Ministerio de Economía y Finanzas Públicas

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS FOLIO 1259

-148

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

BUENOS AIRES, 13 OCT 2010

VISTO el Expediente N° S01:0014652/2009 del Registro del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS, la Ley N° 25.156, la Resolución N° 82 de fecha 22 de febrero de 2010 del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, la Resolución N° 14 de fecha 22 de febrero de 2010 del Secretario de Política Económica, la Resolución N° 30 de fecha 25 de febrero de 2010 de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, y

CONSIDERANDO:

Que el Artículo 8° de la Ley N° 25.156 dispone que en las operaciones de concentración económica en las que intervengan empresas, cuya envergadura supere los PESOS DOSCIENTOS MILLONES ($ 200.000.000), deben ser notificadas a la autoridad de aplicación.

Que en virtud de lo normado, corresponde la presentación y tramitación por los obligados ante la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, organismo desconcentrado en la órbita de la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS, en virtud de lo dispuesto y por la integración armónica de los Artículos 6° a 16 y 58 de dicha ley.

Que la transacción celebrada en el extranjero, bajo análisis en el expediente citado en el Visto, consistió en la adquisición por parte de las empresas TELEFÓNICA, S.A., ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., SINTONIA S.A., INTESA SANPAOLO, S.p.A y MEDIOBANCA S.p.A., a través de la firma TELCO S.p.A., de la totalidad del capital social

Ministerio de Economía y Finanzas Públicas

- 148

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

FOLIO 1260

de la firma OLIMPIA S.p.A..-

Que la transacción se materializó mediante un acuerdo de compraventa firmado con fecha 4 de mayo de 2007 con las firmas PIRELLI & C. S.p.A., SINTONIA y SINTONIA S.p.A., entonces accionistas de la firma OLIMPIA.

Que concluido el estudio de la operación referenciada, la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, recomendó a la autoridad de aplicación competente, sujeta a los lineamientos establecidos en su dictamen.

Que consecuentemente, el señor Secretario de Comercio Interior dictó la Resolución N° 483 de fecha 25 de agosto de 2009, donde dispuso subordinar la operación de concentración económica analizada, conforme lo establece el Artículo N° 13, inciso b) de la Ley N° 25.156.

Que el acto administrativo citado, fue recurrido judicialmente por las empresas intervinientes. El mismo fue resuelto por la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, con fecha 1 de febrero del 2010, ordenando la anulación de la mencionada Resolución N° 483/09 y disponiendo que, por intermedio de quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento, previa la sustanciación pertinente.

Que a tal efecto, el señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas dictó la Resolución N° 82 de fecha 22 de febrero de 2010.

Que mediante dicho acto administrativo se indicó que resultaba imprescindible encomendar la resolución del Expediente N° S01:0014652/2009 (Conc.741) y sus agregados al señor Secretario de Política Económica, en los términos y de conformidad con la

Ministerio de Economía y Finanzas Públicas

-148

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS FOLIO 1261

Resolución N° 36 de fecha 29 de diciembre de 2008 del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS.

Que en virtud de ello, el señor Secretario de Política Económica, por medio de la Resolución N° 14 del 22 de febrero de 2010 resolvió: a) instruir a la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA a abstenerse de recurrir la sentencia de la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico; b) dejar sin efecto las Resoluciones N° 483/09 y N° 3 de fecha 6 de enero de 2010, ambas dictadas por el señor Secretario de Comercio Interior; c) instruir a la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA para que, en virtud del pronunciamiento dictado por la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico adopte las medidas necesarias a fin de reconducir el proceso.

Que como consecuencia de ello, la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, dictó la Resolución N° 30 de fecha 25 de febrero de 2010.

Que dada esta última resolución, las partes efectuaron una presentación ante la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

Que con fecha 13 de mayo de 2010, la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, de oficio y como medida de mejor proveer, en virtud de lo dispuesto por el Artículo 24 de la Ley N° 25.156, citó a audiencias testimoniales a diversos actores del mercado de telecomunicaciones.

Que las empresas intervinientes TELECOM ITALIA SPA y TELECOM ITALIA INTERNATIONAL NV plantearon la recusación con causa contra el señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas, el señor Secretario de Política Económica y los miembros de

Ministerio de Economía y Finanzas Públicas

- 148

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS FOLIO 1262

la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, con relación al dictado de las Resoluciones Nros. 82/10, 14/10 y 3010. Planteo que fue declarado improcedente por la SALA II de la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal.

Que contra dicha resolución, las empresas mencionadas interpusieron Recurso Extraordinario ante la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.-

Que el Máximo Tribunal de la Nación, decidió con fecha 16 de abril de 2010 en la causa TELECOM ITALIA SPA Y OTRO S/ SOLICITUD DE INHIBITORIA, que la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, es el tribunal competente para intervenir en todas las actuaciones vinculadas con la operación de concertación económica analizada en el expediente referenciado en el visto.-

Que contra la mencionada resolución, el ESTADO NACIONAL interpuso Recurso Extraordinario, el que fue rechazado.

Que en cuanto a la recusación de los miembros de la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, oportunamente se elevó el expediente N° S01:0126252/10, (caratulado Incidente de Recusación CNDC 38/10, autos principales Pirelli & CIA SpA y Otros s/ notificación Artículo 8 ley 25156, (Conc. N° 741)), a la Cámara Nacional en lo Penal Económico.

Que con fecha 4 de mayo del 2010 la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, resolvió que la recusación de los miembros de la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, no es una cuestión que deba ser tratada por la alzada, quedando firme dicha resolución.

Ministerio de Economía y Finanzas Públicas

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

-148

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS FOLIO 1263

Que en virtud de la Resolución CNDC N° 4/09, TELEFÓNICA S.A., ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., SINTONIA S.A., INTESA SANPAOLO S.p.A., MEDIOBANCA S.p.A., PIRELLI & C. S.p.A. y SINTONIA S.p.A. han notificado la operación de concentración económica.

Que la operación notificada constituye una concentración económica en los términos del Artículo 6°, inciso c) de la Ley N° 25.156, que debió ser notificada en atención a su magnitud económica y no se encuentra alcanzada por ninguna de las excepciones previstas en dicha norma.

Que sin perjuicio de las recomendaciones realizadas mediante el Dictamen N° 835, de fecha 12 de octubre de 2010, la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA considera que la notificación fue efectuada de forma extemporánea y por lo tanto, las multas por notificación tardía recomendadas en su oportuno pronunciamiento – Dictamen de N° 775 de fecha 6 de enero de 2010 -, receptadas en la Resolución N° 2/2010 de la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR se encuentran plenamente vigentes.-

Que por otra parte, con fecha 6 de octubre de 2010, las firmas TELEFÓNICA S.A., ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., INTESA SANPAOLO S.p.A., MEDIOBANCA – BANCA DI CREDITO FINANZIARIO S.p.A., TELCO S.p.A., y, como Sociedades Intervinientes con el fin de dar debido cumplimiento únicamente a todas las obligaciones respectivamente asumidas por esas sociedades en el presente: TELECOM ITALIA S.p.A., TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V., SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A., NORTEL INVERSORA S.A., TELECOM ARGENTINA S.A., TELECOM PERSONAL S.A., TELEFÓNICA DE ARGENTINA S.A., TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A., presentaron ante la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Ministerio de Economía y Finanzas Públicas

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

- 148

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS FOLIO 1264

un documento, por medio del cual, ofrecieron un compromiso a fin de garantizar las condiciones de competencia existentes previas a la concentración bajo análisis.-

Que el objeto del compromiso citado, es asegurar la separación e independencia de las actividades en el mercado argentino de las firmas TELEFÓNICA S.A. y sus controladas por un lado y de las firmas TELECOM ITALIA S.p.A., TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V., SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A., NORTEL INVERSORA S.A., TELECOM ARGENTINA S.A. y TELECOM PERSONAL S.A. por el otro lado, preservando e incentivando las condiciones de competencia de las actividades de las mismas en el mercado argentino.-

Que el mencionado compromiso, se encuentra detallado en el título XIV del Dictamen CNDC N° 835/10.

Que, con independencia de las manifestaciones efectuadas por las empresas, Considerando (v) y la Cláusula 4.2 del Dictamen N° 835/10, la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA expresó que la operación de concentración económica analizada en el mencionado dictamen, constituye una concentración económica en los términos de los Artículos 6° y 8° de la Ley N° 25.156, que debió ser notificada en tiempo y forma y que por su incumplimiento, les ha correspondido la sanción impuesta por la Resolución N° 2/10 de la SECRETARIA DE COMERCIO INTERIOR, que receptara los fundamentos emergentes del Dictamen CNDC N° 775/10, manteniendo plena vigencia a la fecha.

Que de acuerdo a lo expuesto precedentemente, la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA concluyó que la operación de concentración económica tal como consta y fuera analizado en autos, infringe el Artículo 7° de la Ley N° 25.156.

Ministerio de Economía y Finanzas Públicas

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

-148

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS FOLIO 1265

Que, no obstante el tratamiento efectuado respecto de las consecuencias jurídicas por la notificación tardía de la operación tratada en el expediente referenciado en el visto, el compromiso presentado por las partes, con fecha 6 de octubre de 2010, determina el reconocimiento expreso por parte de las presentadas de la jurisdicción y competencia que le corresponde a la Autoridad de Aplicación.

Que asimismo el compromiso asumido por las empresas, con las aclaraciones y precisiones efectuadas en el Título XIV del Dictamen CNDC N° 835/10 -soporte técnico de la presente-, limita los efectos claramente nocivos y/o lesivos para la competencia, que tal operación podría aparejar.

Que fundado el las razones argumentadas por la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA y dentro de los límites y competencias asignadas al suscripto, corresponde el dictado de la presente.

Que para reflejar mayores precisiones, el análisis técnico emergente del Dictamen N° 835 de fecha 12 de octubre de 2010, elevado por la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, se incluye como Anexo y forma parte integrante de la resolución.

Que de los elementos acompañados en el expediente referenciado en el visto, surge el cumplimiento de las prescripciones emergentes del artículo 16 de la ley 25.156.

Que en virtud de los antecedentes e informes obrantes en el actuado referenciado en el visto, las resoluciones judiciales que rechazaron las recusaciones contra el señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas, el suscripto y la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, no existen impedimentos para la suscripción de la presente.

Que la Dirección General de Asuntos Jurídicos del MINISTERIO DE

Ministerio de Economía y Finanzas Públicas

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

- 1 4 8

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS FOLIO 1266

ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS ha tomado la intervención que le compete.

Que la presente medida se dicta en virtud de lo dispuesto por los Artículos 13 y 58 de la Ley Nº 25.156 y la Resolución Nº 82 de fecha 22 de febrero de 2010 del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS.

Por ello,

EL SECRETARIO DE POLÍTICA ECONÓMICA

RESUELVE:

ARTICULO 1°.- Confirmase que la operación analizada en el expediente S01:0014652/2009 fue notificada en forma extemporánea.

ARTÍCULO 2°.- Rechazase las pruebas ofrecidas por las partes, en mérito a las razones expuestas en el Dictamen CNDC Nº 835/10, que como Anexo I forma parte integrante de la presente.

ARTÍCULO 3°.- Desestímase el planteo de nulidad interpuesto por las firmas EDIZIONE S.R.L. (anteriormente denominada SINTONÍA S.A.), MEDIOBANCA S.p.A., INTESA SAN PAOLO S.p.A., ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., TELECOM ITALIA S.p.A, TELECOM INTERNATIONAL N.V., TELECOM ARGENTINA S.A., TELECOM PERSONAL S.A., SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A., NORTEL INVERSORA S.A., TELCO S.p.A contra la Resolución CNDC N° 30/2010, Resolución SPE N° 14/10.

ARTÍCULO 4°.- Confírmanse las multas por notificación tardía, recomendadas por el Dictamen N° 775 de fecha 6 de enero de 2010 de la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA e impuestas por la Resolución SCI N° 2/2010.-

Ministerio de Economía y Finanzas Públicas

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

-148

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS FOLIO 1267

ARTÍCULO 5°.- Aceptase el compromiso ofrecido por las firmas TELEFÓNICA, S.A.; ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A; INTESA SAN PAOLO S.p.A.; MEDIOBANCA-BANCA DI CREDITO FINANZIARIO S.p.A.; TELCO S.p.A.; TELECOM ITALIA S.p.A.; TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V.; SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A.; NORTEL INVERSORA S.A.; TELECOM ARGENTINA S.A.; TELECOM PERSONAL S.A.; TELEFÓNICA DE ARGENTINA S.A. y TELEFÓNICA MÓVILES DE ARGENTINA S.A. con las aclaraciones y precisiones efectuadas en el Título XIV del Dictamen CNDC N° 835/10 por parte de la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, y en consecuencia subordinar en la autorización de la operación consistente en la adquisición por parte de TELEFÓNICA, S.A., ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., SINTONIA S.A., INTESA SANPAOLO S.p.A. y MEDIOBANCA S.p.A., a través de TELCO S.p.A., de la totalidad del capital social de OLIMPIA S.p.A., titular del DIECISIETE CON NOVENTA Y NUEVE POR CIENTO (17,99 %) del capital de TELECOM ITALIA S.p.A., perteneciente a las firmas PIRELLI & C. S.p.A., SINTONIA S.A. y SINTONIA S.p.A.; junto al CINCO CON SEIS POR CIENTO (5,6 %) de participación directa con derecho a voto en TELECOM ITALIA S.p.A. perteneciente previamente a ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A. y MEDIOBANCA S.p.A., transferida a TELCO S.p.A. con ocasión de la presente operación; adicionándose el CERO CON NOVENTA Y UNO POR CIENTO (0,91 %) del capital con derecho a voto en TELECOM ITALIA S.p.A., que en el mes de marzo de 2008, TELCO S.p.A. adquirió a través del mercado de capitales en oferta pública, en los términos del artículo 13 inciso b) de la Ley N° 25.156, al cumplimiento irrevocable y efectivo del compromiso ofrecido con las aclaraciones y precisiones efectuadas en el Título XIV del Dictamen CNDC N° 835/10.

Ministerio de Economía y Finanzas Públicas

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

- 148

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS FOLIO 1268

ARTICULO 6°.- Establécese que incumplimiento del compromiso ofrecido por las partes intervinientes, sujeto a las aclaraciones y precisiones emergentes del Título XIV del Dictamen CNDC N° 835/10, traerá aparejado la resolución inmediata de lo prescripto en el artículo 5° de la presente.

ARTÍCULO 7°.- Efectúense las recomendaciones pro competitivas que se encuentran contenidas en el Anexo I del Dictamen CNDC N° 835/10 a la SECRETARÍA DE COMUNICACIONES DE LA NACIÓN.

ARTÍCULO 8°.- Considérase parte integrante de esta resolución el Dictamen N° 835 de fecha 12 de octubre de 2010 emitido por la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, organismo desconcentrado en la órbita de la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS, en QUINIENTAS CUARENTA Y DOS (542) hojas autenticadas que se agrega como Anexo I a la presente.-

ARTÍCULO 9°.- Regístrese, Notifíquese a las Compañías, Sociedades y Empresas intervinientes; publíquese en el Boletín Oficial de la Nación Argentina; comuníquese a la Secretaria de Comunicaciones de la Nación, a la COMISIÓN NACIONAL DE COMUNICACIONES, a la COMISIÓN NACIONAL DE VALORES y a la Inspección General de Justicia de la Nación; cumplido archívese.-

RESOLUCION SPE N°: - 148

Cdor. ROBERTO JOSE FELETTI
SECRETARIO DE POLITICA ECONOMICA

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

ES COPIA FIEL

148

FOLIO 1269

Expte. S01:0014652/2009 (Conc. 741) HGM/EA-AP-GP-MPM

DICTAMEN CONCENT. Nº 835

BUENOS AIRES, 12 OCT 2010

SEÑOR SECRETARIO:

Elevamos para su consideración el presente dictamen referido a la operación de concentración económica que tramita bajo el Expediente S01:0014652/2009 del registro del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS caratulado: **"PIRELLI & C S.P.A. Y OTROS S/ NOTIFICACIÓN ARTÍCULO 8 LEY 25156 (CONC. 741)".**

I. INTRODUCCIÓN

1. Tal como se explicará a continuación, el día 25 de agosto de 2009, esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA emitió el Dictamen 744 por medio del cual se le recomendó al Señor SECRETARIO DE COMERCIO INTERIOR, entre otras cosas, que condicione la operación de concentración económica analizada en las presentes actuaciones.

2. Tomando como fundamento el Dictamen emitido por esta Comisión Nacional, el Señor Secretario referido emitió la Resolución N° 483 el día 25 de agosto de 2009 donde dispuso subordinar la operación de concentración económica analizada conforme lo establece el Artículo N° 13, inciso b, de la Ley 25.156 . A su vez facultó a esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA para que fije las pautas de desinversión que debían llevar a cabo las firmas notificantes. Finalmente ordenó que este Organismo emita un dictamen, en caso de corresponder, a fin de fijar una multa a las firmas notificantes por la presentación tardía de la operación ante la Autoridad de Defensa de la Competencia.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho
ES COPIA FIEL
Ministerio de Economía y Finanzas Públicas
Secretaría de Comercio Interior
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia
FOLIO 1270

3. La norma emitida fue notificada a las partes notificantes. Cabe mencionar que las partes notificantes de la operación económica son las firmas TELEFÓNICA, S.A., PIRELLI & C. S. p. A., INTESA SANPAOLO S.p.A., SINTONÍA S.A., MEDIOBANCA S.p.A., SINTONÍA S.p.A., ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A.,

4. Ante el dictado de la mencionada Resolución las partes involucradas en la presente operación de notificación económica presentaron diversos planteos de apelación. Entre las partes que recurrieron la Resolución de la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR N° 483/09 se encontraron las firmas TELEFÓNICA, S.A., TELECOM ITALIA S.p.A., TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V., MEDIOBANCA S.p.A., INTESA SANPAOLO S.p.A., EDIZIONE S.R.L., ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A. y SINTONÍA S.A.

5. Así las cosas, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Sala A, intervino, y el día 1° de febrero de 2010 resolvió que las empresas que eran el objeto de la operación debían intervenir en el proceso llevado adelante por la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA[1].

6. Esta decisión de la Cámara resultó contraria a la interpretación pacífica que sostiene esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA sobre las empresas que deben notificar las operaciones de concentración económica.

7. Sin embargo, y a fin de otorgarle mayor celeridad al procedimiento, a pesar de la disconformidad de la decisión de Cámara de Apelaciones en lo Penal Económico, la Autoridad de Competencia dispuso correrle traslado a las firmas[2].

8. El día 25 de febrero de 2010 esta Comisión Nacional, a través de la Resolución N° 30, otorgó vista a las empresas TELECOM ITALIA S.p.A. y TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V. para que las mismas efectúen todas las manifestaciones y ejerzan todos los derechos que estimen corresponder. A su vez, se notificó a las

[1] El fallo en cuestión fue emitido en el marco del expediente caratulado "INCIDENTE DE APELACIÓN S.A. Y OTROS CONTRA RESOLUCIÓN SCI N° 483/09 (EN AUTOS PRINCIPALES: "PIRELLI & C. S.P.A. Y OTROS S/ NOTIFICACIÓN ART. 8 LEY 25.156"

[2] Cabe mencionar que la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA dispuso lo mencionado de conformidad con lo establecido por el Ministro de Economía y Finanzas Públicas de la Nación y el Secretario de Política Económica a través de las Resoluciones 82/10 y 14/10 respectivamente.

ES COPIA FIEL
Ministerio de Economía y Finanzas Públicas
Secretaría de Comercio Interior
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia
ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho
FOLIO 1271
Dra. MARIA VICTORIA DI
SECRETARIA LETRADA
COMISION NACIONAL DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA

firmas TELEFÓNICA, S.A., ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., SINTONIA S.A., INTESA SANPAOLO S.p.A., MEDIOBANCA S.p.A., TELCO S.p.A., PIRELLI & C. S.p.A., SINTONIA S.p.A., SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A., NORTEL INVERSORA S.A., TELECOM ARGENTINA S.A. y TELECOM PERSONAL S.A. a fin de que agreguen lo que estimen pertinente.

9. Dada esta última Resolución, las partes se presentaron ante esta Comisión y esgrimieron los argumentos que consideraron pertinentes.

10. En virtud de lo manifestado hasta aquí, esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA debe dictaminar acerca de la operación en cuestión.[3]

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

II. a. La operación.

11. La transacción celebrada en el extranjero bajo análisis en este expediente, consistió en la adquisición, por parte de TELEFÓNICA, S.A. (en adelante, indistintamente "TELEFÓNICA"), ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A. (en adelante, indistintamente "ASSICURAZIONI"), SINTONIA S.A. (en adelante, indistintamente "SINTONIA"), INTESA SANPAOLO, S.p.A (en adelante, indistintamente "INTESA") y MEDIOBANCA S.p.A. (en adelante, indistintamente "MEDIOBANCA"), a través de la firma TELCO S.p.A. (en adelante, indistintamente "TELCO"), de la totalidad del capital social de OLIMPIA S.p.A. (en adelante, indistintamente "OLIMPIA"), por medio de un acuerdo de compraventa ("Stock Sale Purchase Agreement") firmado con fecha 4 de mayo de 2007 con PIRELLI & C. S.p.A. (en adelante, indistintamente "PIRELLI"), SINTONIA y SINTONIA S.p.A., entonces accionistas de OLIMPIA.

12. Es de mencionar que TELCO fue constituida especialmente para servir de vehículo en la presente operación, mientras que OLIMPIA era titular del 17,99% del capital de TELECOM ITALIA, S.p.A. (en adelante "TELECOM ITALIA").

13. Asimismo, la participación directa que ASSICURAZIONI y MEDIOBANCA tenían en TELECOM ITALIA (un 5,6%) también fue transferida a TELCO. Así, como resultado

de la operación, TELCO detentaba el 23,6% de las acciones con derecho de voto de TELECOM ITALIA (5,6% directamente y 17,99% indirectamente a través de OLIMPIA).

14. Según declararon bajo juramento las partes de acuerdo a las presentaciones obrantes a fs. 12, 75, 857, única 1113 – 3, única 1145 – 3vta, única 1146 – 3vta y 1151[4], el cierre de la transacción ("closing") tuvo lugar el día 25 de octubre de 2007.

