación de los Contratos de servicios públicos (UNIREN).

70. Con respecto al marco regulatorio esta Comisión dirigió al ENRE un oficio a fin de solicitar la opinión de este organismo respecto al impacto sobre la competencia de la operación de concentración bajo análisis. Al respecto el ENRE respondió (Fojas 1600 - 1601) ***"Para el presente caso no se encontrarían objeciones a la transacción que La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia hace mención, por la que PAMPA o un cesionario elegible adquiere el control indirecto de HINISA e***

HIDISA mediante compra de todas las acciones de EDFI en INVERSORA NIHUILES S.A. y en INVERSORA DIAMANTE S.A."

71. En cuanto a las ampliaciones del sistema de transporte concesionado a TRANSENER S.A., la transportista no puede iniciar ampliaciones de su sistema sin la aprobación previa del ENRE. Asimismo, las obras deben ser solicitadas por los usuarios y son ellos los que enfrentarán los costos asociados a su realización.

72. En cuanto a las tarifas aplicables a los usuarios del sistema de transporte y remuneración de TRANSENER S.A. el mecanismo de recaudación no posibilita que la transportista aplique tarifas diferenciadas entre los distintos agentes.

73. Por último respecto al libre acceso el artículo 22 de la Ley 24.065 establece que "los transportistas y los distribuidores están obligados a permitir el acceso indiscriminado de terceros a la capacidad de transporte de sus sistemas que no está comprometida para abastecer la demanda contratada, en las condiciones convenidas por las partes y de acuerdo a los términos de esta Ley."

74. Este principio es recogido por el Contrato de Concesión de TRANSENER, donde en el artículo 22 inciso b) establece como obligación "Permitir el acceso indiscriminado a la capacidad de transporte existente a cualquier agente del MEM conforme términos del "REGLAMENTO DE ACCESO."

75. A continuación se analizará conceptualmente las implicancias que para la defensa de la competencia importa una integración vertical en mercados en competencia conjuntamente con mercados regulados.

COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
1732

V . 2 Aspectos conceptuales.

V .2 . 1 Consideraciones sobre la integración vertical

76. La posibilidad de integración vertical (y en su caso, el grado en que dicha integración es permitida) en las industrias caracterizadas por la existencia de un monopolio natural en alguna de las etapas del proceso productivo, es parte del diseño de la política regulatoria estructural y del marco regulatorio respectivo.

77. Las alternativas van desde el extremo de una completa separación de las diferentes etapas del proceso productivo hasta el opuesto de una única empresa verticalmente integrada.

78. Dicho diseño, visto desde una perspectiva de eficiencia económica, debería balancear dos efectos opuestos sobre el bienestar, ambos producto de la integración vertical: por un lado, la posibilidad de mayor eficiencia (ahorros de costos de transacción, mejor coordinación, obtención de economías de escala y de alcance), y por el otro, la posibilidad de un menor grado de competencia en alguna de las etapas de la industria en cuestión.

79. La integración vertical del transporte y distribución de energía traería aparejada una serie de posibles ganancias de eficiencia relacionadas con economías de alcance, una mejor coordinación, la posibilidad de evitar un comportamiento oportunista, la disminución de costos de transacción y costos regulatorios.

COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
1733

80. En primer lugar dicha integración permitiría aprovechar economías de alcance[1]. La integración vertical permite coordinar de una mejor manera la operación del sistema eléctrico y las inversiones, a su vez reduce los costos de transacción entre el generador y el monopolio de transmisión - distribución.

81. Ante una integración vertical la planificación de inversiones respondería a los incentivos que conjuntamente tengan los transportistas y distribuidores de energía. En ocasiones es eficiente invertir en líneas más grandes que permanecen ociosas por un tiempo a la espera de nuevas centrales que entren en un escenario de mayor demanda. Sin embargo, en una separación vertical el distribuidor y el transportista tendrían visiones distintas de la escala de la inversión a realizar.

82. Por otro lado, estas restricciones a la inversión y coordinación suelen generar funciones de costos sub-aditivas, que implican que el costo de producir un bien o prestar un servicio a través de una única firma sea menor que hacerlo mediante un número mayor, y otorgan al mercado las características de un "monopolio natural" en los servicios de transporte y en la distribución.