15. Posteriormente, también de acuerdo a las manifestaciones efectuadas por las partes[5], con fecha 10 de diciembre de 2007, TELCO absorbió por fusión a OLIMPIA, pasando a ser TELCO accionista directo de TELECOM ITALIA, adicionando que en el mes de marzo de 2008 TELCO adquirió un 0,91% del capital con derecho a voto de TELECOM ITALIA, con lo que la participación de TELCO en el capital con derecho a voto de TELECOM ITALIA se sitúa actualmente en 24,5%.

16. Asimismo, cabe destacar que la adquisición de OLIMPIA se llevó a cabo a través de TELCO, quien es participada por todos los compradores de la siguiente forma: i) TELEFÓNICA detenta el 42,3% del capital social siendo el único poseedor de las acciones Clase B; ii) Los accionistas con acciones Clase A son: ASSICURAZIONI con un 28,1% del capital social, SINTONIA con un 8,4% del capital social, INTESA con un 10,6% del capital social, y MEDIOBANCA con un 10,6% del capital social.

17. Los términos y condiciones de la participación de los accionistas de TELCO en esta sociedad están regulados en (i) el Contrato de Inversión Conjunta ("Co-Investment Agreement") del 28 de abril de 2007, (ii) los Estatutos Sociales que adoptó TELCO ("By-Laws") del 28 de abril de 2007, (iii) el Acuerdo de Accionistas ("Shareholders Agreement") de 28 de abril de 2007; y (iv) el Contrato de Opción de Adquisición (suscripto entre TELCO y TELEFÓNICA) de fecha 6 de noviembre de 2007.

---

[3] Cabe aclarar que las partes intervinientes en la presente operación han realizado diferentes planteos, más allá de los argumentos relativos a la cuestión de fondo analizada, los cuales serán también resueltos en este acto.

[4] Respectivamente según presentación de PIRELLI del 15 de enero de 2009, de TELEFÓNICA S.A. del 21 de enero de 2009, de ASSICURAZIONI del 3 de febrero de 2009, de MEDIOBANCA del 3 de marzo de 2009, de SINTONIA S.A. y SINTONIA S.p.A., ambas del 5 de marzo de 2009 y de INTESA SANPAOLO S.p.A. del 9 de marzo de 2009.

[5] Ver presentación de TELEFÓNICA S.A. del 21 de enero de 2009, agregada a fs. 75, in fine.

Ministerio de Economía y Finanzas Públicas
Secretaría de Comercio Interior
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia
ES COPIA
ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho
148
FOLIO 1273

18. Finalmente, según informan las notificantes, SINTONIA S.p.A., con fecha 1° de enero de 2009, se fusionó y fue absorbida por RAGIONE S.A.P.A., controlante directo del 100% de aquella, quien modificó en dicha fecha su denominación por la de EDIZIONE S.R.L.[6]

II.b. Antecedentes de la operación

19. La presente operación ha sido notificada por las partes antes señaladas en razón de lo ordenado en la Resolución CNDC Nº 4/2009, dictada en el marco del expediente Nº S01:0147971/2007, caratulado "TELEFÓNICA DE ESPAÑA, OLIMPIA Y OTROS S/ DILIGENCIA PRELIMINAR ART. 8° DE LA LEY 25.156".

20. La apertura de dicho expediente estuvo motivada en función de la toma de conocimiento por parte de esta Comisión Nacional de la operación económica de marras a través de medios periodísticos, publicados con fecha 3 de mayo 2007. En consecuencia se dispuso la apertura de una Diligencia Preliminar a efectos de determinar si dicha operación debió haber sido notificada ante esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, de acuerdo a los términos establecidos en los artículos 6° y 8° de la ley 25.156.

21. Con los datos recopilados por este organismo en dicho expediente, y luego de un estudio exhaustivo de la operación de marras (por lo cual nos remitimos a aquél en lo concerniente al análisis de toma de control de los notificantes en TELECOM ITALIA), se dispuso expresamente en la mencionada Resolución lo siguiente: "ARTICULO 1º.- ORDENAR a las firmas PIRELLI & C. S.p.A., SINTONIA S.p.A. y SINTONIA S.A., -como los "Vendedores" - y a TELEFÓNICA S.A., ASSICURAZIONI Generali S.p.A., INTESA SANPAOLO S.p.A., SINTONIA S.A. y MEDIOBANCA S.p.A. – como "Compradores"-, a tenor del acuerdo celebrado, con las mencionadas PIRELLI & C. S.p.A., SINTONIA S.p.A. y SINTONIA S.A., por medio del cual venden el 100% de las acciones de OLIMPIA S.p.A., cuyo principal activo son acciones de TELECOM ITALIA S.p.A, y se ejecutan otros acuerdos que incluyen el aporte a TELCO S.p.A. de

[6] Ver presentación de SINTONIA S.p.A. del 5 de marzo de 2009, agregada a foja única 1146 – 2.

Ministerio de Economía y Finanzas Públicas
Secretaría de Comercio Interior
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia
ES COPIA
ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho
148
FOLIO 1274

otras acciones de TELECOM ITALIA S.p.A., a que procedan a dar cumplimiento con lo dispuesto en el artículo 8° de la Ley N° 25.156, bajo apercibimiento de ley, y sin perjuicio de aplicar el artículo 9° del mismo cuerpo legal, por el tiempo transcurrido desde la efectiva concreción de la operación indicada hasta la fecha en que se de cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 8° conforme lo establecido en la presente resolución (...)".

III.PARTES DE LA OPERACIÓN.

III.a. Partes compradoras.

22. **INTESA SANPAOLO S.p.A.** es una empresa constituida en Italia, cabeza del grupo bancario "INTESA SANPAOLO", cuyos accionistas con una participación superior al 5% del capital social son las empresas COMPAGNIA DI SAN PAOLO (7,960%), CRÉDIT AGRICOLE S.A. (5,581%) y ASSICURAZIONI (5,074%).

23. Las empresas argentinas en las cuales INTESA tiene participación son ATLANTIS S.A., dedicada a la inversión y a la actividad financiera, 100% controlada por INTESA; y BANCO PATAGONIA S.A., empresa argentina dedicada a la actividad bancaria donde INTESA posee el 9,99% de las acciones.

24. **MEDIOBANCA S.p.A.** es una compañía italiana, inscripta como entidad bancaria, que tiene por actividad principal ser la Casa Matriz del Grupo Bancario Mediobanca, cuyo accionista con una participación superior al 5% del capital social es UNICREDITO GROUP, con el 8,66% en la actualidad.

25. MEDIOBANCA informó a través de sus apoderados que no tiene participación en ninguna sociedad argentina.

26. **SINTONIA S.A.** es una compañía holding radicada en Luxemburgo, cuya actividad principal es ser tenedora de participaciones en otras compañías en Luxemburgo y en otros países, controlada en la actualidad por EDIZIONE S.R.L. con el 93% de su capital social.

ES COPIA FIEL
Ministerio de Economía y Finanzas Públicas
Secretaría de Comercio Interior
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia
ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho
148
FOLIO 1275

27. EDIZIONE S.R.L. (antes denominada RAGIONE S.A.P.A.) controla indirectamente las siguientes compañías argentinas:

28. COMPAÑÍA DE TIERRAS SUD ARGENTINO S.A., empresa argentina que desarrolla negocios inmobiliarios y agrícolas, controlada por MACCARESE S.p.A. (a su vez controlada por EDIZIONE S.R.L.), quien posee el 95% de las acciones de la sociedad. El 5% restante lo posee EDIZIONE S.R.L.

29. BENETTON ARGENTINA S.A. es una sociedad argentina dedicada al desarrollo del negocio textil y de indumentaria, que se encuentra controlada directamente por la empresa BENETTON GROUP S.p.A. quien posee el 100% de las acciones de dicha sociedad. A su vez, BENNETTON GROUP S.p.A. es controlada en un 66,73% por EDIZIONE S.R.L.

30. **ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A.** es una compañía holding italiana enfocada en la actividad aseguradora y reaseguradora, cuyo único accionista, con una participación superior al 5% es MEDIOBANCA GROUP, con un 14,05% de las acciones.

31. ASSICURAZIONI posee el 99,99% de la firma GENERALI CORPORATE COMPAÑÍA ARGENTINA DE SEGUROS GENERALES S.A., empresa argentina, cuya actividad es la comercialización de seguros generales y de personas.

32. Asimismo, ASSICURAZIONI junto con LOS WERTHEIN S.A. poseen el control de CAJA DE AHORRO Y SEGURO S.A. (en adelante indistintamente "CAYSSA"), con el 90% de los derechos de voto de esa sociedad. El 10% restante se encuentra en manos del Plan de Propiedad Participada. CAYSSA es una sociedad que se dedica al manejo y administración de paquetes accionarios de compañías de seguro.

33. CAYSSA controla directamente en el país con el 99% de los derechos de voto a la empresa CAJA DE SEGUROS S.A. (en adelante indistintamente "LA CAJA"), la cual es una firma argentina, y que tiene también por actividad principal dedicarse a las operaciones de seguros generales y de personas.

34. TRADICIÓN DE SEGUROS S.A. es una firma argentina, antes denominada PATAGONIA SEGUROS S.A., controlada por LA CAJA con el 96,99% de los

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho
Ministerio de Economía y Finanzas Públicas
Secretaría de Comercio Interior
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia
148
FOLIO 1276

derechos de voto, estando el 3,01% restante en poder de CAYSSA, que tiene por actividad principal los negocios de seguros de accidentes personales.

35. INSTITUTO DE SEGUROS DE MISIONES S.A. es una firma argentina, controlada directamente por LA CAJA con el 94,95% de los derechos de voto, siendo su actividad principal las operaciones de seguros generales y de vida. Es de destacar que CAYSSA posee directamente un 5% de los derechos de voto en dicha empresa.

36. LA CAJA DE SEGUROS DE RETIRO S.A. es una empresa argentina, autorizada a operar seguros de retiro, controlada directamente por LA CAJA con el 95% de los derechos de voto, poseyendo CAYSSA el 5% restante.

37. LA ESTRELLA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS DE RETIRO es una compañía argentina, dedicada a las operaciones de seguros de retiro, participada directamente por LA CAJA con el 50% de los derechos de voto.

38. LA CAJA ASEGURADORA DE RIESGOS DE TRABAJO A.R.T. S.A. es una compañía argentina, dedicada a las coberturas a las que se refiere la Ley N° 24.557 de Riesgos de Trabajo. LA CAJA posee directamente el 50% de los derechos de voto en esta sociedad.

39. EUROP ASSISTANCE ARGENTINA S.A. es una empresa argentina, que presta servicios de asistencia al viajero, controlada directamente con el 66% de los derechos de voto, por PONTE ALTA COMERCIO E CONSULTORIA LTD, indirectamente controlada por CAYSSA. Asimismo, LA CAJA posee directamente el 34% restante de los derechos de voto.

40. Por otro lado, CAYSSA controla a RITENERE S.A. del cual posee el 99,17% de los derechos de voto[7] sociedad que tiene por actividad principal la administración y gerenciamiento de planes de fidelización de clientes y promociones relacionadas con seguros.

41. **TELEFÓNICA, S.A.**[8] es una sociedad anónima constituida en el Reino de España, que desarrolla su actividad principalmente en los sectores de telecomunicaciones,

[7] El 0,83% restante es de propiedad de LA CAJA.

[8] Información obtenida del Formulario F1 presentado por TELEFÓNICA y de la página web oficial de dicha empresa: http://www.TELEFÓNICA.com

ES COPIA FIEL
Ministerio de Economía y Finanzas Públicas
Secretaría de Comercio Interior
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia
ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho
148
FOLIO 1277

media y contact center, cuyos accionistas titulares de participaciones que pueden considerarse significativas, en el sentido que establece la normativa española de Mercado de Valores son: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. (en adelante "BBVA"), con una participación directa de 6,258% de las acciones de TELEFÓNICA, y la CAJA DE AHORROS Y PENSIONES DE BARCELONA (en adelante "LA CAIXA"), con una participación directa e indirecta del 5,483% del total de las acciones de TELEFÓNICA, S.A. Asimismo, la entidad financiera CHASE MANHATTAN NOMINEES LTD. tendría una participación en el capital de TELEFÓNICA, S.A. de un 9,904%, como entidad depositaria por lo cual es poseída por cuenta y orden de sus clientes.

42. Dado el volumen total de empresas que en el mundo controla directa e indirectamente TELEFÓNICA, S.A., a continuación se efectúa una descripción del control sólo en aquellas empresas relacionadas o vinculadas a firmas que operan en la Argentina.

43. TELEFÓNICA, S.A. controla directamente el 100% de TELEFÓNICA INTERNACIONAL S.A., TELEFÓNICA MOVILES ARGENTINA HOLDING S.A., TELEFÓNICA CONTENIDOS S.A.U., ATENTO HOLDING, INVERSIONES Y TELESERVICIOS, S.A.U. (en adelante "ATENTO HOLDING"), TELEFÓNICA INGENIERIA DE SEGURIDAD, S.A.U., TELEFÓNICA GESTIÓN DE SERVICIOS COMPARTIDOS ESPAÑA, S.A. y PLEYADE PENINSULAR, CORREDURIA DE SEGUROS Y REASEGUROS DEL GRUPO TELEFÓNICA, S.A.

44. TELEFÓNICA INTERNACIONAL S.A. es una empresa holding, que realiza inversiones en el sector de las telecomunicaciones, está constituída en España y controla directamente el 14,99% de TELEFÓNICA DE ARGENTINA S.A., e indirectamente el 53,65%, a través de COMPAÑÍA INTERNACIONAL DE TELECOMUNICACIONES S.A. (en adelante "COINTEL") (52,70%), y de TELEFÓNICA INTERNACIONAL HOLDING B.V. (0,95%). Asimismo, TELEFÓNICA MOVILES ARGENTINA S.A. detenta el 29,56% restante de la participación indirecta de TELEFÓNICA sobre TELEFÓNICA DE ARGENTINA S.A.

45. A su vez, de acuerdo a lo que informan las partes, el 1,8% restante de las acciones de TELEFÓNICA DE ARGENTINA S.A. que cotizaban en bolsa han sido adquiridas por el grupo TELEFÓNICA.

46. Asimismo, TELEFÓNICA INTERNACIONAL S.A. controla directamente el 99,9% de TERRA NETWORKS ARGENTINA S.A., siendo el 0,1% restante controlado directamente por TELEFÓNICA INTERNACIONAL HOLDING B.V. La compañía TERRA NETWORKS ARGENTINA S.A. se encuentra constituida en Argentina, y su actividad principal consiste en ser proveedor de servicios de acceso a Internet y portal.

47. COINTEL es una sociedad anónima holding argentina, controlada directa e indirectamente por TELEFÓNICA INTERNACIONAL S.A. Esta última posee directamente el 12,67% de COINTEL, mientras que indirectamente posee el 87,33% a través de las firmas TELEFÓNICA HOLDING DE ARGENTINA S.A. (50%) y de TELEFÓNICA INTERNACIONAL HOLDING B.V. (37,33%).

48. TELEFÓNICA HOLDING DE ARGENTINA S.A. es una empresa argentina, cuya actividad principal es participar directa o indirectamente en negocios en las áreas vinculadas a las telecomunicaciones, medios de comunicación y energía. La misma se encuentra controlada directamente por TELEFÓNICA INTERNACIONAL S.A. con el 99,99% del paquete accionario.

49. TELEFÓNICA INTERNACIONAL HOLDING B.V. es una empresa holding holandesa, directamente controlada por TELEFÓNICA INTERNACIONAL S.A., quien detenta la totalidad de su capital accionario.

50. TELEFÓNICA MOVILES ARGENTINA S.A. es una firma argentina que tiene por actividad principal la prestación del servicio de telefonía móvil. Dicha compañía es controlada directamente por TELEFÓNICA MOVILES ARGENTINA HOLDING S.A. (sociedad holding), con el 84,6% de su capital social, siendo el restante 15,4% controlado directamente por TELEFÓNICA, S.A.

51. TELEFÓNICA DE ARGENTINA S.A. (en adelante indistintamente "TELEFÓNICA DE ARGENTINA") es una sociedad constituida y vigente conforme las leyes de la República Argentina cuya actividad principal consiste en la prestación de servicios de

ES COPIA FIEL

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS FOLIO 1279

telecomunicaciones,. específicamente, la comercialización y suministro de servicios de telefonía fija y banda ancha.

52. TELEFÓNICA DE ARGENTINA controla directamente a la firma TELEFÓNICA DATA ARGENTINA S.A., empresa que tiene por actividad principal la prestación de servicios de telecomunicaciones, por cuenta propia o de terceros, o asociada a terceros, así como asesoramiento integral y consultoría en sistemas de telecomunicaciones y tecnología de la información.

53. Por otro lado, TELEFÓNICA CONTENIDOS S.A.U., empresa radicada en España, controla indirectamente a TELEVISIÓN FEDERAL S.A. (en adelante indistintamente "TELEFE"), AMPELION S.A. y TEVEFE COMERCIALIZACIÓN S.A., a través del 99,99% de las acciones en TELEFÓNICA MEDIA ARGENTINA S.A. (el restante 0,01% de las acciones pertenecen a TELEFÓNICA HOLDING DE ARGENTINA S.A.).

54. TELEFÓNICA MEDIA ARGENTINA S.A. controla directamente con el 98,24% de las acciones a la firma ARGENTINA ATLANTIDA COMUNICACIONES S.A. (en adelante indistintamente "ATCO"), mientras que el 1,76% restante pertenece a TELEFÓNICA HOLDING DE ARGENTINA S.A. (ya referenciada).

55. Así, TELEFE es una empresa argentina que se encuentra controlada directamente por ATCO con un 79,02%, estando el 20,98% restante en poder de ENFISUR S.A.[9]. TELEFE tiene por actividad principal explotar sus señales televisivas y a la producción de contenidos.

56. ATENTO HOLDING, empresa española dedicada a la prestación de servicios de telecomunicaciones, controla directamente el 100% de ATENTO N.V. (empresa de Holanda que presta servicios de telecomunicaciones) y, a través de ésta controla el 99,99% de ATENTO CHILE HOLDING, S.A.

57. ATENTO HOLDING controla, indirectamente en la Argentina, a través de participaciones de ATENTO N.V. y de ATENTO CHILE HOLDING S.A., el 100% de ATENTO ARGENTINA S.A., MAR DEL PLATA GESTIÓNES Y CONTACTOS S.A., CÓRDOBA GESTIÓNES Y CONTACTO S.A., MICROCENTRO DE CONTACTO S.A.

[9] Empresa del mismo grupo, controlada por ATCO con el 86,46% de su capital social

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

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

FOLIO 1280

y CENTRO DE CONTACTO SALTA S.A., todas empresas argentinas dedicadas a la prestación de servicios de telemarketing.

58. TELEFÓNICA INGENIERÍA DE SEGURIDAD, S.A.U., es una empresa constituida y vigente según la leyes del Reino de España que presta servicios y sistemas de seguridad, que posee una sucursal en la Argentina. Asimismo, esta empresa controla en la Argentina el 96,60% de las acciones de TELEFÓNICA INGENIERÍA DE SEGURIDAD DE ARGENTINA S.A., empresa argentina que tiene por actividad principal la prestación de servicios por cuenta propia o de terceros, o asociadas a terceros, en el país o en el extranjero, de monitoreo, proyectos de instalación y manutención de dispositivos, aparatos, equipamientos y sistemas de seguridad electrónica o de otra tecnología contra robo, incendio, intrusión u otros, así como también el planeamiento y asesoría respecto de tales actividades. Las restantes acciones se encuentran en poder de la empresa del mismo grupo, TELEFÓNICA ENGENHARIA DE SEGURANCA DO BRASIL LTDA. (3,39%), y del Sr. Carlos Amaya (0,01%).

59. TELEFÓNICA GESTIÓN DE SERVICIOS COMPARTIDOS ESPAÑA, S.A. es una empresa radicada en España, 100% y directamente controlada por TELEFÓNICA, que tiene por actividad principal la prestación de servicios de gestión y administración. Esta compañía controla directamente el 95% de las acciones de TELEFÓNICA GESTIÓN DE SERVICIOS COMPARTIDOS ARGENTINA S.A., empresa radicada en la argentina que realiza la misma actividad principal que su controlante directo, siendo participada directamente por TELEFÓNICA con el 5% restante de las acciones.

60. PLÉYADE PENINSULAR, CORREDURÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS DEL GRUPO TELEFÓNICA S.A., es una empresa radicada en España que se dedica a la distribución, promoción o producción de contratos de seguros, controlada total e indirectamente por TELEFÓNICA. En la Argentina, controla directamente el 94,85% de las acciones de la firma PLÉYADE ARGENTINA S.A., que tiene por actividad la intermediación en el país promoviendo la concertación de contratos de todo tipo de seguros, asesorando a asegurados y a asegurables. Las acciones restantes se encuentran en poder del Sr. Anchubidart (5%) y otros accionistas (0,15%).

61. Finalmente, TELEFÓNICA controla indirectamente en la Argentina a TELEFÓNICA INTERNATIONAL WHOLESALE SERVICES ARGENTINA S.A., empresa radicada en el país que tiene por actividad principal proveer servicios de comunicación de gran ancho de banda. Dicha empresa es controlada a través de la firma radicada en Uruguay, TELEFÓNICA INTERNATIONAL WHOLESALE SERVICES AMERICA S.A., de idéntica actividad, con el 99,94% de las acciones. El restante 0,06% de las acciones se encuentra en poder de TELEFÓNICA INTERNATIONAL WHOLESALE SERVICES, S.L., empresa española, proveedora de servicios internacionales. Ambas compañías se encuentran controladas directa e indirectamente por TELEFÓNICA.

62. **TELCO S.p.A.** es una compañía italiana, que originariamente fue constituida con el propósito de controlar a TELECOM ITALIA como se desprende del Acuerdo de Co-Inversión y del Acuerdo de Accionistas. El estatuto original de TELCO S.p.A. preveía como objeto de la sociedad, entre otros, ejercer la administración y coordinación de las actividades de las sociedades que controla, y TELECOM ITALIA es una de las sociedades que controla, siendo la más emblemática. Como ya se ha mencionado, las empresas con participación en TELCO S.p.A. son: i) Accionistas con Acciones Clase A: ASSICURAZIONI con un 28,1% del capital social, SINTONIA con un 8,4% del capital social, INTESA con un 10,6% del capital social, y MEDIOBANCA con un 10,6% del capital social; ii) Acciones Clase B: TELEFÓNICA detenta el 42,3% del capital social siendo el único poseedor de acciones de esta clase.

III.b. Partes Vendedoras.

63. **PIRELLI & C. S.p.A.** es una sociedad por acciones italiana que tiene como único accionista con una participación superior al 5% a CAMFIN CAM FINANZIARIA S.p.A., quién es titular del 25,542% de la misma.

64. Las empresas argentinas en las cuales PIRELLI & C. S.p.A. tiene participación son las que a continuación se informan.

65. LÍNEAS DE TRANSMISIÓN DE BUENOS AIRES S.A., esta empresa se encuentra actualmente en proceso de liquidación según lo informaran las partes. PIRELLI & C.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

ES COPIA

148

FOLIO 1282

S.p.A. participa en esta sociedad a través de PIRELLI ARGENTINA DE MANDATOS S.A. (20%).

66. PIRELLI ARGENTINA DE MANDATOS S.A. tiene por actividad la fabricación de caucho para neumáticos. PIRELLI & C. S.p.A. es titular del 100% de las acciones a través de diversos vehículos.

67. PIRELLI NEUMÁTICOS S.A.I.C. tiene por actividad la comercialización de neumáticos. PIRELLI & C. S.p.A. participa en esta sociedad a través de PIRELLI TYRE HOLLAND N.V. (95%) y PIRELLI TYRE S.P.A. (5%).

68. **SINTONIA S.p.A.** es una sociedad por acciones italiana, focalizada en la inversión y gestión de participaciones operantes en el sector de las infraestructuras y "utilities", controlada directamente en un 100% por EDIZIONE S.R.L. El accionista con una participación superior al 5% de las acciones es PORPOSTA S.R.L. con un 20% de la misma.

69. En cuanto a las empresas controladas por EDIZIONE S.R.L. en la Argentina se remite a lo expuesto en la descripción de control de la empresa SINTONIA S.p.A.

70. Finalmente, es dable aclarar que SINTONIA S.p.A. además de ser empresa adquirente, por la modalidad compleja en que se llevó adelante la presente operación, también es parte vendedora en la misma.

III.c. Objeto de la operación:

71. OLIMPIA S.p.A. era una firma italiana que tenía por actividad principal ser la tenedora de las acciones de TELECOM ITALIA, que poseía el 17,99% de las acciones en dicha compañía. PIRELLI, SINTONIA y SINTONIA S.p.A. eran titulares del 100% de las acciones de OLIMPIA S.p.A.

72. TELECOM ITALIA S.p.A. es una compañía italiana, dedicada al negocio de las telecomunicaciones no sólo en Italia, sino a nivel mundial, cuyo accionista controlante directo era OLIMPIA, sociedad que fue absorbida por TELCO S.p.A. Esta empresa

controla la totalidad del capital accionario de TELECOM INTERNATIONAL N.V., sociedad holding constituida en los Países Bajos.

73. SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. es una empresa holding argentina, que es controlada por TELECOM ITALIA en forma directa (32,5% de las acciones) e indirecta (17,5% de las acciones) a través de TELECOM INTERNATIONAL N.V. El resto de las acciones pertenecen a la empresa W DE ARGENTINA S.L. (48%) y al GRUPO FRANCE TELECOM (2% a través de FRANCE CABLES ET RADIO S.A. -1,3%- y de ATLAS SERVICES BELGIUM S.A. -0,7%-).

74. En este sentido, es importante destacar que según surge de declaraciones efectuadas por la empresa TELECOM ARGENTINA S.A.[10], W DE ARGENTINA INVERSIONES S.L. poseía una opción de compra sobre el 2% del capital de SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. de FRANCE CABLES ET RADIO S.A. (1,3%) y de ATLAS SERVICES BELGIUM S.A. (0,7%), la que fue ejercida el 1° de febrero de 2008. Esta transferencia no ha sido inscripta aún en el Registro de Acciones de SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. por las razones que se exponen en la Nota 7 a los Estados Contables consolidados de TELECOM ARGENTINA S.A., a saber: *"Telecom Argentina ha sido informada por W de Argentina – Inversiones S.L. que la opción de compra del 2% fue ejercida el 1° de febrero de 2008. A su vez, Sofora ha informado que: (i) el 12 de febrero de 2008 recibió de France Câbles et Radio y de Atlas Services Belgium una carta comunicando la transferencia de las acciones de Sofora propiedad de dichas sociedades y solicitando la inscripción de la transferencia a favor de W de Argentina – Inversiones S.L.; (ii) contestó a la mencionada carta de France Câbles et Radio y de Atlas Services Belgium pidiendo copia de la previa autorización de la SC a dicha transferencia de acciones, necesaria de conformidad con las normas regulatorias aplicables. A la fecha, Sofora no ha recibido respuesta alguna y ni los adquirentes ni los vendedores le han entregado evidencia del otorgamiento de dicha autorización previa; (iii) a fin de proteger los intereses de Sofora, de sus controladas y de sus respectivos accionistas, se efectuó una presentación ante la SC, pidiendo se informe*

[10] Presentación de fecha 10 de diciembre de 2008 en Expediente N° S01:0284090/2008, caratulado "TELECOM ARGENTINA S.A. Y OPTIGLOBE ARGENTINA LLC. S/ NOTIFICACIÓN ART. 8 LEY N° 25.156 (CONC. N° 715)", fs. 1009/1010.

si según las normas regulatorias correspondía que las partes intervinientes en esa operación solicitaran la previa autorización de la autoridad de aplicación; (iv) la presentación ante la SC se efectuó para dar certeza al proceder de Sofora con relación al pedido de inscripción de la transferencia solicitada por los interesados; (v) tan pronto la SC se pronuncie al respecto, Sofora procederá de conformidad. Por su parte, W de Argentina – Inversiones S.L., ha remitido una nota a Sofora comunicando que considera que no resulta necesaria la autorización previa de la SC por lo que solicitó la inmediata inscripción de la transferencia accionaria. W de Argentina – Inversiones S.L. ha informado asimismo que inició acciones judiciales por tal motivo."

75. NORTEL INVERSORA S.A. es una sociedad cuyo objeto es exclusivamente la inversión en otras sociedades con exclusión de aquellas actividades reguladas por la ley de entidades financieras Nº 21.526. Esta compañía adquirió y mantiene una participación mayoritaria en la sociedad TELECOM ARGENTINA S.A. A su vez, NORTEL no controla directamente, ni en el país ni en el extranjero, ninguna otra sociedad, y es controlada directamente por SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. quien posee el 67,79 % de su capital social.

76. TELECOM ARGENTINA S.A. es una sociedad constituida de conformidad con las leyes de la República Argentina que presta servicios de telefonía fija, internet, transmisión de datos, servicios para grandes clientes, data center y servicios a otras empresas de telecomunicaciones. Esta sociedad es controlada directamente por NORTEL INVERSORA S.A. con el 54,74 % del capital social, mientras que el 41,05% restante de las acciones (todas clase "B") cotizan en las Bolsas de Buenos Aires, New York y Méjico[11]. A su vez el 4,21% restante está en el programa de propiedad participada.

77. TELECOM ARGENTINA S.A. controla de manera directa o indirecta a las siguientes empresas:

78. TELECOM PERSONAL S.A., controlada directamente con el 99,99% de las acciones, dedicada a la prestación de servicios de telefonía móvil. Esta empresa controla con el

[11] De acuerdo a lo que surge del balance de TELECOM ARGENTINA S.A., las tenencias aproximadas por tipo de inversor al 31 de diciembre de 2007 eran: Administradoras de Fondos y Pensiones en la República Argentina 19%, otros inversores institucionales 16% e inversores minoristas 6%.

67,5% del capital social a NUCLEO S.A., una sociedad constituida en Paraguay que presta servicios de telecomunicaciones (telefonía celular y PCS), en ese país. Según los datos recabados por esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, esta última compañía no controla ninguna otra sociedad en Argentina ni en el exterior.

79. MICRO SISTEMAS S.A., controlada directamente con el 99,99% de las acciones, es una sociedad constituida de conformidad con las leyes de la República Argentina que se dedica a la fabricación, comercialización, importación, exportación, investigación, mantenimiento y desarrollo de equipos electrónicos. Actualmente se encontraría sin actividad desde abril de 2001, por cuanto se habría resuelto discontinuar las actividades que desarrollaba esta empresa. La misma no posee ninguna participación accionaria en otras sociedades ni el país, ni en el exterior.

80. TELECOM ARGENTINA USA INC. es una sociedad constituida bajo la Ley del Estado de Delaware que obtuvo una licencia global para la prestación del servicio internacional bajo la sección 214 de la "Communications Act" de EEUU. Bajo dicha licencia, esta firma desarrolla su actividad principal que es la compraventa de tráfico de voz internacional en el mercado mayorista de EEUU.

81. CUBECORP ARGENTINA S.A. es una sociedad constituida de conformidad con las leyes de la República Argentina cuya actividad está orientada a la provisión de servicios de telecomunicaciones a través de redes de transmisión de datos, imagen y voz; y el acceso a éstas, sean públicas o privadas; producción, diseño y comercialización de espacios publicitarios en medios de comunicación; diseño, publicación y almacenamiento de correo electrónico ("e-mail services"); prestación y explotación de otros servicios relacionados con tecnologías de la información, por cuenta propia o ajena, como así también la prestación de toda clase de servicios a terceros respecto de todas las materias anteriormente mencionadas. La adquisición de esta empresa por parte de TELECOM ARGENTINA S.A. fue notificada a esta

Comisión Nacional, aunque su resolución se encuentra pendiente, estando la misma a consideración de este organismo[12].

IV. ENCUADRAMIENTO JURÍDICO

82. 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.

83. 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.

84. Como se ha advertido *ut supra*, TELEFÓNICA S.A., ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., SINTONIA S.A., INTESA SANPAOLO S.p.A., MEDIOBANCA S.p.A., PIRELLI & C. S.p.A. y SINTONIA S.p.A. han notificado la operación de concentración económica que originó las presentes actuaciones como consecuencia de la orden dispuesta por la Resolución CNDC N° 4/09, tal como fuera descripta en el punto II.B. del presente dictamen.

85. Sin perjuicio de las recomendaciones que se realizarán en el presente dictamen, esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA considera que la notificación fue efectuada de forma extemporánea, y por lo tanto las multas por notificación tardía recomendadas en el Dictamen de esta Comisión N° 775 de fecha 6 de enero de 2010 y receptadas en la Resolución N° 2/2010 de la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR se encuentran plenamente vigentes.

V. PROCEDIMIENTO

[12] Expediente N° S01:0284090/2008 caratulado "TELECOM ARGENTINA S.A. Y OPTIGLOBE ARGENTINA LLC S/ NOTIFICACION ARTÍCULO 8 LEY N° 25.156 (CONC. 715), notificada a la CNDC el día 15 de junio de 2008, encontrándose actualmente en tramite.

V.a. Reseña de lo Actuado

86. El expediente de referencia se formó en atención a la presentación efectuada por la firma PIRELLI & C. S.p.A. con fecha 15 de enero de 2009, oportunidad en la que acompañó el correspondiente Formulario F1, como consecuencia del dictado de la Resolución CNDC N° 4/2009 ya referenciada.

87. El día 21 de enero de 2009, TELEFÓNICA, S.A. da cumplimiento al Art. 8 de la Ley 25.156, presentando el correspondiente Formulario F1, haciendo saber que acompañaría información respecto de los puntos 3, 4 y 5 a la brevedad.

88. Con fecha 22 de enero de 2009, esta Comisión Nacional, después de haber analizado la información acompañada, informó a los notificantes hasta ese momento, PIRELLI & C. S.p.A. y TELEFÓNICA, S.A., que previo a otro proveer deberían adecuar el Formulario F1 a los requerimientos establecidos en la Resolución SDCyC N° 40/2001, notificada con fecha 23 de enero de 2009. En la misma oportunidad se hizo saber a las partes notificantes que hasta tanto no cumplieran con lo requerido no comenzaría a correr el plazo del artículo 13 de la Ley N° 25.156. Asimismo, se solicitó a la COMISIÓN NACIONAL DE COMUNICACIONES y a la SECRETARÍA DE COMUNICACIONES DE LA NACIÓN, la intervención que les compete en virtud del Artículo 16 de la Ley N° 25.156, en relación a la operación de concentración económica objeto de estudio del presente expediente, que fue notificada a la COMISIÓN NACIONAL DE COMUNICACIONES con fecha 23 de enero de 2009, y a la SECRETARÍA DE COMUNICACIONES DE LA NACIÓN con fecha 27 de enero de 2009.

89. El día 27 de enero de 2009 PIRELLI & C. S.p.A. adjuntó copia certificada por Escribano Público del poder que acreditó debidamente la personería invocada en los presentes obrados.

90. El día 3 de febrero de 2009 ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A. notificó, por medio del Formulario F1, la operación de concentración.

91. Con fecha 6 de febrero de 2009 esta Comisión Nacional tuvo por acreditada la personería invocada por PIRELLI & C. S.p.A. A su vez, se le reiteró que hasta tanto

ESCOPIA FIEL
Ministerio de Economía y Finanzas Públicas
Secretaría de Comercio Interior
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia
ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho
- 148
FOLIO 11288

todas las partes de la operación dieran cabal cumplimiento a lo solicitado, no se daría curso a la presente operación ni comenzaría a correr el plazo del Artículo 13 de la Ley Nº 25.156, notificándose a PIRELLI & C. S.p.A. en el día.

92. Con fecha 9 de febrero de 2009, esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA tuvo por acreditada la personería invocada por ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., reiterando que todas las partes notificantes deberían adecuar el Formulario F1 a los requerimientos establecidos en la Resolución SDCyC Nº 40/2001, comunicándose a las mismas que hasta que dieran cabal cumplimiento a lo solicitado, no se daría curso a la presente operación ni comenzaría a correr el plazo del Artículo N° 13 de la Ley Nº 25.156, notificándose a PIRELLI & C. S.p.A., ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A. y a TELEFÓNICA, S.A. con fecha 10 de febrero de 2009.

93. El día 10 de febrero de 2009 efectuó una presentación la SECRETARÍA DE COMUNICACIONES DE LA NACIÓN, solicitando prórroga a fin de efectuar la intervención que le compete en virtud del artículo 16 de la Ley N° 25.156, en atención a la complejidad de la temática planteada.

94. Con fecha 12 de febrero de 2009, ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A. adjuntó documentación en relación al Formulario F1.

95. En el mismo día, esta Comisión Nacional le reiteró una vez más al presentante que hasta tanto las partes de la operación dieran cabal cumplimiento a lo solicitado, no se daría curso a la presente operación ni comenzaría a correr el plazo establecido en el Artículo 13 de la Ley Nº 25.156, lo cual fue notificado a ASSICURAZIONI con fecha 18 de febrero de 2009.

96. El día 13 de febrero de 2009 esta Comisión Nacional hizo lugar a la prórroga solicitada por la SECRETARÍA DE COMUNICACIONES DE LA NACIÓN, notificándose con fecha 18 de febrero de 2009.

97. Con fecha 19 de febrero de 2009, se recibió en esta Comisión Nacional, la Nota Nº 77 de la COMISIÓN NACIONAL DE COMUNICACIONES.

98. El día 24 de febrero de 2009, PIRELLI & C. S.p.A. efectuó una nueva presentación, en la que solicitó se le exima de cumplir lo requerido por esta Comisión Nacional.

99. Con fecha 2 de marzo de 2009 TELEFÓNICA acompañó información adicional a la previamente presentada.

100. El día 3 de marzo de 2009 MEDIOBANCA S.p.A. efectuó una presentación notificando la operación de concentración económica acompañando el correspondiente Formulario F1.

101. Con fecha 4 de marzo de 2009, esta Comisión Nacional hizo saber a PIRELLI & C. S.p.A. que hasta tanto todas las partes involucradas en la operación adecuaran el Formulario F1, cumplimentando cabalmente lo establecido en la Resolución SDCyC Nº 40/2001, no se daría curso a la presente operación ni comenzaría a correr el plazo establecido en el Artículo 13 de la Ley Nº 25.156, lo cual fue notificado en el día.

102. El día 6 de marzo de 2009, SINTONIA S.A. y SINTONIA S.p.A. efectuaron respectivamente una presentación notificando la operación de concentración económica, acompañando el correspondiente Formulario F1.

103. El mismo día esta Comisión Nacional hizo saber a todas las partes notificantes de la operación presentada en el expediente, que hasta tanto las mismas adecuaran el Formulario F1, cumplimentando cabalmente lo establecido en la Resolución SDCyC Nº 40/2001, no se daría curso a la presente operación ni comenzaría a correr el plazo establecido en el Artículo 13 de la Ley Nº 25.156, lo que fue notificado a MEDIOBANCA S.p.A., TELEFÓNICA, S.A., ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A. y PIRELLI S.p.A., en el mismo día.

104. El día 9 de marzo de 2009 INTESA SANPAOLO S.p.A. presentó el correspondiente Formulario F1 de Notificación de Operaciones de Concentraciones.

105. Con fecha 10 de marzo de 2009, PIRELLI & C. S.p.A. efectuó una nueva presentación, reiterando que consideraba que no puede exigírsele lo requerido por esta Comisión Nacional.

106. El día 11 de marzo de 2009 esta Comisión Nacional hizo saber a los notificantes que previo a todo otro proveer deberían adecuar el Formulario F1 a los requerimientos establecidos en la Resolución SDCyC Nº 40/2001, y que hasta tanto dieran total cumplimiento no se daría curso al expediente ni comenzaría a correr el

ES COPIA FIEL
Ministerio de Economía y Finanzas Públicas
Secretaría de Comercio Interior
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia
ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho
148
FOLIO 11290

plazo establecido en el Artículo 13 de la Ley Nº 25.156, lo cual fue notificado en el día.

107. Con fecha 17 de marzo de 2009, esta Comisión Nacional reiteró a todos las partes notificantes que previo a todo otro proveer, deberían adecuar el Formulario F1 a lo establecido en la Resolución SDCyC Nº 40/2001, lo cual fue notificado a MEDIOBANCA S.p.A., SINTONIA S.p.A., INTESA SANPAOLO S.p.A., ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., PIRELLI & C. S.p.A. y SINTONIA S.A. en el mismo día, mientras que TELEFÓNICA, S.A. fue notificada con fecha 18 de marzo de 2009.

108. El día 19 de marzo de 2009, SINTONIA S.A. efectuó una nueva presentación.

109. Con fecha 16 de abril de 2009, PIRELLI & C. S.p.A. efectuó una nueva presentación.

110. Con fecha 17 de abril de 2009, ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., INTESA SANPAOLO S.p.A., MEDIOBANCA S.p.A. y SINTONIA S.A., efectuaron cada uno presentaciones, mediante las cuales manifestaron uniformemente que: "(...) habiendo dado cumplimiento a lo dispuesto por el Artículo 1 de la Resolución CNDC Nº 4/2009 (la "Resolución"), notificando mediante el Formulario F1 (...) solicito a la Comisión tenga por cumplida en legal tiempo y forma la notificación del Artículo 8 de la Ley Nº 25.156 y proceda a resolver el expediente (...)".

111. Cabe mencionar que esto es paradójico. Por un lado las firmas antes mencionadas solicitaron la resolución del expediente en virtud de las presentaciones realizadas. Es decir, en aquel momento, estimaban que ya se habían cumplido los requisitos formales para el dictado de la Resolución correspondiente a las presentes actuaciones. Pero por otro lado, cuando esta Comisión Nacional emitió el Dictamen N° 744 el día 25 de agosto de 2009 con la correspondiente Resolución del Señor Secretario de Comercio Interior N° 483/09, las mismas partes se presentaron ante la Cámara Nacional en lo Penal Económico y manifestaron que el procedimiento no se encontraba completo por no haber participado todas las empresas involucradas en la presente operación (incluyendo las firmas objeto de las misma).

112. El día 4 de mayo de 2009, esta Comisión Nacional no hizo lugar a lo solicitado en el punto anterior y reiteró nuevamente a todas las partes notificantes que deberían

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho
Ministerio de Economía y Finanzas Públicas
Secretaría de Comercio Interior
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia
FOLIO 1291

adecuar el Formulario F1 a los requerimientos de la Resolución SDCyC Nº 40/2001. Asimismo, esta Comisión Nacional solicitó a los mismos que manifiesten si entre TELCO y TELEFÓNICA, habrían celebrado con fecha 6 de noviembre de 2007, un "Contrato de Opción de Adquisición". Y en caso afirmativo, acompañen copia debidamente traducida del mismo. A su vez hizo saber que hasta tanto las partes no dieran total cumplimiento a todo lo ordenado, no se daría curso al expediente, ni comenzaría a correr el plazo establecido en el Artículo 13 de la Ley Nº 25.156. Lo que fuera notificado a PIRELLI & C. S.p.A., ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., INTESA SANPAOLO S.p.A., MEDIOBANCA S.p.A., SINTONIA S.p.A. y SINTONIA S.A. con fecha 5 de mayo de 2009, y a TELEFÓNICA S.A. con fecha 6 de mayo de 2009.

113. En la misma fecha, esta Comisión Nacional en atención a la escasez de información obrante en estos autos y dado el tiempo transcurrido, ordenó extraer copia del expediente Nº S01:0147971/2007, caratulado "TELEFÓNICA DE ESPAÑA, OLIMPIA Y OTROS S/ DILIGENCIA PRELIMINAR ART. 8° DE LA LEY 25.156" (DP 29), certificar las mismas por Secretaría, y agregarlas como anexo documental.

114. Asimismo, en idéntica fecha se requirió a la COMISIÓN NACIONAL DE COMUNICACIONES diversa información respecto de la operación objeto de los presentes autos, que fuera notificada en el mismo día.