83. Con respecto al argumento del comportamiento oportunista, se suele argumentar que la integración vertical redundaría en una inversión más eficiente. Este argumento tiene su origen en las características de la gran mayoría de las inversiones, en generación, transmisión y distribución todas las inversiones son específicas al lugar donde se hacen una vez que se hunden los activos. En cambio, sólo en el caso de la transmisión son importantes las especificidades de diseño y dedicación. Existen activos específicos a un lugar, especificidades de diseño y activos dedicados, estas características facilitan el comportamiento oportunista una vez que se separa

[1] Existen economías de alcance cuando el costo de dos o más actividades es menor si se produce conjuntamente.

verticalmente la industria, toda vez que los incentivos del distribuidor sean diferentes a los del transportista.

84. Los costos regulatorios una vez separada verticalmente la industria pueden surgir por varios motivos. Uno de ellos se debe a la presencia de información asimétrica entre las empresas y el ente regulador. Las empresas tienen incentivos a distorsionar los costos que informan al ente regulador, de forma tal de aprovecharse de una mayor renta. Dada esta situación el ente regulador debe incurrir en mayores costos de control para verificar la información aportada por las empresas respecto a su estructura de costos.

85. A su vez, para evitar el comportamiento oportunista comentados anteriormente el ente regulador debe incurrir en mayores costos para regular y controlar la aparición de estas acciones. De existir una firma verticalmente integrada las decisiones de inversión serían óptimas para todas las etapas de la producción y eliminarían internamente estas conductas.

86. Otra aproximación a la problemática de la estructura vertical de la industria es la que provee la "Economía de los Costos de Transacción", que han sido definidos como los costos de funcionamiento del sistema económico. De esta manera, tomando la transacción como unidad básica de análisis, puede verse al tamaño de la firma como resultado de un proceso de comparación del ahorro de costos de transacción con el incremento de los costos burocráticos de la organización interna y con los costos de producción. La firma continuará incorporando actividades mientras el ahorro de costos de transacción sea superior al aumento de la suma de los demás costos.

87. La integración vertical, en este contexto, sería una de las vías más importantes para economizar costos de transacción y, por consiguiente, para aumentar la eficiencia.

88. Una firma verticalmente integrada internaliza el efecto que cada una de las etapas (transmisión - distribución) genera sobre la siguiente. Entre otros elimina el problema de la doble marginalización, producto de dos etapas monopólicas en la industria, y por ende genera una mejora en el bienestar.

89. Otra interpretación a la conveniencia de la integración vertical es encontrada cuando se acepta como hipótesis de comportamiento que los agentes económicos no poseen racionalidad ilimitada y que persiguen su propio interés económico (oportunismo), la presencia de activos especializados puede conducir a que la forma óptima de organización de la producción sea la integración vertical y no las relaciones de mercado entre empresas segmentadas. El imperativo organizacional podría no ser solamente maximizar beneficios de corto plazo, sino organizar las transacciones de forma tal de economizar costos de transacción, protegiéndolas de la amenaza del oportunismo.

90. Resumiendo la posibilidad de integración vertical (y en su caso, el grado en que dicha integración es permitida) en las industrias caracterizadas por la existencia de un monopolio natural en alguna de las etapas del proceso productivo es parte del diseño del marco regulatorio respectivo.

91. Las posibilidades van desde un extremo de completa separación de las diferentes etapas del proceso productivo hasta el extremo opuesto de una única empresa verticalmente integrada. Dicho diseño, visto desde una perspectiva de eficiencia económica, debería balancear dos efectos opuestos sobre el bienestar, ambos producto de la integración vertical: por un lado tal como se explicó en los párrafos anteriores, las posibles mayores eficiencias (ahorros de costos de transacción, mejor coordinación, obtención de economías de escala y de alcance), y por el otro, la posibilidad de un menor grado de competencia en alguna de las etapas de la industria en cuestión.

92. En estos casos de industrias sujetas a regulación, el análisis que realiza la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) cuando debe pronunciarse en el marco de una notificación previa de una operación de concentración económica que modifica el grado de integración vertical u horizontal del mercado, toma como un dato el diseño regulatorio al que está sujeta la industria en cuestión e indaga, respecto de determinados mercados relevantes, los posibles efectos sobre la competencia y el interés económico general, tal como lo determina el artículo 7º de la Ley 25.156. En ese sentido puede afirmarse que el análisis que realiza la CNDC no determina ex – ante la superioridad de determinada organización vertical de la industria por sobre otra; y por ello difiere del enfoque que utiliza el ente regulador, el cual debe vigilar por el cumplimiento de determinada organización vertical, que viene impuesta por el marco regulatorio mismo.

93. En consecuencia, una operación de concentración económica que afecte a una industria regulada sólo será objetada por esta Comisión en el caso de que restrinja o distorsione la competencia, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general (art. 7º, Ley 25.156).

94. En dichos casos el análisis que efectúa la Comisión abarca todas las etapas de producción en las que pueda estar dividida la industria en cuestión, pero, dependiendo ello del marco regulatorio concreto, hará mayor hincapié en aquellas etapas o mercados donde por ser posible la competencia los efectos de la operación pueden resultar más significativos a dicho respecto.

95. Con referencia específica al supuesto de una operación de concentración económica que altere el grado de integración vertical de una industria regulada, como es el presente caso bajo análisis, las principales preocupaciones desde el punto de vista de la aplicación de la Ley 25.156, son las siguientes: a) extensión de poder de mercado b) evasión de la regulación; y c) conductas oportunistas típicas en una integración

vertical. d) que la operación de concentración económica le otorgue a las empresas involucradas un poder de compra de insumos tal que se puedan ejecutar prácticas restrictivas o discriminatorias aguas arriba en la cadena productiva. e) que el poder de mercado alcanzado no desaliente el ingreso de nuevos competidores a medida que se desregula el mercado y f) que el transportista aplique tarifas diferenciadas

96. En resumen, la integración en industrias en las cuales coexisten una o más etapas monopólicas reguladas junto con una o más etapas en competencia, presentan potenciales preocupaciones desde el punto de vista del análisis de defensa de la competencia. Estas preocupaciones consisten básicamente en:

a) la extensión del poder de mercado desde el segmento regulado hacia el segmento desregulado;

b) la evasión de la regulación;

c) las conductas oportunistas típicas en una integración vertical;

d) que la operación de concentración económica no le otorgue a las empresas involucradas un poder de compra de insumos tal que se puedan ejecutar prácticas restrictivas o discriminatorias aguas arriba (en el presente caso el sector de generación de energía) en la cadena productiva;

e) que el poder de mercado alcanzado no desaliente el ingreso de nuevos competidores a medida que se desregula el mercado. Esto es que los generadores y comercializadores junto con los distribudores, pueden competir para captar a los grandes usuarios a medida que disminuyen los requisitos técnicos para acceder a dicha categoría de usuario.

f) Adicionalmente analizaremos la posibilidad de discriminación de tarifas.

97. La mayor o menor probabilidad de que estas posibles conductas anticompetitivas u oportunistas sucedan depende de una serie de factores, entre los cuales se encuentran el diseño del marco regulatorio específico y las características propias del mercado desregulado.

V. 3 Los efectos sobre la competencia.

98. Como ya se expresó en párrafos anteriores la operación que se notifica consiste en la compra por parte de PAMPA HOLDING de un número de acciones que le permiten obtener el control de HIDISA e HINISA. El grupo adquirente como se adelantó ya posee participación en ciertas sociedades, entre las que se destacan: TRANSENER, TRANSBA, EDENOR SA y participaciones minoritarias en HIDROELECTRICA PIEDRA DEL AGUILA y CENTRAL PUERTO SA.