115. Con fecha 12 de mayo de 2009, en atención a las constancias de autos y dado el tiempo transcurrido, esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, resolvió que la información aportada por las notificantes respecto de las firmas TELECOM ARGENTINA y sus controladas se encontraba incompleta. En razón de ello, y atento a la renuencia de las partes a acompañar la misma, en virtud del Artículo 24 de la Ley Nº 25.156 se requirió a las firmas SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A., NORTEL INVERSORA S.A. y TELECOM ARGENTINA S.A. diversa información a efectos de avanzar con el análisis de la operación objeto de este expediente. Ello, fue notificado a las requeridas con fecha 13 de mayo de 2009.

116. En el mismo día se reiteró a la SECRETARÍA DE COMUNICACIONES DE LA NACIÓN la intervención que le compete en virtud del artículo 16 de la Ley N° 25.156, que fuera notificado con fecha 13 de mayo de 2009.

117. Con fecha 13 de mayo de 2009, se agregó copia certificada en estos actuados de la Nota Nº 590/2009 formalizada por el Dr. José Leonardo GIALLUCA, en su carácter de Defensor del Pueblo de la Provincia de FORMOSA, en el Expediente S01:0147971/2007 (DP 29).

118. En la misma fecha, nuevamente en virtud de la falta de cooperación de las partes, y tras analizar toda la documentación obrante en autos, esta Comisión Nacional hizo saber a todas las notificantes que debían adecuar el Formulario F1 a lo dispuesto en la Resolución Nº 40/01 de la SDCyC, debiendo completar los puntos según se indicó en detalle para cada una de las empresas. Asimismo, se comunicó a las partes que hasta tanto dieran total cumplimiento a lo requerido no se daría curso al presente expediente ni comenzaría a correr el plazo establecido en el Artículo 13 de la Ley Nº 25.156. Todo ello fue notificado a las distintas notificantes con fecha 14 de mayo de 2009.

119. Con fecha 26 de mayo de 2009 TELECOM ARGENTINA S.A., SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. y NORTEL INVERSORA S.A., dieron respuesta a lo requerido en el punto anterior, solicitando la confidencialidad de la información acompañada, a lo que se hizo lugar provisoriamente. Asimismo, se solicitó a los presentantes que acompañasen un informe no confidencial.

120. El día 28 de mayo de 2009, a las 15:30 hs, se recibió audiencia testimonial al Dr. Juan Carlos CASSAGNE.

121. Con fecha 1° de junio de 2009 se recibió declaración testimonial al Sr. Edmundo POGGIO, en su carácter de Director de Marco Regulatorio de TELECOM ARGENTINA S.A. En la misma el deponente se comprometió a aportar cierta información por escrito, que acompañó el día 2 de junio de 2009.

122. El día 3 de junio de 2009, se recibió declaración testimonial al Sr. José Luis AIELLO MONTES, en su carácter de responsable del área estratégica de TELEFÓNICA DE ARGENTINA S.A. En la misma el deponente se comprometió a aportar cierta información por escrito.

123. En la misma fecha, la SECRETARÍA DE COMUNICACIONES DE LA NACIÓN solicitó una prórroga a fin de efectuar la opinión fundada que requiere el artículo 16 de la Ley N° 25.156, a lo que esta Comisión Nacional hizo lugar, notificándose el 17 de junio de 2009.

124. Con fecha 4 de junio de 2009 PIRELLI & C. S.p.A. efectuó una nueva presentación.

125. El día 5 de junio de 2009, se tomó audiencia testimonial al Lic. Henoch AGUIAR, la cual por su extensión debió pasar a un cuarto intermedio.

126. Con fecha 8 de junio de 2009, se celebró la audiencia testimonial de la Sra. Beatriz María GARCÍA BUITRAGO, en carácter de Presidente de la ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES ARGENTINOS.

127. En la misma fecha, TELECOM ARGENTINA S.A. acompañó el resumen no confidencial solicitado.

128. El día 10 de junio de 2009, se tomó audiencia testimonial al Sr. Enrique Tomás MILLÁN, en su carácter de Presidente de la ASOCIACIÓN CIVIL SIN FINES DE LUCRO PROTECCIÓN A LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS DE LA REPÚBLICA ARGENTINA.

129. Con fecha 11 de junio de 2009, luego del cuarto intermedio dispuesto por esta Comisión Nacional, se continuó la audiencia testimonial del Lic. Henoch AGUIAR. Asimismo, dada la extensión de la misma, se dispuso un nuevo cuarto intermedio.

130. En el mismo día, se tomó audiencia testimonial al Dr. Alejandro José AMENDOLARA BOURDETTE, en su carácter de Director de Asuntos Legales y Marco Regulatorio de la empresa TELMEX ARGENTINA S.A.

131. Con la misma fecha, efectuó una presentación el Sr. José Luis AIELLO MONTES, en su carácter de responsable del área estratégica de TELEFÓNICA DE ARGENTINA S.A., acompañando la información que se había comprometido a aportar en la audiencia testimonial efectuada con fecha 3 de junio de 2009.

132. Con fecha 12 de junio de 2009 efectuaron una presentación las empresas NORTEL INVERSORA S.A. y SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. acompañando el resumen no confidencial solicitado por esta Comisión Nacional.

ES COPIA FIEL
Ministerio de Economía y Finanzas Públicas
Secretaría de Comercio Interior
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia
ES COPIA
LUCIA GENTILE
Dirección de Despacho
FOLIO 1294

133. En la misma fecha, en atención a la audiencia testimonial citada oportunamente, llamado que fuere a viva voz el Sr. Ricardo NASIO, Presidente de la ASOCIACIÓN CIVIL SIN FINES DE LUCRO PROCONSUMER, y ante la incomparecencia del mismo, se procedió a labrar el acta pertinente.

134. El día 17 de junio de 2009, en atención a la audiencia testimonial citada oportunamente, se procedió a llamar de viva voz a la Sra. Andrea Verónica CAJARAVILLE, Presidenta de la ASOCIACIÓN CIVIL SIN FINES DE LUCRO UNIÓN DE CONSUMIDORES ARGENTINA, y no habiéndose presentado, se labró el acta de incomparecencia.

135. Con fecha 18 de junio de 2009, luego del segundo cuarto intermedio dispuesto por esta Comisión Nacional, se continuó y concluyó la audiencia testimonial del Lic. Henoch AGUIAR.

136. En el mismo día, se tomó audiencia testimonial al Dr. José María MÁRQUEZ, en su carácter de Gerente de Marco Regulatorio de AMX ARGENTINA S.A. (CLARO). Dada la extensión de la misma se dispuso pasar a un cuarto intermedio. Asimismo, en el mismo acto el deponente se comprometió a aportar información por escrito.

137. En la misma fecha, TELEFÓNICA, S.A. efectuó una presentación acompañando copia y traducción del "Contrato de Opción de Adquisición".

138. Con fecha 19 de junio de 2009, SINTONIA S.p.A., por un lado, ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., MEDIOABANCA S.p.A., SINTONIA S.A. e INTESA SANPAOLO S.p.A., por el otro, efectuaron respectivamente una presentación con respecto a lo requerido con fecha 4 de mayo de 2009.

139. En el mismo día, en atención a la audiencia testimonial citada oportunamente, llamado que fuere a viva voz el Sr. Presidente de la ASOCIACIÓN CIVIL SIN FINES DE LUCRO CRUZADA CÍVICA PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS DE SERVICIOS PÚBLICOS a la audiencia testimonial, y no habiéndose presentado, se procedió a labrar el acta de incomparecencia.

140. El día 22 de junio de 2009, en atención a la audiencia testimonial citada oportunamente, llamada que fuera de viva voz la Sra. Presidenta de ADECUA a la

ES COPIA FIEL
Ministerio de Economía y Finanzas Públicas
Secretaría de Comercio Interior
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia
ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho
FOLIO 1295
Dra. MARIA VICTORIA DIAZ VEIRA
SECRETARIA LETRADA
COMISION NACIONAL DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA

audiencia testimonial, y no habiéndose presentado, se procedió a labrar el acta de incomparecencia.

141. El día 23 de junio de 2009 se procedió a tomar audiencia testimonial al Lic. Diego PETRECOLLA.

142. Con fecha 24 de junio de 2009 se tomó audiencia testimonial a la Sra. Viviana Martha EPIS, en su carácter de Vicepresidenta y apoderada de la UNIÓN DE USUARIOS Y CONSUMIDORES.

143. El día 25 de junio de 2009, luego del cuarto intermedio dispuesto por esta Comisión Nacional, se reanudó la audiencia testimonial del Sr. José María MÁRQUEZ, finalizando en esta oportunidad.

144. El día 26 de junio de 2009, se recibió declaración testimonial del Sr. Norberto Horacio RAMÍREZ, Secretario de Asuntos Profesionales del SINDICATO DE OBREROS ESPECIALISTAS Y EMPLEADOS DE LOS SERVICIOS DE INDUSTRIAS DE LAS TELECOMUNICACIONES (SOEESIT).

145. En la misma fecha, la firma PIRELLI & C. S.p.A. presentó el requerimiento que le fuera formulado con fecha 13 de mayo de 2009.

146. Con fecha 29 de junio de 2009, se recibió audiencia testimonial al Sr. Mike BACHMANN, Director de Operaciones y Calidad de AMX ARGENTINA S.A.

147. El día 29 de junio de 2009, SINTONÍA S.p.A. y TELEFÓNICA, S.A. efectuaron respectivamente una presentación en relación a lo requerido previamente por esta Comisión Nacional.

148. En la misma fecha, MEDIOBANCA S.p.A. realizó una presentación con igual tenor de las descriptas previamente.

149. El día 30 de junio de 2009, se recibió audiencia testimonial al Sr. Ariel Norberto GRAIZER, Presidente de la CÁMARA ARGENTINA DE BASE DE DATOS Y SERVICIOS EN LÍNEA (CABASE).

150. Con fecha 1° de julio de 2009, se recibió audiencia testimonial al Sr. Luis Alberto PICCOLO, responsable del Área Comercial de GLOBAL CROSSING S.A.

ES COPIA FIEL
Ministerio de Economía y Finanzas Públicas
Secretaría de Comercio Interior
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia
ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

FOLIO 1296
Dra. MARIA VICTORIA DIAZ VERA
SECRETARIA LETRADA
COMISION NACIONAL DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA

151. El día 3 de julio de 2009 AMX ARGENTINA S.A. efectuó una presentación dando cumplimiento a lo requerido en la audiencia llevada a cabo con fecha 3 de junio del mismo año.

152. En el mismo día TELMEX ARGENTINA S.A. dio cumplimiento a lo requerido en la audiencia llevada a cabo con fecha 11 de junio de 2009.

153. El día 6 de julio de 2009, se recibió audiencia testimonial al Sr. Osvaldo Martín IADAROLA, en su carácter de Secretario General de la FEDERACIÓN DE OBREROS Y EMPLEADOS DE TELEFONÍA DE LA REPÚBLICA ARGENTINA (FOETRA).

154. Con fecha 13 de julio de 2009 se tomó audiencia testimonial al Sr. Ricardo PASSADORE, en su calidad de apoderado de FECOTEL.

155. El día 16 de julio de 2009 esta Comisión Nacional ordenó extraer copia, certificarlas por Secretaria de este organismo y agregar a los presentes autos, del informe emitido por la firma CONSULTORA SIGNALS S.R.L. agregado a fs. 504/527 del Expediente N° S01:0077292/2007, caratulado "GLOBAL CROSSING LIMITED, GC CRYSTAL ACQQUISITION Y IMPSAT FIBER NETWORKS, INC. S/ NOTIFICACIÓN ART. 8 DE LA LEY 25.156 (CONC. 621)".

156. En idéntica fecha, esta Comisión Nacional requirió información a las empresas TELMEX ARGENTINA S.A., AMX ARGENTINA S.A. (CLARO) y GLOBAL CROSSING ARGENTINA S.A., en virtud del artículo 24 de la Ley N° 25.156, que fuera notificada con fecha 20 de julio de 2009.

157. Con fecha 20 de julio de 2009 esta Comisión Nacional requirió información a la COMISIÓN NACIONAL DE COMUNICACIONES, en virtud del artículo 24 de la Ley N° 25.156, que fuera notificado en el día.

158. En la misma fecha TELEFÓNICA, S.A. efectuó una presentación acompañando documentación.

159. El día 21 de julio de 2009 la COMISIÓN NACIONAL DE COMUNICACIONES efectuó una presentación, en relación a lo requerido previamente por esta Comisión Nacional.

ES COPIA FIEL
ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

FOLIO 1297
DRA. MARIA VICTORIA DIAZ VERA
SECRETARIA LETRADA
COMISION NACIONAL DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA

160. En el mismo día la empresa GLOBAL CROSSING ARGENTINA S.A. efectuó una presentación dando cumplimiento a lo requerido en la audiencia llevada a cabo con fecha 1° de julio de 2009.

161. Con fecha 23 de julio de 2009 la SECRETARÍA DE COMUNICACIONES DE LA NACIÓN efectuó una presentación, dando cumplimiento a la intervención requerida por el Artículo 16 de la Ley N° 25.156.

162. El día 24 de julio de 2009 esta Comisión Nacional hizo saber a todas las partes notificantes que deberían adecuar el Formulario F1 a lo dispuesto en la Resolución SDCyC N° 40/01, según lo requerido previamente por este organismo. Asimismo, dada la complejidad de los mercados a analizar requirió a las firmas notificantes que presenten Formulario F2 en el término de diez días, sin perjuicio de la facultad de este organismo de generar la información por los medios que autoriza la Ley N° 25.156 en caso de reticencia de las partes. Finalmente, se comunicó a las mismas que hasta tanto no dieran total cumplimiento a lo requerido no comenzaría a correr el plazo establecido en el Artículo 13 de la Ley N° 25.156. Todo ello fue notificado a las distintas notificantes en el mismo día.

163. El día 27 de julio de 2009, AMX ARGENTINA S.A. (CLARO) efectuó una presentación, dando cumplimiento a lo requerido el 20 de julio de 2009. En la misma, AMX ARGENTINA S.A., solicitó la confidencialidad de lo presentado, por lo que se decidió hacer lugar, formándose anexo confidencial y reservándose en Secretaría la documental acompañada.

164. El día 28 de julio de 2009, ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A. efectuó una presentación identificada como Anexo III, cumplimentando la presentación realizada con fecha 29 de junio de 2009.

165. En idéntica fecha GLOBAL CROSSING S.A., efectuó una presentación dando cumplimiento a lo que le fuera requerido el 20 de julio de 2009.

166. En igual fecha TELMEX ARGENTINA S.A., efectuó una presentación dando cumplimiento a lo requerido el 20 de julio de 2009.

167. El día 30 de julio de 2009 ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., MEDIOBANCA S.p.A., SINTONIA S.A. SINTONIA S.p.A. e INTESA SANPAOLO S.p.A., solicitaron

ES COPIA FIEL
ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho
Ministerio de Economía y Finanzas Públicas
Secretaría de Comercio Interior
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

FOLIO 1298
Dra. MARIA VICTORIA DIAZ VELEZ
SECRETARIA LETRADA
COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

ampliación del plazo otorgado para completar el Formulario F2, requerido en fecha de 24 de julio de 2009.

168. El día 31 de julio de 2009 esta Comisión Nacional requirió información a la COMISIÓN NACIONAL DE VALORES, en virtud del artículo 24 de la Ley N° 25.156, que fuera notificado en el día.

169. El día 3 de agosto de 2009 esta Comisión Nacional requirió información a la COMISIÓN NACIONAL DE COMUNICACIONES, en virtud del artículo 24 de la Ley N° 25.156, que fuera notificado el día 4 de agosto de 2009.

170. El día 4 de agosto de 2009 esta Comisión Nacional requirió a TELEFÓNICA, S.A. información adicional, la que fue notifica en el mismo día.

171. En idéntica fecha esta Comisión Nacional requirió información a TELECOM ARGENTINA S.A., GLOBAL CROSSING ARGENTINA S.A. y TELMEX ARGENTINA S.A., en virtud del artículo 24 de la Ley N° 25.156 y que fue notificado en el mismo día.

172. El día 5 de agosto de 2009 TELECOM ARGENTINA solicitó prórroga del plazo otorgado para presentar el pedido de información que le fuera requerida en fecha 4 de agosto de 2009.

173. En igual fecha TELMEX ARGENTINA S.A. solicitó prórroga del plazo otorgado para presentar la información requerida en fecha 4 de agosto de 2009.

174. El día 5 de agosto de 2009 esta Comisión Nacional decidió no otorgar la prórroga de plazos requerida por ASSICURAZIONI, MEDIOBANCA, SINTONIA S.A. SINTONIA e INTESA, TELECOM ARGENTINA y TELMEX ARGENTINA S.A. anteriormente mencionadas, lo que fue notificado el día 6 de agosto de 2009.

175. El día 6 de agosto de 2009 esta Comisión Nacional requirió información a la COMISIÓN NACIONAL DE COMUNICACIONES, en virtud del artículo 24 de la Ley N° 25.156, que fuera notificado el día 7 de agosto de 2009.

176. El día 7 de agosto de 2009, GLOBAL CROSSING ARGENTINA S.A. solicitó prórroga en el plazo otorgado en el pedido de información del día 4 de agosto de 2009.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho
Ministerio de Economía y Finanzas Públicas
Secretaría de Comercio Interior
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia
ES COPIA FIEL
FOLIO 11299
Dra. MARÍA VICTORIA DÍAZ VERA
SECRETARIA LETRADA
COMISIÓN NACIONAL DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA

177. En igual fecha TELEFÓNICA, S.A. efectuó una presentación y acompañó el correspondiente Formulario F2, dando cumplimiento a lo requerido el día 24 de julio de 2009.

178. El día 10 de agosto de 2009 TELEFÓNICA, S.A. efectuó una presentación, en la que solicitan, entre otras consideraciones que esta Comisión Nacional no tenga en cuenta el informe de la SECRETARÍA DE COMUNICACIONES Nota SC Nº 1459/2009.

179. En igual fecha, ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., MEDIOBANCA S.p.A., SINTONIA S.A. SINTONIA S.p.A e INTESA SANPAOLO S.p.A, efectuaron una presentación, solicitando que la información que les fuera solicitada el día 24 de julio de 2009 sea requerida a la empresa TELECOM ARGENTINA S.A.

180. En idéntica fecha PIRELLI & C. S.p.A. efectuó una presentación acompañando el Formulario F2 que le fuera requerido con anterioridad.

181. El mismo día, TELECOM ARGENTINA S.A., efectuó una presentación dando cumplimiento a lo que le fuera requerido el día 4 de agosto de 2009.

182. El día 11 de agosto de 2009 TELMEX ARGENTINA S.A. efectuó una presentación dando cumplimiento a lo que le fuera requerido el día 4 de agosto de 2009.

183. El día 12 de agosto de 2009 esta Comisión Nacional no concedió la prórroga solicitada oportunamente por GLOBAL CROSSING ARGENTINA S.A., lo que fue notificada el día 13 de agosto de 2009.

184. En igual fecha la COMISIÓN NACIONAL DE VALORES efectuó una presentación, dando cumplimiento a lo requerido el día 31 de julio de 2009.

185. El día 13 de agosto de 2009, ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., MEDIOBANCA S.p.A., SINTONIA S.A., SINTONIA S.p.A. e INTESA SANPAOLO S.p.A. efectuaron una presentación en la que solicitan, entre otras consideraciones que esta Comisión Nacional no tenga en cuenta el informe de la SECRETARÍA DE COMUNICACIONES Nota SC Nº 1459/2009, adjuntando documental.

186. El día 14 de agosto de 2009 esta Comisión Nacional requirió información a la COMISIÓN NACIONAL DE COMUNICACIONES, en virtud del artículo 24 de la Ley N° 25.156, que fuera notificado el mismo día.

ES COPIA FIEL
Ministerio de Economía y Finanzas Públicas
Secretaría de Comercio Interior
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia
ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho
148
Dra. MARIA VICTORIA DIAZ VERA
SECRETARIA LETRADA
COMISION NACIONAL DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA
FOLIO
1300

187. El día 18 de agosto de 2009, GLOBAL CROSSING ARGENTINA S.A., efectuó una presentación, dando cumplimiento a lo que le fuera requerido el 4 de agosto de 2009.

188. El día 19 de agosto de 2009, PIRELLI & C. S.p.A. realizó una nueva presentación.

189. El día 21 de agosto de 2009 esta Comisión Nacional requirió información a la COMISIÓN NACIONAL DE VALORES, en virtud del artículo 24 de la Ley N° 25.156, que fuera notificado el mismo día.

190. El día 21 de agosto de 2009 esta Comisión Nacional requirió información a la COMISIÓN NACIONAL DE COMUNICACIONES, en virtud del artículo 24 de la Ley N° 25.156, que fuera notificado el mismo día.

191. Con fecha 24 de agosto de 2009, esta Comisión Nacional reiteró a todos las partes notificantes que previo a todo otro proveer, deberían adecuar el Formulario F2 a lo establecido en la Resolución SDCyC Nº 40/2001, lo cual fue notificado a MEDIOBANCA S.p.A., SINTONIA S.p.A., INTESA SANPAOLO S.p.A., ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., PIRELLI & C. S.p.A. y SINTONIA S.A. el día 25 de agosto de 2009.

192. El día 25 de agosto de 2009, esta Comisión Nacional no hizo lugar a lo solicitado por ASSICURAZION GENERALI S.p.A.I, MEDIOBANCA S.p.A., SINTONIA S.A., SINTONIA S.p.A e INTESA SANPAOLO S.p.A. el día 13 de agosto de 2009 por improcedente.

193. Con fecha 25 de agosto de 2009 la COMISIÓN NACIONAL DE COMUNICACIONES efectuó una presentación contestando el requerimiento efectuado por esta Comisión Nacional.

194. El mismo 25 de agosto de 2009, la COMISIÓN NACIONAL DE VALORES acompañó los balances correspondientes al primer semestre (enero-junio) del año 2009 de las empresas TELECOM DE ARGENTINA S.A. y TELEFÓNICA DE ARGENTINA S.A.

195. El día 25 de agosto de 2009, esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA emitió el Dictamen N° 744 por medio del cual recomendó a la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR lo siguiente:

ES COPIA FIEL
Ministerio de Economía y Finanzas Públicas
Secretaría de Comercio Interior
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia
ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho
148
1130
MA. VICTORIA DIAZ VEÑA
SECRETARIA LETRADA
COMISION NACIONAL DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA

a. Subordinar la autorización de la operación de concentración económica, efectuada en el exterior y consistente en la adquisición por parte de TELEFÓNICA, S.A., ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., SINTONIA S.A., INTESA SANPAOLO S.p.A. y MEDIOBANCA S.p.A., a través de TELCO S.p.A., de la totalidad del capital social de OLIMPIA S.p.A., titular del 17,99% del capital de TELECOM ITALIA S.p.A., perteneciente a las firmas PIRELLI & C. S.p.A., SINTONIA S.A. y SINTONIA S.p.A.; junto al 5,6% de participación directa con derecho a voto en TELECOM ITALIA S.p.A. perteneciente previamente a ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A. y MEDIOBANCA S.p.A., transferida a TELCO S.p.A. con ocasión de la presente operación; adicionándose el 0,91% del capital con derecho a voto en TELECOM ITALIA S.p.A., que en el mes de marzo de 2008, TELCO S.p.A. adquirió a través del mercado de capitales en oferta pública, al cumplimiento efectivo e irrevocable de la desinversión de la totalidad de la participación accionaria que TELECOM ITALIA S.p.A. posee, ya sea en forma directa o indirecta, en SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. en la República Argentina. Asimismo, se recomendó que se debían desinvertir todos los activos y la totalidad de los derechos que tuviera sobre SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. y sus controladas, incluyendo la opción de compra pactada con fecha 9 de septiembre de 2003 en el contrato denominado "Call Option Agreement", celebrado entre TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V. y A W DE ARGENTINA INVERSIONES S.L., todo ello de acuerdo a lo establecido en el artículo 13, inciso b) de la Ley N° 25.156.

b. Facultar a esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA a establecer en un plazo máximo de sesenta (60) días, las pautas de la desinversión prevista, conforme a los criterios usuales y atendiendo a las circunstancias del presente caso, lo que implicaba facultad para definir plazos, determinar PRESENTACIÓNes que deban realizar las partes, designar agentes de monitoreo y/o control, designar agentes vendedores y establecer cualquier otro mecanismo para cumplir con el objetivo de la desinversión y proteger la competencia en los mercados

ES COPIA FIEL
Ministerio de Economía y Finanzas Públicas
Secretaría de Comercio Interior
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia
ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

FOLIO 1302
Dra. MARIA VICTORIA DIAZ VERA
SECRETARIA LETRADA
COMISION NACIONAL DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA

afectados, quedando en consecuencia, facultada para dictar todas las resoluciones y/o providencias necesarias para cumplir con la delegación efectuada, estableciéndose el plazo máximo de un (1) año para cumplir con el proceso de desinversión.

c. Otorgar a la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA un plazo máximo de sesenta (60) días, para que eleve al Señor SECRETARIO DE COMERCIO INTERIOR, un dictamen en el cual recomiende el temperamento a seguir respecto a la pertinencia, en su caso, de aplicar multas por notificación tardía, fundamentando la procedencia así como el quantum de las mismas. En caso de corresponder, se recomiende multar, a todas, alguna o ninguna de las partes notificantes en la presente operación, sin que ello signifique haberse limitado en las facultades propias de la autoridad de aplicación de la Ley N° 25.156.

d. Establecer que finalizado el proceso de desinversión en un todo, conforme al juicio de la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, se dictará una resolución final que a los efectos de la transparencia y publicidad de todos los actos de gobierno contemple la totalidad del proceso y medidas adoptadas.

e. Suscripta que sea la Resolución por el Sr. SECRETARIO DE COMERCIO INTERIOR se ordene su notificación al Sr. SECRETARIO DE COMUNICACIONES DE LA NACIÓN, a la COMISIÓN NACIONAL DE COMUNICACIONES, a la COMISIÓN NACIONAL DE VALORES y al Señor INSPECTOR GENERAL DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

f. Publicar la Resolución que suscribiere el Señor SECRETARIO DE COMERCIO INTERIOR por un (1) día en el Boletín Oficial, en su parte dispositiva.

196. El día 25 de agosto de 2009, la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR emitió la Resolución 483 por medio de la cual hizo suyo los argumentos esgrimidos por esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCA en su dictamen N° 744

ES COPIA FIEL
Ministerio de Economía y Finanzas Públicas
Secretaría de Comercio Interior
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia
ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho
148
Dra. MARIA VICTORIA DIAZ VERA
SECRETARIA LETRADA
COMISION NACIONAL DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA
FOLIO 11303

y dispuso resolver en el mismo sentido que la recomendación realizada por este Organismo.

197. La mentada Resolución de la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR N° 483 fue notificada a las firmas TELEFÓNICA, S.A., PIRELLI & C. S.p.A., INTESA SANPAOLO S.p.A., SINTONÍA S.A., MEDIOBANCA S.p.A., SINTONÍA S.p.A. y ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A. el día 26 de agosto de 2009.

198. El día 27 de agosto de 2009, LA COMISIÓN NACIONAL DE COMUNICACIONES adjuntó información relacionada con la reutilización de las frecuencias del espectro radioeléctrico por operador y con la regulación sobre la desagregación de la última milla para los ISP que presten servicios de Internet residencial usando el par de cobre de las incumbentes.

199. El día 31 de agosto de 2009, el Dr. Bernardo CASSAGNE, en representación de la firma TELEFÓNICA, S.A., solicitó vista de las actuaciones con efectos suspensivos.

200. Ante lo solicitado por el Dr. CASSAGNE la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA rechazó el pedido de suspensión e hizo saber que el presente expediente se encontraba a la vista de las partes.

201. El día 31 de agosto de 2009 esta Comisión Nacional requirió a las partes notificantes en la presente operación de concentración económica, que arbitren los medios a fin de comunicar la Resolución de la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR N° 483, de fecha 25 de agosto de 2009, a todas las empresas involucradas que ofrezcan productos involucrados en la República Argentina, incluyendo a las firmas SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. NORTEL INVERSORA S.A., TELECOM ARGENTINA S.A. y TELECOM PERSONAL S.A.

202. El mismo día 31 de agosto de 2009, esta Comisión Nacional solicitó al Director General de asuntos Jurídicos del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y PRODUCCIÓN que informe a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, que la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR había emitido la Resolución N° 483/10.

203. El día 1° de septiembre de 2009, esta Comisión puso la Resolución del Señor SECRETARIO DE COMERCIO Interior N° 483/10 en conocimiento a las firmas

ES COPIA FIEL
Ministerio de Economía y Finanzas Públicas
Secretaría de Comercio Interior
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia
ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho
Dra. MARIA VICTORIA DIAZ VERA
SECRETARIA LETRADA
COMISION NACIONAL DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA
FOLIO 1304

SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A., NORTEL INVERSORA S.A., TELECOM ARGENTINA S.A. y TELECOM PERSONAL S.A.

204. El día 8 de septiembre de 2009 la firma GLOBAL CROSSING ARGENTINA S.A. presentó datos relativos a la red de cableado que posee la misma.

205. El día 14 de septiembre de2009 las firmas TELECOM ITALIA S.p.A. y TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V. solicitaron tomar vista de las presentes actuaciones, extracción de fotocopias y suspensión de plazos.

206. El día 15 de septiembre de 2009 esta Comisión dispuso conceder la vista solicitada y la solicitud de extracción de fotocopias, pero rechazó el pedido de suspensión de plazos.

207. El día 16 de septiembre de 2009 las firmas TELEFÓNICA, S.A., INTESA SANPAOLO S.p.A., EDIZIONE S.R.L., SINTONÍA S.A., MEDIOBANCA S.p.A., ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., TELECOM ITALIA S.p.A. y TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V. presentaron recursos de apelación contra la Resolución N° 483/10 del Señor SECRETARIO DE COMERCIO INTERIOR. En virtud de dichas presentaciones, esta Comisión Nacional dispuso formar un único incidente de apelación.

208. El día 15 de septiembre de 2009 la firma W DE ARGENTINA – INVERSIONES SL puso en conocimiento de esta Comisión ciertos hechos que consideró relevantes y que debían ser tenidos en cuenta a los efectos de establecer las pautas del procedimiento de ejecución de la desinversión que se debía llevar adelante conforme la Resolución N° 483/09 de la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR.

209. El día 4 de noviembre de 2009 las firmas ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., MEDIOBANCA S.p.A., SINTONÍA S.A. e INTESA SANPAOLO S.p.A. informaron que suscribieron un "Acuerdo de Renovación" (Renewal Agreement) por medio del cual prorrogaron hasta el día 27 de abril de 2013 el acuerdo de Accionistas suscrito el día 28 de abril de 2007 por dichas sociedades y por la firma SINTONÍA S.A., en su carácter de accionistas de TELCO S.p.A.

210. El día 18 de noviembre de 2009 esta Comisión Nacional emitió el Dictamen N° 766 por medio del cual recomendó al Señor SECRETARIO DE COMERCIO

ES COPIA
LUCIA GENTILE
Dirección de Despacho
Ministerio de Economía y Finanzas Públicas
Secretaría de Comercio Interior
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia
ES COPIA FIEL
Dra. MARIA VICTORIA DIAZ VERA
SECRETARIA LETRADA
COMISION NACIONAL DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA
FOLIO 1305

INTERIOR que disponga una prórroga de SESENTA (60) días para estimar las pautas de desinversión de acuerdo a lo establecido en la Resolución del mismo Secretario N° 483/09 y para la posible aplicación de la multa por notificación tardía.

211. El día 19 de noviembre de 2009, el SECRETARIO DE COMERCIO INTERIOR emitió la Resolución N° 896 disponiendo la prórroga propuesta por esta Comisión Nacional.

212. La Resolución N° 896/09 del SECRETARIO DE COMERCIO INTERIOR fue notificada a las firmas MEDIOBANCA S.p.A., ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., INTESA SANPAOLO S.p.A., SINTONÍA S.p.A., SINTONÍA S.A., TELEFÓNICA, S.A. y PIRELLI & C. S.p.A. el día 20 de noviembre de2009.

213. El día 6 de enero de 2010 esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA emitió el Dictamen N° 775 por medio del cual recomendó aplicar una serie de multas a las firmas TELEFÓNICA, S.A., MEDIOBANCA S.p.A., INTESA SANPAOLO S.p.A., ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., SINTONÍA S.p.A., SINTONÍA S.A. y PIRELLI & C. S.p.A. El monto total de las multas ascendió a la suma de $ 235.977.000 en virtud de la notificación tardía efectuada por las empresas notificantes.

214. El mismo día 6 de enero de 2010, esta Comisión Nacional emitió la Resolución N° 1/10 por medio de la cual fijó las pautas de desinversión de la operación analizada en las presentes actuaciones.

215. El día 6 de enero de 2010 el Señor SECRETARIO DE COMERCIO INTERIOR emitió la Resolución N° 2 por medio de la cual hizo suyos los argumentos vertidos en el Dictamen N° 775 de esta Comisión Nacional y aplicó las multas recomendadas.

216. A su vez, el mismo día, el Señor SECRETARIO DE COMERCIO INTERIOR emitió la Resolución N° 3 por medio de la cual aprobó las pautas de desinversión fijadas por esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

217. El día 11 de enero de 2010 las firmas TELEFÓNICA, SA., MEDIOBANCA S.p.A., INTESA SANPAOLO S.p.A., ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., EDIZIONE S.R.L. presentaron recursos de apelación contra las Resoluciones de la SECRETARÍA DE

ES COPIA FIEL
Ministerio de Economía y Finanzas Públicas
Secretaría de Comercio Interior
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia
ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho
Dra. MARIA VICTORIA DIAZ VERA
SECRETARIA LETRADA
COMISION NACIONAL DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA
FOLIO 11306

COMERCIO INTERIOR N° 3/10 y N° 1/10 de la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

218. El día 12 de enero de 2010 la firma SINTONÍA S.A. presentó un recurso de apelación contra las Resoluciones de la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR N° 3/10 y N° 1/10 de la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

219. El día 13 de enero de 2010 las firmas TELECOM ITALIA S.p.A., TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V., TELECOM ARGENTINA S.A., TELECOM PERSONAL S.A., NORTEL INVERSORA S.A. y SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A.[13] presentaron recursos de apelación contra las Resoluciones de la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR N° 3/10 y N° 1/10 de la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

220. Con todas las presentaciones mencionadas en los tres párrafos precedentes, esta Comisión Nacional dispuso formar incidente de apelación caratulado "INCIDENTE DE APELACIÓN DE LA RESOLUCIÓN SCI N° 3/10 Y DE LA RESOLUCIÓN CNDC N° 1/10 EN CONCENTRACIÓN 741".

221. El día 15 de enero de 2010 la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala de Feria notificó una medida precautoria dictada en los autos caratulados "ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A. s/ INCIDENTE DE MEDIDAS CAUTELARES" donde dispuso suspender lo dispuesto en las Resoluciones N° 3/10 de la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR y N° 1/10 de la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA hasta tanto se dicte sentencia definitiva en el recurso que ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A. dedujo contra la Resolución N° 4/09 de la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

222. Idéntica medida precautoria fue dictada y notificada en el marco de los autos caratulados "MEDIOBANCA S.p.A. s/ INCIDENTE DE MEDIDAS CAUTELARES", TELECOM ITALIA S.p.A. y OTRO s/ MEDIDAS CAUTELARES" (el otro refiere a la

[13] En el caso de la firma SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A., quien presentó el recurso de apelación fue el Señor Franco Alfredo Agustín Pablo LIVINI en su carácter de Presidente del Directorio.

ES COPIA FTEL
Ministerio de Economía y Finanzas Públicas
Secretaría de Comercio Interior
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia
ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho
148
FOLIO 1130
SECRETARIA LETRADA
COMISION NACIONAL DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA

firma TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V., en trámite ante la misma Cámara de Apelaciones.

223. El día 27 de enero de 2010 las firmas TELEFÓNICA, S.A., MEDIOBANCA S.p.A., INTESA SANPAOLO S.p.A., EDIZIONE S.R.L., SINTONÍA S.A. y PIRELLI & C. S.p.A. presentaron recursos de apelación contra la Resolución N° 2/10 de la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR. En virtud de dichas presentaciones, esta Comisión Nacional dispuso formar incidente caratulado "INCIDENTE DE APELACIÓN DE LA RESOLUCIÓN SCI N° 2/10 EN CONCENTRACIÓN 741"

224. El día 1° de febrero de 2010 la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Sala A, emitió una Resolución en el marco de los autos caratulados "INCIDENTE DE APELACIÓN TELEFÓNICA S.A. Y OTROS CONTRA RESOLUCIÓN SCI N° 483/09 (EN AUTOS PRINCIPALES: "PIRELLI & C. S.p.A. Y OTROS S/ NOTIFICACIÓN ART. 8 LEY 25.156)".

225. En la mencionada Resolución la Cámara dispuso en el voto de la mayoría "(...) anular la resolución que es materia de apelación [Resolución 483/09 de la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR] y disponer que por intermedio de quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento, previa la sustanciación pertinente (...)"

226. En los considerandos de la Resolución de la Cámara mencionada, los Señores Jueces por mayoría entendieron, erróneamente a nuestro parecer, que esta Comisión Nacional impuso a las firmas TELECOM ITALIA S.p.A. y TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V. una carga gravosa al ordenar desinvertir la totalidad de la participación accionaria de una empresa constituida en la República Argentina (SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A.), la cual, para la Cámara, tiene un claro sentido sancionatorio y por lo tanto no puede disponerse por ninguna autoridad sin previamente escuchar y permitir el ejercicio del derecho de defensa por parte de quien resulta sancionado, cualquiera sea la índole jurídica de esa sanción, tanto si se trata de una pena propiamente dicha como de una sanción administrativa.

227. En este punto, esta Comisión Nacional realizará una pequeña digresión. La Cámara (en su voto en mayoría), a entendimiento de este organismo, interpreta erróneamente el procedimiento de concentraciones económicas reglado en la Ley

25.156, confundiéndolo con el procedimiento de conductas anticompetitivas. El primero es un análisis ex ante que realiza la Autoridad de Competencia a fin de evitar posibles detrimentos al interés económico general. El segundo es un procedimiento de características penales que sanciona aquellas conductas anticompetitivas que perjudican el interés económico general. En el caso de marras, las empresas que ahora la Cámara entiende que deben ser escuchadas son las empresas objeto de la operación. Es decir, el condicionamiento impuesto por esta Comisión Nacional no afecta en nada los intereses de las firmas objeto de la operación, dejándolas en la misma situación que habrían estado, tanto si se hubiera producido la operación como si no. Por supuesto que sí se afectan los derechos de las firmas notificantes, por lo que sí participan en el procedimiento de concentración económica y sí son tenidos en cuenta sus argumentos al momento de definir la aprobación de la misma.

228. Si bien este tema será tratado exhaustivamente en parágrafos posteriores, cabe mencionar que esta Comisión no concuerda con lo manifestado con la Cámara (en su mayoría) pero entiende que por cuestiones de economía procesal y a fin de no agregar mayor incertidumbre en los mercados involucrados, es necesario definir con la mayor celeridad posible, y dentro del marco legal, el presente expediente.

229. El día 22 de febrero de 2010, el MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS DE LA NACIÓN emitió la Resolución N° 82 por medio de la cual dispuso encomendar al Señor SECRETARIO DE POLÍTICA ECONÓMICA la Resolución de las presentes actuaciones en virtud de lo dispuesto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico.

230. Teniendo en cuenta la Resolución del Señor Ministro de Economía antes mencionada, la SECRETARÍA DE POLÍTICA ECONÓMICA resolvió dejar sin efecto las Resoluciones N° 483 de fecha 25 de agosto de 2009 y N° 3 de fecha 6 de enero de 2010, ambas de la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR. A su vez, instruyó a esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA para que, en virtud de lo dispuesto por el pronunciamiento dictado por la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico del 1° de febrero de 2010 en autos caratulados "INCIDENTE DE APELACIÓN DE TELEFÓNICA S.A. Y OTROS CONTRA RESOLUCIÓN SCI N° 483/09 (EN AUTOS PRINCIPALES: "PIRELLI & C. S.p.A. Y OTROS S/ NOTIFICACIÓN ARTÍCULO 8° LEY N° 25.156")" adopte las

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho
ES COPIA FIEL
Ministerio de Economía y Finanzas Públicas
Secretaría de Comercio Interior
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

148
FOLIO 1309
DRA. MARIA VICTORIA DIAZ VELEZ
SECRETARIA LETRADA
COMISION NACIONAL DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA

medidas necesarias en el marco de las presentes actuaciones a fin de reconducir el procedimiento.

231. El día 25 de febrero de 2010, esta Comisión Nacional incorporó a las presentes actuaciones el incidente de apelación caratulado "INCIDENTE DE APELACIÓN DE TELEFÓNICA S.A. Y OTROS CONTRA RESOLUCIÓN SCI N° 483/09 (EN AUTOS PRINCIPALES: "PIRELLI & C. S.p.A. Y OTROS S/ NOTIFICACIÓN ARTÍCULO 8° LEY N° 25.156")".

232. El mismo día 25 de febrero de 2010, esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA emitió el Dictamen N° 30 por medio del cual dispuso otorgar vista, por el plazo de QUINCE (15) días, a las empresas TELECOM ITALIA S.p.A. y TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V. de las presentes actuaciones a los efectos que procedan a efectuar todas las manifestaciones y ejercer todos los derechos que estimen corresponder, teniendo en cuenta las posibles decisiones que podrían adoptarse en virtud de la Ley N° 25.156 y a la luz de los antecedentes obrantes en este expediente hasta ese momento. A su vez notificó a las empresas TELEFÓNICA, S.A., ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., SINTONÍA S.A., INTESA SANPAOLO S.p.A., MEDIOBANCA S.p.A., TELCO S.p.A., PIRELLI & C. S.p.A., SINTONÍA S.p.A., SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A., NORTEL INVERSORA S.A., TELECOM ARGENTINA S.A. y TELECOM PERSONAL S.A. a fin que en el plazo perentorio de QUINCE (15) días agreguen lo que estimen pertinente, teniendo en cuenta las posibles decisiones que podrían adoptarse en virtud de la Ley N° 25.156 y a la luz de los antecedentes obrantes en este expediente.

233. De esta forma, la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA sustanció el expediente bajo análisis conforme lo dispuesto por el Poder Judicial de la Nación. Cabe agregar también, que la Resolución que ordenó a esta Comisión Nacional sustanciar el procedimiento, lo hizo, con respecto a las firmas TELECOM ITALIA S.p.A. y TELECOM INTERNATIONAL N.V.

234. Sin embargo, esta Comisión, a fin de evitar futuros planteos, amplió la vista ordenada. Para el caso de las partes notificantes que ya habian intervenido, es menester aclarar que las mismas participaron en todo el procedimiento, habiéndose

sustanciado el mismo conforme lo dispone la normativa vigente, y respetando en todo momento el debido proceso.

235. Además, es necesario dejar asentado que la normativa sobre la materia dispone que la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA se encuentra facultada para solicitar información adicional a la presentada por las partes en el Formulario F1. Es decir, no está obligada a solicitar los respectivos Formularios F2 y F3. Sino que en caso de corresponder, lo puede hacer. En las presentes actuaciones, esta Comisión entendió que se necesitaba mayor información a la aportada a través del Formulario F1, por lo que requirió el Formulario F2, siendo las partes notificantes quienes no cumplieron acabadamente con lo solicitado.

236. El día 25 de febrero de 2010, la mencionada Resolución N° 30/10 de esta Comisión Nacional fue notificada a las firmas TELEFÓNICA, S.A., ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., INTESA SANPAOLO S.p.A., SINTONÍA S.A., MEDIOBANCA S.p.A., TELCO S.p.A., PIRELLI & C. S.p.A., SINTONÍA S.p.A., SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A., NORTEL INVERSORA S.A., TELECOM ARGENTINA S.A., TELECOM PERSONAL S.A. TELECOM ITALIA S.p.A. y TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V.