99. A continuación se testeará si la presente operación despierta algunas de las preocupaciones mencionadas

a) Extensión del poder de mercado

100. Una de las preocupaciones que puede generar una concentración entre un distribuidor de energía eléctrica y un generador radica en la posibilidad de manejo del insumo crítico, esto es la electricidad producto de la generación. En este sentido, si el Grupo DOLPHIN poseyera una participación importante en el segmento de la generación podría despertar alguna preocupación en la medida que pudiere discriminar entre otras distribuidoras, grandes usuarios y comercializadoras a favor de su empresa distribuidora. Al respecto cabe acotar que la participación accionaria que el Grupo DOLPHIN posee en Hidroeléctrica Piedra del Aguila (7.5 %) y Central Puerto (10 %) implica que no posee el control de las mismas y por ello no está en condiciones de realizar prácticas discriminatorias que beneficien a EDENOR.

1739

b) Evasión de la Regulación

101. La evasión de la regulación hace referencia a la posibilidad o incentivo que puede tener la empresa sujeta a regulación a evadir la misma desplazando costos ("cost switching") del mercado desregulado hacia el mercado regulado. La factibilidad de este tipo de conducta está condicionada por el diseño del marco regulatorio (p.ej. el mecanismo de ajuste de tarifas), pues para que dicha maniobra tenga efecto el ente regulador sectorial debe reconocer dichos costos en la tarifa del servicio. Este desplazamiento de costos daría lugar a la existencia de subsidios cruzados pues le permitiría a la empresa regulada declarar bajos costos de operación en el mercado desregulado, quedando en condiciones de ejecutar en este último mercado prácticas depredatorias respecto del resto de los competidores. Este escenario es de difícil concreción por la gran cantidad de empresas generadoras que existen en el mercado argentino, por lo que no habría incentivos a subdeclarar costos que despues no se podrían recuperar.

102. El incentivo a desplazar costos entre la actividad transportista y la actividad distribuidora está acotado por el control ejercido por el regulador sobre la contabilidad regulatoria a la que están obligadas las empresas en oportunidad de realizarse las revisiones tarifarias y en el análisis al que se someten como operadoras de cada sector (Resolución ENRE N° 390/04 y 47/05). El objetivo de las citadas resoluciones es que la evaluación de las empresas no sólo comprenda los aspectos vinculados a los servicios sino también cuestiones atinentes a los distintos perfiles y actividades que conforman un todo, incluyendo la gestión económico financiera y la disposición puesta de manifiesto en la relación con el ENRE.

103. Como ya se explicó en el análisis de la operación de compra de EDENOR por parte del grupo Dolphin es remota la posibilidad de desplazamiento de costos entre transporte y distribución y viceversa en relación con la realización de ampliaciones de

1740

las redes, pues la normativa vigente prevé la intervención del ENRE en el otorgamiento de los certificados de conveniencia y necesidad pública, lo que permite la verificación de los beneficios de la obra para autorizar su realización y el traslado de su costo a tarifas. La transportista tampoco puede iniciar ampliaciones de su sistema sin la aprobación previa del ENRE, requiriéndose además la supervisión de dicho organismo sobre la licitación pública necesaria al efecto.

104. Otra posibilidad de transferencia de costos que podrían llevar a cabo las firmas integradas (switching cost) verticalmente es lograr un reconocimiento tarifario en el segmento regulado (empresa distribuidora) de costos propios de la operación en el sector desregulado (generación). Este desplazamiento de costos podría dar lugar a la existencia de subsidios cruzados.

105. En teoría, para que dicha maniobra tenga efecto el ente regulador debería reconocer mayores costos en la tarifa final de forma tal que le permita al grupo integrado declarar bajos costos de generación en el mercado mayorista, y así financiar prácticas predatorias respecto del resto de los competidores en este último mercado maniobra de muy difícil concreción por el control exhaustivo que hace el ente antes de reconocer un incremento de tarifas.

106. No obstante ello, el organismo regulador en cualquier instancia que implique una revisión tarifaria, debería prestar atención respecto de otros costos propios del sector generación que pretendan ser incluidos dentro del costo del sector regulado.

c) Conductas oportunistas

107. Una posible conducta de tipo oportunista, relacionada con la indicada en el párrafo anterior, consiste en la celebración de contratos con empresas relacionadas del grupo controlante de la empresa regulada, en donde estas aumentan artificialmente el precio

COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
1741

de los insumos o servicios que les venden a la empresa regulada, para lograr ganancias extraordinarias. Del mismo modo que en el caso anterior, los mayores costos originados por la suba artificial de los precios de los insumos se trasladan a la tarifa final de los usuarios una vez que el ente sectorial los reconoce. Esta conducta permite mejorar artificialmente la posición competitiva de la empresa en el segmento desregulado, dejándola en condiciones de ejecutar prácticas depredatorias respecto de otros competidores, debido a que los contratos directos incrementan su participación de mercado, y los mayores precios fortalecen su posición financiera.