237. El día 1° de marzo de 2010 las firmas SINTONÍA S.A., MEDIOBANCA S.p.A., INTESA SANPAOLO S.p.A., ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., EDIZIONE S.R.L., presentaron un recurso de apelación contra la Resolución N° 82/10 del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS DE LA NACIÓN, contra la Resolución N° 14/10 de la SECRETARÍA DE POLÍTICA ECONÓMICA y contra la Resolución N° 30/10 de esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPENTECIA. A su vez, las firmas solicitaron la nulidad de las Resoluciones mencionadas.

238. El día 1° de marzo de 2010 la firma PIRELLI & C. S.p.A. interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 82/10 del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS DE LA NACIÓN, contra la Resolución N° 14/10 de la SECRETARÍA DE POLÍTICA ECONÓMICA y contra la Resolución N° 30/10 de esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPENTECIA.

239. El día 1° de marzo las firmas TELECOM ITALIA S.p.A. y TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V. interpusieron recurso de apelación contra la Resolución N°

82/10 del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS DE LA NACIÓN, contra la Resolución N° 14/10 de la SECRETARÍA DE POLÍTICA ECONÓMICA y contra la Resolución N° 30/10 de esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPENTECIA. A su vez, las firmas mencionadas plantearon la recusación contra todos los funcionarios actuantes firmantes de las Resoluciones enunciadas en los términos del artículo 55 , inciso 10, del Código Procesal Penal de la Nación.

240. El día 2 de marzo de 2010 las firmas SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A., NORTEL INVERSORA S.A.[14] TELECOM ARGENTINA S.A. y TELECOM PERSONAL S.A. interpusieron recurso de nulidad contra la Resolución N° 82/10 del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS DE LA NACIÓN, contra la Resolución N° 14/10 de la SECRETARÍA DE POLÍTICA ECONÓMICA y contra la Resolución N° 30/10 de esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPENTECIA. También las firmas solicitaron la nulidad de las Resoluciones mencionadas y la recusación de todos los funcionarios firmantes de la misma de acuerdo a lo dispuesto por los artículos números 55 inciso 10, 167 inciso 3 y 173 del Código Procesal Penal de la Nación.

241. El día 2 de marzo de 2010 la firma TELEFÓNICA, S.A. interpuso recurso de nulidad contra la Resolución N° 82/10 del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS DE LA NACIÓN, contra la Resolución N° 14/10 de la SECRETARÍA DE POLÍTICA ECONÓMICA y contra la Resolución N° 30/10 de esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPENTECIA. A su vez solicita la declaración de inconstitucionalidad (a la Cámara que intervenga en las presentes actuaciones) del efecto devolutivo previsto en el artículo 52, último párrafo, de la Ley 25.156.

242. El día 9 de marzo de 2010 la firma TELCO S.p.A., presentó un recurso de apelación contra la Resolución N° 82/10 del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS DE LA NACIÓN, contra la Resolución N° 14/10 de la SECRETARÍA DE POLÍTICA ECONÓMICA y contra la Resolución N° 30/10 de esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPENTECIA. A su vez, las firmas

[14] En el caso de las firmas NORTEL INVERSORA S.A. y SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A., quien presentó el recurso de apelación fue el Señor Franco Alfredo Agustín Pablo LIVINI en su carácter de Presidente de los Directorios de las empresas mencionadas.

ES COPIA FIEL
Ministerio de Economía y Finanzas Públicas
Secretaría de Comercio Interior
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia
ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho
148
Dra. MARIA VICTORIA [illegible] VERA
SECRETARIA LETRADA
COMISION NACIONAL DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA
FOLIO
1312

solicitaron la nulidad de las Resoluciones mencionadas y la recusación de todos los funcionarios firmantes de la misma de acuerdo a lo dispuesto por los artículos números 55 inciso 10, 167 inciso 3 y 173 del Código Procesal Penal de la Nación.

243. El día 9 de marzo de 2010 las firmas TELECOM ITALIA S.p.A. y TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V. solicitaron un pronto despacho de las apelaciones presentadas por ellas.

244. Igual presentación realizaron las firmas TELECOM ARGENTINA S.A., TELECOM PERSONAL S.A., SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. y NORTEL INVERSORA S.A.[15] el día 10 de marzo de 2010.

245. El día 15 de marzo de 2010, las firmas TELECOM ITALIA S.p.A. y TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V. solicitaron una prórroga de TREINTA (30) días, a contar desde el vencimiento del primer plazo otorgado por la Resolución N° 30/10 de esta Comisión Nacional, con el fin de efectuar todas la manifestaciones y ejercer todos los derechos que estimen corresponder teniendo en cuenta las posibles decisiones que podrían adoptarse en virtud de la Ley N° 25.156 y a la luz de los antecedentes obrantes en este expediente.

246. El día 17 de marzo de 2010 las firmas TELECOM ARGENTINA S.A., TELECOM PERSONAL S.A. y NORTEL INVERSORA S.A. solicitaron una prórroga para contestar el traslado dispuesto en la Resolución N° 30/10 emitida por esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. El fundamento esgrimido por los solicitantes se basó en que el día 8 de marzo de 2010, el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 6, Secretaría N° 11, en los autos caratulados "W DE ARGENTINA INVERSIONES SL – INC. EJEC MED c/ TELECOM ITALIA SPA Y OTROS S/ MEDIDA CAUTELAR (AUTÓNOMA)" dispuso que los señores Gerardo WERTHEIN y Ricardo FERREIRO, en su condición de Vicepresidentes de las sociedades TELECOM ARGENTINA S.A. y NORTEL INVERSORA S.A., respectivamente, asumieron el ejercicio de la

[15] En el caso de las firmas NORTEL INVERSORA S.A. y SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A., quien presentó la solicitud de pronto despacho fue el Señor Franco Alfredo Agustín Pablo LIVINI en su carácter de Presidente de los Directorios de las empresas mencionadas.

presidencia de dichas sociedades; y el señor Adrian WERTHEIN, en su condición de Vicepresidente de TELECOM PERSONAL S.A. y SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A., asumió el ejercicio de la presidencia de dichas sociedades; por lo que atento a la nueva configuración del directorio de las mencionadas sociedades, requieren mayor tiempo para decidir el curso de acción a seguir en estas actuaciones y eventualmente formular los descargos que les correspondan por derecho.

247. El día 18 de marzo de 2010 esta Comisión Nacional dispuso otorgar una prórroga de 5 días a las firmas TELECOM ITALIA S.p.A., TELECOM INTERNATIONAL N.V. TELECOM ARGENTINA S.A., TELECOM PERSONAL S.A. y NORTEL INVERSORA S.A. para contestar el traslado conferido.

248. El día 18 de marzo de 2010, esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA emitió la Resolución N° 38 por medio de la cual resolvió lo siguiente:

a. elevar para su consideración al Señor MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS de la Nación la apelación dirigida contra la Resolución N° 82/10 de dicho ministerio y la recusación contra él deducida;

b. elevar para su consideración al Señor SECRETARIO DE POLÍTICA ECONÓMICA la apelación dirigida contra la Resolución N° 14/10 de dicha secretaría y la recusación contra él deducida;

c. rechazar por extemporánea la recusación contra los miembros de esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, planteada por las firmas TELECOM ARGENTINA S.A., TELECOM PERSONAL S.A., SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A., NORTEL INVERSORA S.A. y TELCO S.A.

d. no admitir la recusación contra la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA planteada por las firmas TELECOM ITALIA S.p.A. y TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V.

249. El día 19 de marzo de 2010 las firmas ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., INTESA SANPAOLO S.p.A. y MEDIOBANCA S.p.A. contestaron el traslado conferido a través de la Resolución N° 30/10 emitida por esta Comisión Nacional.

250. El día 19 de marzo de 2010 la firma TELCO S.p.A. contestó el traslado conferido a través de la Resolución N° 30/10 emitida por esta Comisión Nacional.

251. El día 19 de marzo de 2010 la firma SINTONÍA S.A. contestó el traslado conferido a través de la Resolución N° 30/10 emitida por esta Comisión Nacional.

252. El día 19 de marzo de 2010 la firma TELEFÓNICA, S.A. contestó el traslado conferido a través de la Resolución N° 30/10 emitida por esta Comisión Nacional.

253. El día 19 de marzo de 2010 la firma PIRELLI & C. S.p.A. contestó el traslado conferido a través de la Resolución N° 30/10 emitida por esta Comisión Nacional.

254. El día 19 de marzo de 2010 el señor Franco Alfredo Agustín LIVINI, en su carácter de Presidente del Directorio de SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. contestó el traslado conferido a través de la Resolución N° 30/10 de esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

255. Por otro lado, el mismo día 19 de marzo de 2010, el señor Adrián WERTHEIN, en su calidad de Vicepresidente en ejercicio de la Presidencia de SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A., solicitó una prórroga de 5 días para contestar el traslado conferido a través de la Resolución N° 30/10 emitida por esta Comisión Nacional.

256. El día 23 de marzo de 2010 esta Comisión Nacional dispuso, en virtud de la Resolución de fecha 8 de marzo de 2010 dictada por el Señor Juez a cargo del Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal N° 6, en el expediente caratulado "W DE ARGENTINA INVERSIONES SL-INC. EJEC MED (26-VIII-09) C/ TELECOM ITALIA S.p.A. Y OTRO S/ MEDIDA CAUTELAR (AUTÓNOMA)", solicitar al señor Franco Alfredo Agustín Pablo LIVINI que acredite la vigencia del cargo invocado en la presentación realizada el día 19 de marzo de 2010. A su vez, otorgó la prórroga solicitada por el Señor Adrián WERTHEIN en su carácter de Vicepresidente en ejercicio de la Presidencia de la empresa SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A.

257. El día 29 de marzo de 2010 las firmas TELECOM ARGENTINA S.A. y TELECOM PERSONAL S.A. contestaron el traslado conferido a través de la Resolución N° 30/10 de esta Comisión Nacional.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

ES COPIA FIEL

148

Dra. MARIA VICTORIA RUIZ VERA
SECRETARIA LETRADA
COMISION NACIONAL DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA

MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS PUBLICAS
FOLIO
11315

258. El día 29 de marzo de 2010 el señor Franco Alfredo Agustín Pablo LIVINI en su carácter de Presidente del Directorio de la firma NORTEL INVERSORA S.A., con el patrocinio letrado del Dr. Jorge L. Pérez, quien a su vez se presenta como presidente de la firma TELECOM PERSONAL S.A. (según sus propias manifestaciones) sostuvieron que la personería invocada se acredita a través de diversos actos de carácter societarios. Para el caso de la firma TELECOM PERSONAL S.A. la designación surge a partir de una Asamblea General Ordinaria de fecha 31 de marzo de 2009 y de una reunión de directorio de fecha 31 de marzo de 2009. Para el caso de la firma NORTEL INVERSORA S.A. la designación surge de una Asamblea General Ordinaria Anual y una Asamblea Especial de Accionistas Preferidos Clase A de fecha 30 de abril de 2008 y un acta de Directorio de misma fecha. A su vez, las partes hicieron saber que por resoluciones de fecha 26 y 28 de agosto de 2009 dictada en autos "W DE ARGENTINA INVERSIONES S.L. C/ TELECOM ITALIA S.p.A. Y OTROS S/ MEDIDAS CAUTELARES" en trámite ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 6, Secretaría N° 11, se dispuso una medida cautelar de suspensión de las funciones de los suscriptos como directores de NORTEL INVERSORA S.A. y TELECOM PERSONAL S.A. A su vez, manifestaron que dicha medida cautelar colisiona, en forma directa, con las resoluciones de fecha 17 de julio de 2009, 2 de septiembre de 2009, 3 de septiembre de 2009, 10 de octubre de 2009 y 6 de noviembre de 2009 dictadas por la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal en la causa 9884/09, que ratificaron que los suscriptos se encuentran en la plenitud de sus cargos y funciones como directores de las sociedades indicadas. Esta colisión motivó la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Finalmente, y en virtud de lo sostenido previamente, las partes contestaron el traslado conferido en la Resolución N° 30/10 de esta Comisión Nacional.

259. El día 29 de marzo de 2010 la firma NORTEL INVERSORA S.A. se presentó adjuntando documentación y manifestado lo que entendió corresponder.

260. El día 29 de marzo las firmas TELECOM ITALIA S.p.A. y TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V. contestaron el traslado conferido en la Resolución N° 30/10 de esta Comisión Nacional

ES COPIA FIEL
ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho
148
FOLIO 11316
Dra. MARIA VICTORIA DIAZ VELEZ
SECRETARIA LETRADA
COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

261. El día 30 de marzo de 2010 esta Comisión Nacional tuvo en cuenta que las presentaciones realizadas por las firmas TELECOM PERSONAL S.A., TELECOM ARGENTINA S.A. y NORTEL INVERSORA S.A. resultan contradictorias, por lo que se le requirió a las partes que unifique personería de acuerdo a la composición actual de los respectivos directorios.

262. El día 26 de marzo de 2009, la firma TELCO S.p.A. interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 38/10 emitida por esta Comisión Nacional.

263. El día 26 de marzo, el señor Franco Alfredo Agustín Pablo LIVINI en su carácter de Presidente de los Directorios de la firma SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. y NORTEL INVERSORA S.A. y el Señor Jorge L. Pérez quien representa a la firma TELECOM PERSONAL S.A., interpusieron recurso de apelación contra la Resolución N° 38/10 emitida por esta Comisión Nacional.

264. El día 26 de marzo de 2010 la firma SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. contestó el traslado conferido por esta Comisión Nacional a través de la Resolución N° 30/10.

265. El día 30 de marzo de 2010 esta Comisión dispuso nuevamente que las presentaciones realizadas por la firma SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. resultaban contradictorias, por lo cual las partes debían unificar personería.

266. El día 30 de marzo de 2010 las firmas ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., MEDIOBANCA S.p.A., EDIZIONE S.p.A., SINTONÍA S.A., TELCO S.p.A. e INTESA SANPAOLO S.p.A. por un lado y PIRELLI & C. S.p.A. por otro, solicitaron que se conceda traslado por el plazo de 15 días de las presentaciones hechas por cada una de las partes que contestaron los traslados conferidos a través de la Resolución N° 30/10 de esta Comisión Nacional.

267. El día 30 de marzo de 2010 el señor Franco Alfredo Agustín Pablo LIVINI y el Señor Jorge L. Pérez se presentaron ante esta Comisión Nacional acreditando la vigencia a los cargos ya mencionados en las firmas SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. y TELECOM PERSONAL S.A.

268. El día 6 de abril de 2010 las firmas TELECOM ARGENTINA S.A. y TELECOM PERSONAL S.A. adjuntaron documentación e hicieron saber a esta Comisión

Ministerio de Economía y Finanzas Públicas
Secretaría de Comercio Interior
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia
ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho
148
FOLIO 1317
Dra. MARIA VICTORIA DIAZ VERA
SECRETARIA LETRADA
COMISION NACIONAL DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Nacional que el señor Jorge L. Pérez se encuentra suspendido en el ejercicio de sus funciones como director de la firma TELECOM PERSONAL S.A. en virtud de lo dispuesto en los autos caratulados "W DE ARGENTINA INVERSIONES SL – INC. EJEC. MED. (26-VIII-09) C/ TELECOM ITALIA S.p.A. Y OTRO S/ MEDIDA CAUTELAR (AUTÓNOMA)" que tramitan ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 6, Secretaría N° 11 de esta Ciudad de Buenos Aires.

269. Con fecha 7 de abril de 2010 los Dres. Julio César RIVERA, Julio César RIVERA (h) y Gustavo Javier GATTI, efectuaron una presentación haciendo saber que con fecha 30 de marzo de 2010 habían renunciado a los mandatos judiciales que les otorgaran oportunamente las firmas TELECOM ARGENTINA S.A., TELECOM PERSONAL S.A., y NORTEL INVERSORA S.A.

270. El día 7 de abril de 2010 el Señor Ricardo Alberto FERREIRO se presentó ante esta Comisión y sostuvo ser el vicepresidente en ejercicio de la presidencia de la firma NORTEL INVERSORA S.A. En tal sentido, hizo referencia a las medidas cautelares emitidas por el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 6 y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

271. El mismo 7 de abril de 2010 los señores Franco Alfredo Agustín LIVINI y Jorge L. Pérez se presentaron en estas actuaciones y manifestaron poseer personería para actuar en representación de las firmas SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. y NORTEL INVERSORA S.A. respectivamente.

272. Y en la misma fecha, la Dra. Mariana Inés WERNER, en su carácter de apoderada de SINTONIA S.A. acompaño copia certificada de documental debidamente traducida al español.

273. El día 8 de abril de 2010 esta Comisión Nacional rechazó el pedido de traslado de los escritos presentados por las partes en ocasión de la Resolución N° 30/10 realizado por las firmas ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., MEDIOBANCA S.p.A., EDIZIONE S.p.A., SINTONÍA S.A., TELCO S.p.A. e INTESA SANPAOLO S.p.A. por un lado y PIRELLI C. & . S.p.A. por otro.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

ES COPIA FIEL

FOLIO 1318

Dra. MARIA VICTORIA DIMEO
SECRETARIA LETRADA
COMISION NACIONAL DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA

274. El día 9 de abril de 2010 esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA emitió la Resolución N° 44 donde dispuso ordenar la formación de un incidente para que tramiten los recursos de apelación presentados contra la Resolución N° 38/10 emitida por esta Comisión.

275. El día 13 de abril de 2010, esta Comisión dispuso formar incidente de apelación en virtud de las presentaciones realizadas por las firmas SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A., NORTEL INVERSORA S.A. y TELECOM PERSONAL S.A. contra la Resolución CNDC N° 38/2010.

276. El día 15 de abril de 2010 la Dirección de Gestión y Control Judicial del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS DE LA NACIÓN notificó a esta Comisión Nacional una resolución emitida por la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal, Sala 2 en el marco de las actuaciones caratuladas "TELECOM ITALIA S.p.A.Y OTRO s/ RECURSO POR REC. DIRECTO DENEGADO".

277. En la mencionada Resolución, la Cámara resolvió rechazar la Recusación con causa planteada por la firma TELECOM ITALIA S.p.A. y TELECOM INTERNATIONAL N.V., contra el Señor MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS, contra el Señor SECRETARIO DE POLÍTICA ECONÓMICA y contra los miembros de la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

278. Es decir, confirmó plenamente las facultades de los funcionarios intervinientes en las presentes actuaciones, despejando de esta forma, cualquier duda y planteo que las partes puedan realizar.

279. El día 16 de abril de 2010 la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN resolvió en los autos caratulados "TELECOM ITALIA S.p.A. Y OTRO s/ SOLICITUD DE INHIBITORIA" que la Cámara Nacional de Apelación en lo Penal Económico era competente. De esta forma, quedó dirimido el conflicto de competencia planteado por las partes.

280. Con fecha 22 de abril de 2010 la Dra. Lucía CRISTOFANI, en su carácter de apoderada de PIRELLI & C. S.p.A. solicitó que se eleve el recurso de apelación oportunamente interpuesto por representada, a lo que esta Comisión Nacional con fecha 26 de abril de 2010 hizo lugar.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

ES COPIA

148

FOLIO 1319

Dra. MARIA VICTORIA DIAZ VERA
SECRETARIA LETRADA
COMISION NACIONAL DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA

281. Con fecha 26 de abril de 2010 el Dr. Luis Diego BARRY, en representación de PIRELLI & C. S.p.A. solicitó se eleve el recurso de apelación interpuesto por su parte contra la Resolución SCI N° 2/2010.

282. En la misma fecha el Dr. Sebastián Marcelo SERRA efectuó una presentación en representación de ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., INTESA SANPAOLO S.p.A., MEDIOBANCA S.p.A. y SINTONIA S.A., en similares términos al descripto en el punto anterior.

283. Con fecha 4 de mayo de 2010 el Dr. Juan Martín ODRIOZOLA, en representación de TELECOM ITALIA S.p.A. y TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V.

284. El día 7 de mayo de 2010 el Dr. Juan Martín ODRIOZOLA, en representación de TELECOM ITALIA S.p.A. y TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V., efectuó una presentación informando la aprobación por parte de CADE (Conselho Administrativo de Defensa Econômica), autoridad de defensa de Brasil, de la operación. Acompañando al efecto documentación y manteniendo las reservas efectuadas en el caso.

285. Con fecha 7 de mayo de 2010 el Dr. Bernardo CASSAGNE, apoderado de TELEFÓNICA, S.A., efectuó una presentación haciendo saber de la aprobación por parte de CADE (Conselho Administrativo de Defensa Econômica), autoridad de defensa de Brasil, de la operación, acompañando al efecto documentación y ratificando su ofrecimiento de prueba.

286. Con fecha 13 de mayo de 2010 esta Comisión Nacional, de oficio y como medida de mejor proveer, en virtud de lo dispuesto por el Artículo 24 de la Ley N° 25.156, citó a prestar declaración testimonial al Lic. Henoch AGUIAR, Sr. José Luis AIELLO MONTES, Sr. Alejandro José AMENDOLARA BOURDETTE, al Sr. José María MÁRQUEZ, al Dr. Diego PETRECOLLA, a la Sra. Beatriz García BUITRAGO, al Sr. Enrique MILLÁN, al Sr. Norberto Horacio RAMÍREZ, al Sr. Osvaldo IADAROLA, al Sr. Mike BACHMAN, a la Sra. Viviana Martha EPIS, al Sr. Ariel Norberto GRAIZER, al Sr. Luis Alberto PICCOLO, al Sr. Ricardo Carlos PASSADORE, y al Dr. Juan Carlos CASSAGNE.

287. Asimismo, en ese mismo acto, se hizo saber a las partes notificantes que atento a que las presentaciones efectuadas en el presente expediente, no se adecuaban a lo

establecido en la Ley N° 25.156 y sus normas complementarias, el plazo del Artículo 13 de la Ley N° 25.156 no había comenzado a correr hasta tanto no se adecuaran a la citada normativa.

288. Ese mismo día, el Dr. Andrés SANGUINETTI en representación de ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., INTESA SANPAOLO S.p.A. y MEDIOBANCA S.p.A. efectuó una presentación informando la aprobación de la operación por el organismo de competencia de Brasil.

289. Con fecha 17 de mayo de 2010 efectuó una presentación el Dr. Sebastián Marcelo SERRA, en su carácter de apoderado de TELCO S.p.A. a efectos de que se eleven los recursos de apelación interpuestos contra la Resolución CNDC N° 38/2010

290. El día 18 de mayo de 2010 se recibió audiencia testimonial al Dr. Alejandro José AMENDOLARA BOURDETTE, Director de Legales y Marco Regulatorio de TELMEX ARGENTINA S.A.

291. Con fecha 19 de mayo de 2010 el Dr. Ricardo C. PASADORE solicitó nueva fecha a fin de brindar declaración testimonial, a la que se hizo lugar.

292. El día 20 de mayo de 2010 se tomó audiencia testimonial al Sr. Osvaldo IADAROLA, Secretario General de FOETRA.

293. El mismo día realizó una presentación el Dr. Carlos A. ZUBIAUR, en su carácter de apoderado de TELECOM PERSONAL S.A.y TELECOM ARGENTINA S.A.

294. Con fecha 26 de mayo de 2010 se tomó audiencia testimonial al Ing. Ariel Norberto GRAIZER, en su carácter de Presidente de CABASE.

295. El día 27 de mayo de 2010 a las 10.30 hs. se recibió audiencia testimonial al Lic. Henoch Domingo AGUIAR.

296. En el mismo día, a las 16.30 hs. se tomó audiencia testimonial al Ing. José AIELLO MONTES, en su calidad de responsable de la Unidad de Empresas de TELEFÓNICA DE ARGENTINA S.A.

297. A su vez, en ese mismo día, efectuó una presentación el Dr. Juan Pablo TOGNETTI, en su carácter de apoderado de TELEMEX ARGENTINA S.A., dando cumplimiento a lo requerido en la audiencia celebrada el día 18 de mayo de 2010.

298. Con fecha 31 de mayo de 2010, atento a lo solicitado por el apoderado de TELECOM ITALIA S.p.A. en su presentación de fecha 4 de mayo de 2010, teniendo en cuenta la renuncia efectuada por los Dres. Julio César Rivera Julio César RIVERA (h) y Gustavo Javier GATTI, y frente a las distintas representaciones invocadas en diversas presentaciones, esta Comisión Nacional requirió: I) Al Dr. Carlos A. ZUBIAUR que informe a esta Comisión Nacional, en carácter de declaración jurada, si los poderes presentados en el presente expediente se encuentran plenamente vigentes, recordándose que la falsedad de una declaración jurada acarreará la correspondiente denuncia penal. II) a los Dres. Juan Martín Odriozola, Jorge L. Pérez, y al Sr. Franco Alfredo Agustín Pablo Livini, que acompañe el documento debidamente certificado que acredite la supuesta revocación del poder presentado por el Dr. Carlos A. ZUBIAUR, en tiempo y forma. III) A los Sres. Franco Alfredo Agustín Pablo LIVINI y Ricardo Alberto FERREIRO, que manifiesten, bajo declaración jurada, quien representa actualmente a NORTEL INVERSORA S.A., recordándose que la falsedad de una declaración jurada acarreará la correspondiente denuncia penal.

299. El día 2 de junio de 2010 el Dr. Juan Martín ODRIOZOLA, en representación de TELECOM ITALIA S.p.A. y TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V., efectuó una presentación efectuando una solicitud a esta Comisión Nacional, que se tuvo presente para el momento procesal oportuno.

300. El mismo día, se presentó la Dra. Sandra A. LOMBARDI, en su carácter invocado de apoderada judicial de las firmas TELECOM ARGENTINA S.A. y TELECOM PERSONAL S.A.

301. Con fecha 4 de junio de 2010 siendo las 15:30 hs. se llevó a cabo la audiencia testimonial al Sr. Norberto Horacio RAMÍREZ, en su carácter de Secretario de Asuntos Profesionales del Sindicato de Obreros, Especialistas y Empleados de los Servicios de Industrias de las Telecomunicaciones.

302. En la misma fecha, el Ing. José Luis AIELLO efectuó una presentación, en su carácter de Responsable de la Unidad de Empresas de TELEFÓNICA DE ARGENTINA S.A., a efectos de acompañar información que le fuera requerida en la audiencia testimonial de fecha 27 de mayo de 2010.

ES COPIA FIEL

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

Dra. MARIA VICTORIA DIAZ Vélez
SECRETARIA LETRADA
COMISION NACIONAL DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA

FOLIO 1322

303. Ese mismo día, efectuó una presentación el Dr. Carlos A. ZUBIAUR, en su carácter de apoderado de TELECOM ARGENTINA S.A. y TELECOM PERSONAL S.A.

304. El día 7 de junio de 2010 siendo las 10:30 hs. se tomo audiencia testimonial al Ing. Luis Alberto PICCOLO, en su carácter de Vicepresidente de ventas y servicios senior de la empresa GLOBAL CROSSING ARGENTINA S.A.

305. Ese mismo día, el Dr. Bernardo CASSAGNE en su carácter de apoderado de TELEFÓNICA, S.A., efectuó una presentación aportando documentación.

306. En la misma fecha, el Dr. Juan Martín ODRIOZOLA en representación de TELECOM ITALIA S.p.A. y TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V., efectuó una presentación realizando manifestaciones contestando un requerimiento realizado por esta Comisión Nacional.

307. En igual fecha, efectuó una presentación el Sr. Franco Alfredo Agustín Pablo LIVINI, en su calidad de Presidente del Directorio de NORTEL INVERSORA S.A. y de SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A., junto con el Señor Jorge L. Pérez, en su calidad de Presidente del Directorio de TELECOM PERSONAL S.A., a efectos de contestar un requerimiento efectuado por esta Comisión Nacional.

308. Con fecha 8 de junio de 2010 a las 15:30 hs., compareció a prestar declaración testimonial el Ing. Mike BACHMANN, del área de tecnología de AMX ARGENTINA S.A. (CLARO).

309. El día 9 de junio de 2010 a las 10:30 hs. se llevó a cabo la audiencia testimonial en la que fuera citado el Dr. José María MÁRQUEZ, de la firma AMX ARGENTINA S.A. (CLARO).

310. En el mismo día, a las 16:00 hs., compareció a prestar declaración testimonial el Lic. Diego PETRECOLLA.

311. Con fecha 10 de junio de 2010, a las 10:30 hs., se llevó a cabo la audiencia testimonial a la que fuera citado la Dra. Beatriz María GARCÍA BUITRAGO, en su calidad de Presidenta de Consumidores Argentinos.

312. A los 16 días del mes de junio de 2010 efectuó una presentación el Dr. José María MÁRQUEZ, como apoderado de AMX ARGENTINA S.A. (CLARO), a fin de

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

FOLIO 1323

D.S. MARIA VICTORIA DIAZ VILA
SECRETARIA LETRADA
COMISION NACIONAL DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA

cumplimentar el requerimiento efectuado en la audiencia testimonial de fecha 9 de junio de 2010.

313. El día 18 de junio de 2010, a las 10:30 hs. compareció a declarar en carácter de testimonial el Dr. Juan Carlos CASSAGNE.

314. En la misma fecha, el Dr. Juan Martín ODRIOZOLA representando a TELECOM ITALIA S.p.A. y a TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V. efectuó una presentación acompañando un informe.

315. A los 22 días del mes de junio de 2010, a ls 10:50 hs. se llevó a cabo la audiencia testimonial a la cual compareció el Sr. Enrique Tomás MILLAN, quien se presentó en su carácter de Presidente de la Asociación Civil sin fines de lucro Protección a los Consumidores y Usuarios de la República Argentina.

316. El día 23 de junio de 2010, a las 14:00 hs., se tomó audiencia testimonial al Sr. Antonio Santiago Victorio RONCORONI, en su carácter de Presidente de FECOSUR.

317. Con fecha 22 de junio de 2010 el Dr. Bernardo CASSAGNE en representación de TELEFÓNICA, S.A., efectuó una presentación.

318. El día 24 de junio de 2010, a las 10:50 hs. compareció a brindar testimonio la Sra. Viviana Martha EPIS, Vicepresidente de Unión de Usuarios y Consumidores.

319. En la misma fecha, efectuó dos presentaciones el Dr. Andrés SANGUINETTI, en su carácter de apoderado de TELCO S.p.A., por un lado, y ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., INTESA SANPAOLO S.p.A. y MEDIOBANCA S.p.A., por el otro, informando de fallo de la Sala A, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, del día 17 de junio de 2010.

320. Con fecha 25 de junio de 2010 el Dr. Juan Martín ODRIOZOLA representando a TELECOM ITALIA S.p.A. y a TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V. efectuó una presentación.

321. 30 de junio de 2010 el Dr. Bernardo CASSAGNE en representación de TELEFÓNICA, S.A., efectuó una presentación.

322. El día 1° de julio de 2010 el Dr. Ignacio NICASTRO en su carácter de apoderado de NORTEL INVERSORA S.A. efectuó una presentación. En la misma fecha el Señor

ES COPIA FIEL
ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho
148
Dra. CARLA VICTORIA [illegible]
SECRETARIA LETRADA
COMISION NACIONAL DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA
FOLIO 11324

Ricardo Alberto FERREIRO en su carácter de Vicepresidente en ejercicio de la Presidencia de NORTEL INVERSORA S.A. efectuó una presentación.

323. En la misma fecha la Señora M. Fernanda LACEY en su carácter de apoderada de UNIÓN DE USUARIOS Y CONSUMIDORES efectuó una presentación en la cual requirió prórroga para presentar la información requerida en el marco de la audiencia celebrada, la cual fue otorgada por esta Comisión Nacional el día 12 de julio de 2010.

324. El día 6 de julio de 2010 esta Comisión Nacional dicto la Resolución N° 89/2010

325. El día 6 de julio de 2010 el apoderado de ASSICURAZIONI GENERALI, INTESA SAN PAOLO, MEDIOBANCA, SINTONIA S.A., SINTONIA S.p.A y TELCO S.p.A efectuó una presentación, que esta Comisión Nacional ordenó agregar el día 13 de julio de 2010.

326. El día 14 de julio de 2010 los apoderados de ASSICURAZIONI GENERALI, INTESA SAN PAOLO, MEDIOBANCA y TELEFÓNICA, efectuaron una presentación, en al cual solicitaron se las convoque a fin de considerar la posibilidad de efectuar un compromiso, de acuerdo a la previsión de la cláusula 5 del shareholders agreement, la cual el día 15 de julio de 2010 esta Comisión Nacional ordenó agregar pasando las actuaciones a despacho.

327. El día 16 de julio de 2010 la Dra. Viviana EPIS en su carácter de Vicepresidente de UNIÓN DE USUARIOS Y CONSUMIDORES efectuó una presentación en relación a la información requerida en el marco de la audiencia celebrada.

328. Asimismo el día 19 de julio de 2010, esta Comisión Nacional consideró que previo a proveer lo solicitado el día 14 de julio de 2010 por las empresas supra mencionadas, ciertas firmas debían ratificar la presentación referida. También se dispuso que hasta tanto se diera cumplimiento a ello, se resolviera lo peticionado y se adecuen sus presentaciones a lo dispuesto en la Resolución SDCyC N° 40/2001, no comenzaría a correr el plazo establecido en el artículo 13 de la Ley N° 25.156.

329. El día 27 de julio de 2010 el apoderado de TELEFÓNICA, S.A. efectuó una presentación en relación a las audiencia testimoniales celebradas en esta Comisión Nacional.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

Dra. MARIA VICTORIA DIAZ VELEZ
SECRETARIA LETRADA
COMISION NACIONAL DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA

FOLIO 11325

330. El día 28 de julio de 2010 la apoderada de PIRELLI efectuó una presentación en relación a lo requerido por esta Comisión Nacional el día 19 de julio de 2010.

331. El día 29 de julio de 2010 el Vicepresidente en ejercicio de la Presidencia de NORTEL INVERSORA S.A. efectuó una presentación solicitando vista de las actuaciones.

332. El día 29 de julio de 2010 el apoderado de SINTONIA S.A. y de EDIZIONE S.R.L efectuó sendas presentaciones que esta Comisión Nacional ordenó agregar.

333. En la misma fecha el apoderado de TELEFÓNICA, S.A. efectuó una presentación que el día 3 de agosto de 2010 esta Comisión Nacional ordenó agregar pasando las actuaciones a despacho.

334. El día 30 de julio de 2010 el apoderado de TELCO S.p.A efectuó una presentación que el día 3 de agosto de 2010 esta Comisión Nacional ordenó agregar pasando las actuaciones a despacho.

335. El día 2 de agosto de 2010 el apoderado de TELECOM ITALIA S.p.A y de TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V. efectuó una presentación solicitando que se acepte el compromiso oportunamente ofrecido.

336. En la misma fecha el Señor LIVINI en su carácter de Presidente del Directorio de NORTEL INVERSORA S.A. y SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A., junto con el Presidente del Directorio de TELECOM PERSONAL S.A. efectuaron una presentación.

337. Con fecha 6 de agosto de 2010 los apoderados de NORTEL INVERSORA S.A.,SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A., TELECOM ARGENTINA S.A. junto con TELECOM PERSONAL S.A., respectivamente efectuaron presentaciones, que esta Comisión Nacional ordenó agregar, teniendo presente lo manifestado.

338. El día 12 de agosto de 2010 esta Comisión Nacional ordenó agregar las presentaciones efectuadas y tener presente lo manifestado en ellas.

339. El día 3 de agosto de 2010 el apoderado de ASSICURAZIONI, INTESA y MEDIOBANCA efectuó una presentación en relación a la respuesta proporcionada por UNIÓN DE USUARIOS Y CONSUMIDORES.

ES COPIA FIEL
Ministerio de Economía y Finanzas Públicas
Secretaría de Comercio Interior
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia
ES COPIA
LUCIA GENTILE
Dirección de Despacho
FOLIO 1326
DRA. MARIA VICTORIA DIAZ VELEZ
SECRETARIA LETRADA
COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

340. El día 10 de agosto de 2010 esta Comisión Nacional ordenó agregar la publicación efectuada por el periódico "El Cronista" en fecha 6 de agosto de 2010, Suplemento de Economía y Política e intimó a TELECOM ITALIA S.p.A a que en el término de cinco (5) días informara sobre el acuerdo al que se refería la publicación efectuada. Asimismo se les requirió que acompañaran los instrumentos que se hubieren firmado

341. El día 12 de agosto de 2010 esta Comisión Nacional requirió al Señor AIELLO MONTES, Señor Ricardo PASSADORE, Señor Antonio RONCORONI y Señora Beatriz GARCIA BUITRAGO que aportaran la documentación e información que se habían comprometido a presentar en el marco de las audiencias testimoniales celebradas.

342. El día 19 de agosto de 2010 el apoderado de TELECOM ITALIA S.p.A y de TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V. efectuó una presentación en relación a lo requerido por esta Comisión Nacional el día 10 de agosto de 2010.

343. El día 19 de agosto de 2010 esta Comisión Nacional ordenó agregar la presentación efectuada y formar un incidente caratulado: "TELECOM ITALIA S.p.A Y OTROS S/ NOTIFICACIÓN" sobre el cual únicamente tendrían vista las partes que celebraron los acuerdos solicitados. Asimismo en dicha providencia se dispuso que formado el incidente el presentante debía informar con precisión la fecha en que las partes de dicho acuerdo podrán presentar la totalidad de la documentación aludida debidamente traducida ante esta Comisión Nacional.

344. El día 20 de agosto de 2010 el Señor Ricardo PASSADORE solicitó una prórroga a fin de acompañar la información requerida en el marco de la audiencia celebrada, la cual el día 26 de agosto de 2010 esta Comisión Nacional otorgó por un plazo de diez (10) días.

345. Con fecha 24 de agosto de 2010 el apoderado de TELECOM ITALIA S.p.A y de TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V. efectuó una presentación contestando el requerimiento efectuado por esta Comisión Nacional con fecha 19 de agosto de 2010.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

FOLIO 1327

346. El día 26 de agosto de 2010 el Señor AIELLO MONTES efectuó una presentación en relación a la información y documentación requerida en el marco de la audiencia celebrada.

347. El día 30 de agosto de 2010 el Señor Ricardo PASSADORE efectuó una presentación acompañando la documentación solicitada en el marco de la audiencia celebrada que el día 7 de septiembre de 2010 esta Comisión Nacional ordenó agregar y tener presente.

348. El día 31 de agosto de 2010 el Dr. Enrique GARRIDO, en su carácter de Presidente del Directorio de TELECOM ARGENTINA S.A. efectuó una presentación acompañando copia de la resolución dictada por el Juez a cargo del Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal N° 6, en los autos caratulados: "W DE ARGENTINA-INVERSIONES S.L. C/ TELECOM ITALIA Y OTRO S/ PROCESO DE CONOCIMIENTO", que el día 7 de septiembre de 2010 esta Comisión Nacional ordenó agregar teniendo presente lo manifestado.

349. El día 1° de septiembre de 2010 se recibió en esta Comisión Nacional el Expediente N° S01:0187011/2010, remitido por el Coordinador General Técnico Operativo de la SECRETARÍA DE POLÍTICA ECONÓMICA, que contenía una solicitud efectuada por un particular a fin de ser parte coadyuvante en estas actuaciones, petición que fue denegada por esta Comisión Nacional.

350. El día 2 de septiembre de 2010 el apoderado de TELECOM ITALIA S.p.A. y TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V. efectuó una presentación reiterando los términos de la efectuada con fecha 19 de agosto de 2010, que esta Comisión Nacional ordenó agregar el día 8 de septiembre de 2010.

351. El día 21 de septiembre de 2010 el apoderado de TELEFÓNICA efectuó una presentación que esta Comisión Nacional ordenó agregar, teniendo presente lo manifestado.

352. Con fecha 29 de septiembre de 2010 esta Comisión Nacional hizo saber al representante de TELECOM ITALIA S.p.A. y TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V. que este organismo, luego que analice la operación en trámite en el Expediente N° S01:0297934/2010, caratulado "TELEOCOM ITALIA S.P.A. y OTROS S/ NOTIFICACIÓN", determinará si corresponde resolver ambas operaciones de forma

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho
Ministerio de Economía y Finanzas Públicas
Secretaría de Comercio Interior
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia
FOLIO 1328
SECRETARIA LETRADA
COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

autónoma o conjunta, y que hasta tanto no se determinara lo contrario, sólo tendrían acceso a dicho incidente las partes involucradas en dicha operación que se encontraran debidamente presentadas.

353. El día 4 de octubre de 2010 el Señor Franco Alfredo Agustín Pablo LIVINI en su carácter de Presidente de los Directorios de SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. y NORTEL INVERSORA S.A. efectuó una presentación que esta Comisión Nacional ordenó agregar.

354. El día 5 de octubre de 2010 esta Comisión Nacional, en atención al estado de los presentes actuados, ordenó la acumulación del expediente N° S01:0088553/2010, caratulado "INCIDENTE DE NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN CNDC N° 30/2010 (CONC. 741)", a los presentes actuados, haciendo saber este hecho a las partes involucradas de la operación.

355. El día 6 de octubre de 2010 los apoderados de ASSICURAZIONI GENERALI, INTESA SAN PAOLO, MEDIOBANCA, TELCO y TELEFÓNICA efectuaron una presentación acompañando un compromiso en relación a la operación objeto de estas actuaciones que en la misma fecha esta Comisión Nacional ordenó agregar pasando las actuaciones a despacho.

356. El día 6 de octubre de 2010 y teniendo en cuenta el compromiso acompañado por las partes de la operación junto con las firmas TELECOM ITALIA S.p.A y TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V., y acorde con lo dispuesto por el artículo 16 de la Ley N° 25.156, esta Comisión Nacional requirió a la SECRETARÍA DE COMUNICACIONES DE LA NACIÓN del MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN FEDERAL, INVERSIÓN PÚBLICA Y SERVICIOS y a la COMISIÓN NACIONAL DE COMUNICACIONES, nuevamente la intervención que les compete en relación a la operación notificada

357. El día 7 de octubre de 2010 el apoderado de TELEFÓNICA efectuó una presentación acompañando ciertos poderes, que esta Comisión Nacional ordenó agregar, tener presente y pasar las actuaciones a despacho.

358. Con fecha 12 de octubre 2010 efectuó una presentación el apoderado de TI y TII acompañando poderes extendido por dichas compañías, que acreditaron la representación suficiente a fin de obligar a las mismas al compromiso ofrecido.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

ES COPIA FIEL
DRA. CINDIA VICTORIA LOPEZ VEGA
SECRETARIA LETRADA
COMISION NACIONAL DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA

FOLIO
1329

359. En la misma fecha los apoderados de TELEFÓNICA, S.A. efectuaron una presentanción acompañando un poder extendido por dicha compañí por el que acreditaron representación suficiente a fin de obligar a la misma al compromiso ofrecido.

360. Finalmente, el día 12 de octubre de 2010 el Señor Secretario de Comunicaciones de la Nación acompañó una nota en los términos del Artículo 16 de la Ley 25.156.

V.b. Audiencias Testimoniales

361. Esta Comisión Nacional deja especial constancia que las manifestaciones vertidas por los testigos en oportunidad de las audiencias testimoniales detalladas en el presente apartado, podrán ser tenidas en cuenta de acuerdo al mérito que este organismo efectúe sobre las mismas, en la medida que sean pertinentes a analizar la operación de concentración económica de autos, y no son vinculantes en ningún modo, ni convierten a los deponentes en parte de estos obrados.

362. En tal sentido, se tendrá en cuenta las especiales relaciones que podrían haber entre el deponente y las partes notificantes, así como con el objeto de la operación.

363. Asimismo, en el transcurso de la tramitación del presente expediente se han llamado a numerosas Asociaciones de Consumidores a prestar declaración en audiencias testimoniales fijadas a efectos de escuchar su opinión sobre la operación de marras, debiendo dejarse constancia que las audiencias efectuadas muestran una universalidad suficiente de ellas.

V.c. Manifestaciones de las Partes.