108. En la práctica, se podrían presentar problemas desde el punto de vista de la competencia en aquellos casos donde se pretenda celebrar contratos, entre EDENOR S.A y las centrales generadoras del grupo, que eleven artificialmente el precio de la energía perjudicando a los consumidores. Esta posibilidad se encuentra limitada ya que la regulación establece que las tarifas se calculan en relación al precio Spot y no al que se establece en los contratos. No obstante ello esta Comisión solicitó a EDENOR que informe si mantenía contratos de compra de energía con algún generador a lo que la empresa respondió que existe un contrato con un generador de la provincia del Tucumán el que actualmente se encuentra suspendido.

109. Adicionalmente también se solicitó a HINISA e HIDISA que informaran los contratosde generación vigentes, no detectandose contratos con empresas pertenecientes al grupo Dolphin.

110. Otra posible conducta oportunista podría emanar a partir de que la empresa propietaria de la empresa regulada también lo sea de una empresa que controla una red de acceso (essential facility) que es esencial para el desarrollo de toda la actividad. De este modo, al ser propietario de la essential facility podría restringir el acceso a dicha red a cualquier competidor de la empresa regulada obligándolo a la contratación del servicio a esta última.

111. Un último aspecto que se debería analizar en la integración vertical entre empresas que conforman el mercado está relacionado con la integración entre un transportista y un distribuidor. En este caso el mayor problema se podría presentar si la consolidación permite a las firmas involucradas evitar el By Pass físico, esto es la posibilidad que tienen los grandes usuarios de conectarse directamente a la red de transporte sin necesidad de utilizar los servicios del distribuidor. Tal situación estaría contemplada dentro de uno de los principios básicos de la Ley de la electricidad que pregona el "acceso abierto " (open access) obligando al que posee una facilidad esencial a permitir la utilización de la red pagando una tarifa regulada.

112. Esto se presentaría en el caso que la firma adquirente tuviera participación en la empresa licenciataria del transporte que comprende el mercado geográfico donde se desenvuelve la firma adquirida, este aspecto ya fue analizado en el Dictamen Nº 346/2003 donde Petrobras adquiriera los activos de Pecom al que nos remitimos en honor a la brevedad. El que sintéticamente se podría resumir de la siguiente manera: se podría dar el caso que un gran usuario perteneciente al área de EDENOR quisiera acceder directamente a la línea troncal y por algún motivo EDENOR, la distribuidora troncal o TRANSENER no permitieran la conexión." La conclusión a la cual llegó la Comisión fue: "En ese caso el gran usuario podría denunciar tal situación ante el ENRE el que obligaría a EDENOR, la distribuidora troncal o TRANSENER a permitir la conexión, en cumplimiento del principio de acceso abierto." Adicionalmente al libre acceso, y a fin de evitar situaciones en las cuales las transportistas y distribuidoras abusen de su posición de dominio, dado el carácter monopólico de su servicio, el marco regulatorio ha depositado en el ENRE la facultad de fijar las tarifas máximas (denominadas en inglés "price cap") que las transportistas y distribuidoras podrán cobrar a los usuarios por el servicio prestado

d) Aumento del poder de compra

1743

113. Respecto a este punto los efectos de la operación son neutros pues no modifican la anterior situación, en este punto el grupo Dolphin no modifica ni incrementa el poder de compra, a nivel nacional, de la firma distribuidora en las que ya tenía participación, (EDENOR S.A.)

e) Poder de mercado que desaliente el ingreso de nuevos competidores

114. Un último aspecto que podría resultar preocupante es que una concentración horizontal en mercados geográficos regionales, otorgue un poder de mercado tal que actúe como una posible barrera a la entrada de nuevos demandantes de energía en el futuro a medida que se desregule el mercado.

115. La Secretaría de Energía, desde el inicio del proceso de transformación del sector e invocando al objetivo de promover la competitividad de los mercados de producción y demanda de electricidad, ha reducido los parámetros (o requisitos) técnicos que deben cumplir los grandes usuarios para acceder al Mercado Eléctrico Mayorista, con el fin de ampliar el espectro de los consumidores de energía eléctrica que cuentan con la alternativa de contratar su abastecimiento en un mercado más competitivo.

116. De este modo, a medida que se flexibilizan estos parámetros más usuarios cuentan con la alternativa de permanecer como cliente de la distribuidora, o bien celebrar un contrato con un generador, comercializador o distribuidor.

f) Que el transportista aplique tarifas diferenciadas.

117. El articulo 44 de la Ley de Energía Eléctrica dispone que "Ningún transportista ni distribuidor podrá aplicar diferencias en sus tarifas, cargos, servicios o cualquier otro concepto excepto aquellas que resulten de distinta localización, tipo de servicios o cualquier otro distingo equivalente que razonablemente apruebe el ente" .Un aspecto

1744

que corresponde ampliar es que, más allá de la disposición legal, existe una imposibilidad fáctica del transportista de discriminar a favor de un distribuidor. Ello es así pues la remuneración del transportista se encuentra regulada y está integrada por los siguientes conceptos:

i) Conexión: ingresos por operar y mantener todo el equipamiento de conexión y transformación;

ii) Capacidad de Transporte: ingresos por operar y mantener el equipamiento para la interconexion de los nodos;

iii) Energía Eléctrica Transportada: ingresos percibidos por: a) la diferencia entre el valor de la energía recibida en el nodo receptor y el de la suministrada en el nodo de entrega, cuando los precios entre ambos nodos se diferencian por el valor marginal de las pérdidas del transporte; y b) el valor de los sobrecostos producidos a los consumidores vinculados a los nodos receptores por las indisponibilidades de larga y corta duración del sistema de transporte.

118. El mecanismo de recaudación entre los usuarios del sistema de transporte (que se encuentra establecido en el Anexo N° 18 de Los Procedimientos (recopilación oficial de las resoluciones de la Secretaría de Energía) no está en manos del transportista. Los usuarios del servicio público de transporte en alta tensión abonan por la prestación de ese servicio: (i) En forma implícita a través de los precios de los nodos a los cuales venden o compran en el Mercado Eléctrico Mayorista ("MEM"); y (ii) en forma explícita por intermedio de los cargos por conexión y del cargo complementario. El organismo encargado del despacho –CAMMESA- es el responsable de efectuar los cálculos para determinar las remuneraciones y cargos correspondientes. A su vez, por cuenta y orden de los agentes, debe realizar la facturación, la cobranza, las respectivas acreditaciones, y la administración de las diferentes cuentas.

1745

119. Por lo expuesto, dicho mecanismo de recaudación, impide que el transportista aplique tarifas diferenciadas entre los distintos agentes.

V. 4 Consideraciones finales sobre el impacto de la concentración económica en la competencia.

120. La presente operación implica un cambio del control en HINISA e HIDISA, de EDF hacia PAMPA HOLDING perteneciente al grupo DOLPHIN, por lo tanto no se modifica el poder de mercado que previamente poseía el mencionado grupo y por lo que tampoco se modifican las condiciones previas para el ingreso de nuevos competidores en el segmento de la generación eléctrica al tratarse de un mercado competitivo. Respecto a la situación previa en la que EDF poseía participaciones accionarias en empresas de generación, la situación actual implicaría una concentración no preocupante desde el punto de vista de la competencia en razón al bajo porcentaje de participación que las generadoras transferidas tienen respecto al total del mercado nacional y al las participaciones minoritarias que posee DOLPHIN en Hidroeléctrica Piedra del Aguila y en Central Puerto.

121. En conclusión, habiéndose evaluado los elementos precedentes se puede establecer que la operación que se notifica no afecta las condiciones de competencia existente en el mercado de la generación de electricidad como tampoco se advierten posibles consecuencias que resulten perjudiciales en relación a los niveles de competencia existente en los segmentos en los que se divide el mercado eléctrico a nivel nacional, así como en la interacción entre estos.

VI. CLÁUSULAS CON RESTRICCIONES ACCESORIAS

122. Habiendo analizado el instrumento legal aportado por las partes a los efectos de esta operación, no se advierte en el mismo la existencia de cláusulas accesorias restrictivas de la competencia.

1746

VII. CONCLUSIONES

123. De acuerdo a lo expuesto precedentemente, esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA concluye que la operación de concentración económica notificada no infringe el artículo 7º de la Ley Nº 25.156, toda vez que de los elementos reunidos en las presentes actuaciones no se desprende que tenga entidad suficiente para restringir o distorsionar la competencia de modo que pueda resultar perjuicio al interés económico general.

124. Por ello, la COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA aconseja al SEÑOR SECRETARIO DE COMERCIO INTERIOR DEL MINISTERIO DE ECONOMIA Y PRODUCCIÓN autorizar la operación de concentración económica consistente en la adquisición por parte de PAMPA HOLDING S.A. del 64,90% del capital accionario de INVERSORA NIHUILES S.A. y del 56,00% del capital accionario de INVERSORA DIAMANTE S.A. a la empresa EDF INTERNATIONAL S.A..

DIEGO PABLO POVOLO
VOCAL
COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

HUMBERTO GUARDIA MENDONCA
VOCAL
COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

MAURICIO BUTERA
VOCAL
COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

LIC. JOSE A. SBATTELLA
PRESIDENTE
COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Ministerio de Economía y Producción
Secretaría de Comercio Interior

126 1772

BUENOS AIRES, 11 OCT 2006

VISTO el Expediente N° S01:0234591/2006 del Registro del MINISTERIO DE ECONOMIA Y PRODUCCION, 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 ECONOMIA Y PRODUCCION.

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 COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, organismo desconcentrado en la órbita de la SECRETARIA DE COMERCIO INTERIOR del MINISTERIO DE ECONOMIA Y PRODUCCION, 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 con relación a la operación de concentración económica, consistente en la adquisición por parte de la empresa PAMPA HOLDING S.A. aproximadamente del SESENTA Y CUATRO CON

NOVENTA POR CIENTO (64,90 %) del capital accionario de la empresa INVERSORA NIHUILES S.A. y del CINCUENTA Y SEIS POR CIENTO (56 %) del capital accionario de la empresa INVERSORA DIAMANTE S.A. a la empresa EDF INTERNATIONAL S.A., acto que encuadra en el Artículo 6°, inciso c) de la Ley N° 25.156.

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.

Que el suscripto comparte los términos del dictamen emitido por la COMISION 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 el Artículo 2° de la Resolución N° 40 de fecha 22 de febrero de 2001 de la ex – SECRETARIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DEL CONSUMIDOR del ex – MINISTERIO DE ECONOMIA.

Por ello,

EL SECRETARIO DE COMERCIO INTERIOR

RESUELVE:

ARTICULO 1°.- Autorízase la operación de concentración notificada, consistente en la adquisición por parte de la empresa PAMPA HOLDING S.A. aproximadamente del SESENTA Y CUATRO CON NOVENTA POR CIENTO (64,90 %) del capital

Ministerio de Economía y Producción
Secretaría de Comercio Interior

accionario de la empresa INVERSORA NIHUILES S.A. y del CINCUENTA Y SEIS POR CIENTO (56 %) del capital accionario de la empresa INVERSORA DIAMANTE S.A. a la empresa EDF INTERNATIONAL 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.

ARTICULO 2°.- Considérase parte integrante de la presente resolución, al dictamen emitido por la COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, organismo desconcentrado en la órbita de la SECRETARIA DE COMERCIO INTERIOR del MINISTERIO DE ECONOMIA Y PRODUCCION, de fecha 5 de octubre de 2006, que en TREINTA Y OCHO (38) hojas autenticadas se agregan como Anexo I a la presente medida.

ARTICULO 3°.- Regístrese, comuníquese y archívese.

RESOLUCION SCI N° 26

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