364. En la presentación efectuada el día 27 de enero de 2009, PIRELLI & C. S.p.A. manifestó que: *"(...) en la misma Nota CNDC Nº 89, se requiere a esta parte que deberá adecuarse la notificación del Formulario F1, en atención a que*

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

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

FOLIO 11330

SECRETARIA LETRADA
COMISION NACIONAL DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA

deben presentarse todas las partes intervinientes en la operación de concentración referida. En consecuencia, se le requiere a esta parte un hecho de un tercero por el cual no debe responder y respecto del cual no se la puede obligar, convirtiéndose el citado requerimiento en una obligación de cumplimiento imposible (...). A todo evento, aclaramos que esta parte presentó el Formulario F1 a fin de cumplimentar con la exigencia del artículo 8 de la Ley Nº 25.156, y sin perjuicio de los derechos y obligaciones de otras partes de la operación notificada. Por lo cual esta parte cumplió en tiempo y forma la obligación contenida en el artículo 8 de la Ley Nº 25.156 (...)".

365. ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A. por su parte, con fecha 3 de febrero de 2009, manifestó mediante una presentación que: *"(...) conforme lo ordenado injustificadamente a mi mandante a través del artículo I de la Resolución CNDC Nº 4/2009 (...) II. (...) ASSICURAZIONI deja expresa constancia que la Operación no constituye una concentración económica en los términos del artículo 6 de la Ley N° 25.156 y por ende, no se encuentra alcanzada por la obligación de notificación prevista en el artículo 8 de la Ley Nº 25.156 (...) En consecuencia mi mandante deja expresa constancia que la presente notificación de ningún modo implica: (i) consentimiento ni reconocimiento alguno respecto de los términos y alcances de la Resolución – la cual mi mandante considera arbitraria e ilegítima – incluyendo la obligación de notificar dispuesta en el artículo 1 de la misma; (...) (iii) ni renuncia a cualquier otro derecho que le asista a mi mandante. Sin perjuicio de lo expuesto, y forzado por la amenaza de ser multado con las consecuencias gravosas y perjudiciales que ello provocaría, procedo a notificar la presente Operación conforme fuera requerido por la Resolución (...)".*

366. El 12 de febrero de 2009, ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., dijo que: *"(...) esta presentación no implica consentimiento ni reconocimiento alguno respecto de los términos y alcances de la Resolución – la cual mi mandante considera arbitraria e ilegítima – incluyendo la obligación de notificar dispuesta en el artículo 1 de la misma; (...) (iii) ni renuncia a cualquier otro derecho que le asista a mi mandante (...)".*

367. PIRELLI & C. S.p.A., mediante una presentación ingresada a esta Comisión Nacional el 24 de febrero de 2009, reiteró lo ya expuesto en su

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

FOLIO 1331

Dra. MARIA VICTORIA DIAZ VERA
SECRETARIA LETRADA
COMISION NACIONAL DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA

presentación del 27 de enero de 2009, en el sentido de que: *"(...) se le requiere a esta parte un hecho de un tercero por el cual no debe responder y respecto del cual no se la puede obligar, convirtiéndose el citado requerimiento una obligación de cumplimiento imposible (...). A todo evento, aclaramos que esta parte presentó el Formulario F1 a fin de cumplimentar con la exigencia del artículo 8 de la Ley Nº 25.156, y sin perjuicio de los derechos y obligaciones de otras partes de la operación notificada. Por lo cual esta parte cumplió en tiempo y forma la obligación contenida en el artículo 8 de la Ley Nº 25.156 (...)".*

368. El día 2 de marzo de 2009, TELEFÓNICA, S.A., reiteró que: *"(...) la oportuna presentación del Formulario F1, de fecha 21 de enero de 2009 y la presente nota, no implica consentimiento, ni total ni parcial, de legitimidad y/o razonabilidad de la Resolución CNDC Nº 4/2009...señalando que las mismas se efectúan en razón de la orden y el apercibimiento dispuesto en el artículo 1º de dicha Resolución (...)".*

369. Con fecha 3 de marzo de 2009, MEDIOBANCA S.p.A., al presentar el correspondiente Formulario F1 manifestó que: *"(...) conforme lo ordenado injustificadamente a mi mandante a través del artículo I de la Resolución CNDC Nº 4/2009 (...) II. (...) MEDIOBANCA* S.p.A. *deja expresa constancia que la Operación no constituye una concentración económica en los términos del artículo 6 de la Ley 25.156 y por ende, no se encuentra alcanzada por la obligación de notificación prevista en el artículo 8 de la Ley Nº 25.156 (...) En consecuencia mi mandante deja expresa constancia que la presente notificación de ningún modo implica: (i) consentimiento ni reconocimiento alguno respecto de los términos y alcances de la Resolución – la cual mi mandante considera arbitraria e ilegítima – incluyendo la obligación de notificar dispuesta en el artículo 1 de la misma; (...) (iii) ni renuncia a cualquier otro derecho que le asista a mi mandante. Sin perjuicio de lo expuesto, y forzado por la amenaza de ser multado con las consecuencias gravosas y perjudiciales que ello provocaría, procedo a notificar la presente Operación conforme fuera requerido por la Resolución (...)".*

370. En fecha 5 de marzo de 2009, la firma SINTONIA S.A., al acompañar el correspondiente Formulario F1 sostuvo que: *"(...) conforme lo ordenado injustificadamente a mi mandante a través del Artículo 1º de la Resolución CNDC*

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

= 148 -

Dra. MARIA VICTORIA DIAZ VELEZ
SECRETARIA LETRADA
COMISION NACIONAL DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA

FOLIO 1332

Nº 4/2009 (...) vengo por medio del presente a notificar mediante el Formulario F1 (...) II) (...) SINTONIA S.A. deja expresa constancia que la Operación no constituye un concentración económica en los términos del artículo 6 de la Ley Nº 25.156, y por ende, no se encuentra alcanzada por la obligación de notificación prevista en el artículo 8 de dicho cuerpo normativo (...) En consecuencia mi mandante deja expresa constancia que la presente notificación de ningún modo implica: (i) consentimiento ni reconocimiento alguno respecto de los términos y alcances de la Resolución – la cual mi mandante considera arbitraria e ilegítima- incluyendo la obligación de notificar dispuesta en el artículo 1º de la misma; (...) (iii) renuncia a cualquier otro derecho que les asista a mi mandante. Sin perjuicio de lo expuesto, y forzado por la amenaza de ser multado con las consecuencias gravosas y perjudiciales que ello provocaría, procedo a notificar la presente Operación (...)".

371. En la misma fecha, SINTONIA S.p.A. al notificar la operación de concentración manifestó que: *"(...)conforme lo ordenado injustificadamente a mi mandante a través del Artículo 1º de la Resolución CNDC Nº 4/2009...vengo por medio del presente a notificar mediante el Formulario F1 (...) II) (...) SINTONIA S.p.A. deja expresa constancia que la Operación no constituye un concentración económica en los términos del artículo 6 de la Ley Nº 25.156, y por ende, no se encuentra alcanzada por la obligación de notificación prevista en el artículo 8 de dicho cuerpo normativo (...).En consecuencia mi mandante deja expresa constancia que la presente notificación de ningún modo implica: (i) consentimiento ni reconocimiento alguno respecto de los términos y alcances de la Resolución – la cual mi mandante considera arbitraria e ilegítima- incluyendo la obligación de notificar dispuesta en el artículo 1º de la misma; (...) (iii) renuncia a cualquier otro derecho que les asista a mi mandante. Sin perjuicio de lo expuesto, y forzado por la amenaza de ser multado con las consecuencias gravosas y perjudiciales que ello provocaría, procedo a notificar la presente Operación (...)".*

372. INTESA SANPAOLO S.p.A. presentó el día 9 de marzo de 2009 el correspondiente Formulario F1 de Notificación de Operaciones de Concentraciones, y expresó lo siguiente: "(...) *conforme lo ordenado injustificadamente a mi mandante a través del Artículo 1º de la Resolución CNDC*

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

FOLIO 11333

Nº 4/2009 (...) vengo por medio del presente a notificar mediante el Formulario F1 (...) II) (...) INTESA SANPAOLO S.p.A. deja expresa constancia que la Operación no constituye un concentración económica en los términos del artículo 6 de la Ley Nº 25.156, y por ende, no se encuentra alcanzada por la obligación de notificación prevista en el artículo 8 de dicho cuerpo normativo (...) En consecuencia mi mandante deja expresa constancia que la presente notificación de ningún modo implica: (i) consentimiento ni reconocimiento alguno respecto de los términos y alcances de la Resolución – la cual mi mandante considera arbitraria e ilegítima- incluyendo la obligación de notificar dispuesta en el artículo 1º de la misma; (...) (iii) renuncia a cualquier otro derecho que les asista a mi mandante. Sin perjuicio de lo expuesto, y forzado por la amenaza de ser multado con las consecuencias gravosas y perjudiciales que ello provocaría, procedo a notificar la presente Operación (...)".

373. PIRELLI & C. S.p.A. reiteró con fecha 10 de marzo de 2009, lo ya expuesto en su presentación del 27 de enero de 2009 y 24 de febrero de 2009, que dice: "(...)*se le requiere a esta parte un hecho de un tercero por el cual no debe responder y respecto del cual no se la puede obligar, convirtiéndose el citado requerimiento en una obligación de cumplimiento imposible (...). A todo evento, aclaramos que esta parte presentó el Formulario F1 a fin de cumplimentar con la exigencia del artículo 8 de la Ley Nº 25.156, y sin perjuicio de los derechos y obligaciones de otras partes de la operación notificada. Por lo cual esta parte cumplió en tiempo y forma la obligación contenida en el artículo 8 de la Ley Nº 25.156 (...)*".

374. El 16 de abril de 2009, PIRELLI & C. S.p.A., en relación al requerimiento efectuado oportunamente por esta Comisión Nacional, contesta nuevamente que: *"(...) Conforme lo expusiéramos en reiteradas PRESENTACIÓNes PIRELLI ha cumplido acabadamente y en tiempo y forma con la presentación del Formulario F1 de conformidad a los requerimientos establecidos en la Resolución 40/01 de la SDCyC. En consecuencia, la Comisión debería dar curso a la concentración de referencia (...)".*

375. El día 17 de abril de 2009, ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., INTESA SANPAOLO S.p.A., MEDIOBANCA S.p.A. y SINTONIA S.A. presentaron un

Ministerio de Economía y Finanzas Públicas
Secretaría de Comercio Interior
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia
ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho
148
DRA. MARIA VICTORIA DE VEDIA
SECRETARIA LETRADA
COMISION NACIONAL DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA
FOLIO 11334

escrito, por intermedio del Dr. Andrés SANGUINETTI, apoderado de las mismas, en el que manifestaron uniformemente que: *"(...) habiendo dado cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 1 de la Resolución CNDC Nº 4/2009 (la "Resolución"), notificando mediante el Formulario F1 (...) solicitó a la Comisión tenga por cumplida en legal tiempo y forma la notificación del artículo 8 de la Ley Nº 25.156 y proceda a resolver el expediente...Mi representada deja expresa constancia de que la operación que se notificó no constituye una concentración económica en los términos del artículo 6 de la Ley Nº 25.156 y por ende, no se encuentra alcanzada por la obligación de notificación prevista en el artículo 8 de dicho cuerpo normativo, (...) En consecuencia, la notificación efectuada de ningún modo implica (i) consentimiento ni reconocimiento respecto de los términos y alcances de la Resolución – que mi mandante considera arbitraria e ilegítima, (...)(iii) renuncia a cualquier otro derecho que le asista a mi mandante (...)"*.

376. Con fecha 4 de junio de 2009, PIRELLI & C. S.p.A. en cuanto al requerimiento efectuado por esta Comisión Nacional por el cual *"(...) deberán manifestar si entre Telco y Telefónica han celebrado un Contrato de Opción de Adquisición (...)"*, manifestó que PIRELLI & C. S.p.A. es parte de la Operación Telco S.p.A., sino única y exclusivamente, de la venta de las acciones de OLIMPIA S.p.A., contrato con el cual empieza y termina todo su involucramiento en el tema.

377. El 19 de junio de 2009, SINTONIA S.A. e INTESA SANPAOLO S.p.A. manifestaron a esta Comisión Nacional, que: "(...) *el Shareholders Agreement firmado entre TELEFÓNICA S.A., ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., MEDIOBANCA S.p.A., SINTONIA S.A. e INTESA SANPAOLO S.p.A., contiene previsiones que resguardan los derechos de TE en el caso de que el Directorio de TELCO S.p.A. resuelva por mayoría simple vender las acciones de TELECOM ITALIA S.p.A. Una de dichas previsiones consiste en otorgar a TE un Call Option (opción de adquirir) sobre las acciones de TELECOM ITALIA S.p.A objeto de una eventual venta decidida por mayoría simple del Directorio de TELCO, siempre que TE haya votado de manera disidente dicha resolución. Para instrumentar el otorgamiento de este derecho a TE a través de TELCO, titular de las acciones de TELECOM ITALIA S.p.A., las partes del Shareholders Agreement se obligaron a*

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

ES COPIA FIEL

Dra. MARIA VICTORIA DIAZ VERA
SECRETARIA LETRADA
COMISION NACIONAL DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA

1335

causar que Telco otorgue a TE dicha opción. En definitiva, el Contrato de Adquisición (Call Option Agreement) requerido por esta Comisión, es la instrumentación del derecho ya otorgado a TE. Shareholders Agreement, esta vez a través de TELCO, titular de las acciones de TELECOM ITALIA S.p.A (...)".

378. Con fecha 29 de junio de 2009, SINTONÍA S.p.A., SINTONIA S.A., MEDIOBANCA S.p.A. y ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A. en respectivas PRESENTACIÓNes efectuadas formularon consideraciones preliminares a la contestación del pedido de informes efectuado por esta Comisión Nacional, donde manifiestan que: "(...) *Este expediente ha sido iniciado como consecuencia de lo decidido por la Comisión Nacional en su Resolución 04/09 (La Resolución). En la arbitraria Resolución la Comisión ordenó a mi representada – entre otras cosas- efectuar la notificación prevista en el artículo 8 de la ley 25.156 (LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA), ello al cabo de un proceso del que mi parte fue ajena y en el que no tuvo la oportunidad de ser oído, así como tampoco de presentar y producir prueba (...). Ello no obstante, presionado por las graves sanciones que la LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA establece para quienes no cumplen con la notificación prevista en su artículo 8, mi mandante se presentó oportunamente en estos actuados. En dicha oportunidad mi parte dejó claramente establecido que aquella presentación no importaba: (i) consentimiento ni reconocimiento alguno respecto de los términos y alcances de la Resolución -la cual mi mandante considera arbitraria e ilegítima- incluyendo la obligación de notificar dispuesta en el artículo 1 de la misma; (...) (iii) renuncia a cualquier otro derecho que le asista a mi mandante. Es decir, que mi parte interviene en este expediente forzado por la amenaza de sanciones pero sin consentir ni admitir que la operación económica que aquí se analiza sea efectivamente una concentración económica en los términos de la LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (...) Es que mi parte ha dado toda la información que está en condiciones de dar y que debe ser dada de conformidad con la LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA y demás normas que regulan este proceso. Y, eventualmente, podría aportar más información a la Comisión si la Comisión lo solicitara de un modo no capcioso y con el único objeto de que mi parte abandone indirecta e inadvertidamente, la discusión de fondo que intenta plantear ante esta Comisión y que esta Comisión*

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

FOLIO 1336

DRA. MARIA VICTORIA DIAZ VERA
SECRETARIA LETRADA
COMISION NACIONAL DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA

no le permite (...) En efecto, ya tres veces la Comisión ha manifestado que la información brindada por mi parte es incompleta pero en ningún caso ha precisado que la información qué es lo que estaría faltando. Y la resolución del 13 de mayo de 2009 que origina esta respuesta, si bien intenta hacer un avance en la explicitación de la información que a juicio de la Comisión estaría pendiente, no deja de ser incompleta y capciosa como afirmamos, ya que sin dar nombres propios exige información de empresas controladas o involucradas justamente cuando ese es el meollo de la discusión en relación a esta operación. Así la operación del 13 de mayo de 2009 exige presentar balances de empresas involucradas que comercialicen productos involucrados pero no dice cuáles; dice que falta la descripción de empresas involucradas pero no dice cuáles estarían faltando; pide información de empresas controladas sin individualizarlas y finalmente pide información del "objeto de la operación" término que no reconoce ni la LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ni las normas dictadas en consecuencia. Para responder las preguntas de la Comisión tal como han sido formuladas, hay que tomar una posición relativa a si en la operación bajo estudio hubo o no toma de control y en su caso de quién sobre quién y eso es justamente donde mi mandante tiene con la Comisión una diferencia insalvable que no está obligada a renunciar (y mucho menos inadvertidamente) bajo el pretexto de estar a los requerimientos. En todo caso, si la Comisión pide información de una empresa en particular con nombre y apellido, y mi parte tiene esa información, la brindará pero no es el pedido de información el mecanismo para que mi parte admita hechos que no tiene porque admitir (...)".

379. Ante las manifestaciones efectuadas por las partes en el transcurso del presente procedimiento, esta Comisión Nacional debe dejar constancia los reiterados requerimientos que se debieron efectuar a efectos que las mismas cumplan con la Resolución SDCyC N° 40/2001, en función de la falta de información y documentación con respecto a TELECOM, entre otras.

380. Asimismo, surge de tales manifestaciones que las partes cuestionaron la conclusión de esta Comisión Nacional en la Resolución CNDC N° 4/09 dictada en el marco del expediente Nº S01:0147971/2007, caratulado *"TELEFÓNICA DE ESPAÑA, OLIMPIA Y OTROS S/ DILIGENCIA PRELIMINAR ART. 8° DE LA LEY*

ES COPIA FIEL
Ministerio de Economía y Finanzas Públicas
Secretaría de Comercio Interior
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia
ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho
148
Dra. CARLA VICTORIA DIAZ VEIRA
SECRETARIA LETRADA
COMISIÓN NACIONAL DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA
FOLIO
1337

25.156"., en cuanto alegan que no habría ocurrido un cambio de control sobre TELECOM ITALIA S.p.A. en ocasión del cierre de la operación objeto de análisis en el presente expediente. Sin embargo, las alegaciones efectuadas por las partes no alcanzan en lo más mínimo a controvertir los argumentos centrales, ya resueltos y suficientemente probados en el expediente y resolución citados anteriormente. En particular resulta incontrovertible (1) de hecho, TELCO S.p.A. como antes lo hiciera OLIMPIA S.p.A., controla a TELECOM ITALIA S.p.A., y esta última al grupo TELECOM ARGENTINA S.A.; (2) antes de la operación que aquí se analiza, OLIMPIA S.p.A. controlada a su vez por PIRELLI C.& S.p.A., controlaba a TELECOM ITALIA S.p.A. y consecuentemente al grupo TELECOM ARGENTINA; y (3) las restantes partes de la operación analizada en los presentes autos (es decir con la exclusión de PIRELLI C. &. S.p.A.) son accionistas de TELCO S.p.A., y parte del contrato de inversión conjunta y del acuerdo de accionistas, con el objeto de establecer las pautas de la adquisición del control de TELECOM ITALIA S.p.A. y su ulterior gobierno. En síntesis, es indudable que ocurrió un cambio en el GRUPO TELECOM ARGENTINA.

381. Las partes intentaron debatir en el presente expediente la toma de control, o según su postura la falta del mismo, sobre TELECOM ITALIA S.p.A. y de TELCO S.p.A., hechos que esta Comisión Nacional estima probados y resueltos mediante la Resolución CNDC N° 4/2009, dictada en el marco del expediente N° S01:0147971/2007, caratulado *"TELEFÓNICA DE ESPAÑA, OLIMPIA Y OTROS S/ DILIGENCIA PRELIMINAR ART. 8° DE LA LEY 25.156"*.

382. Por lo tanto, esta Comisión Nacional considera que todas y cada una de las manifestaciones efectuadas por las partes en las presentes actuaciones, en el sentido anteriormente expuesto fueron improcedentes, efectuadas al sólo efecto de entorpecer el avance de las mismas, y que de ninguna manera habilitan a quienes las efectuaron a ser renuentes en el aporte de información y documentación que oportunamente les fueran solicitadas.

383. Asimismo, independientemente de la reserva de derechos efectuada por las partes, en ninguna instancia del procedimiento se ha conculcado los mismos, debiéndose advertir que la presentación de la información que le fuera oportunamente solicitada por esta Comisión Nacional a las notificantes de ninguna

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

FOLIO 11338

forma podía limitar o suprimir los derechos cuyas reservas se efectuaron y en todo caso evidencian la renuencia antedichas de las partes a brindar la documentación necesaria para que este organismo cumpla con la manda legal en pos de la defensa del interés económico general.

VI. INFORME DEL ARTÍCULO 16

VI.a. El Informe de la COMISIÓN NACIONAL DE COMUNICACIONES (CNC).

384. Con fecha 6 de octubre de 2010 se solicitó a la COMISIÓN NACIONAL DE COMUNICACIONES que se expida en los términos del artículo 16 de la Ley N° 25.156.

385. El día 7 de octubre de 2010 la COMISIÓN NACIONAL DE COMUNICACIONES informó lo siguiente: "(...)En tal sentido, más allá de lo manifestado en la Nota CNC N° 77/2009 de este organismo, es de resaltar que el compromiso, tal y como fuera presentado, no merece reparos ni objeción alguna por parte de este organismo. En tanto el escenario originario se ve desvirtuado con la nueva estructura que evita intercambio y acceso a información sensible por parte de las empresas involucradas, es posible inferir que esta operación en el nuevo contexto presentado, no conmovería ni afectaría la competencia, en tanto y en cuanto se cumpla con el mencionado compromiso. (...).

VI.b. El Informe de la SECRETARÍA DE COMUNICACIONES.

386. Con fecha 6 de octubre de 2010 se solicitó a la SECRETARÍA DE COMUNICACIONES DE LA NACIÓN (en adelante indistintamente "SECOM") se expida en los términos del artículo 16 de la Ley 25.156.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho
Ministerio de Economía y Finanzas Públicas
Secretaría de Comercio Interior
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia
ES COPIA FIEL
148
DRA. MARIA VICTORIA DIAZ VELEZ
SECRETARIA LETRADA
COMISION NACIONAL DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA
FOLIO 11339

387. El día 12 de octubre de 2010 la SECRETARÍA DE COMUNICACIONES DE LA NACIÓN sostuvo lo siguiente: "(...) En esa ocasión el análisis regulatorio se efectuó teniendo en consideración la Resolución N° 4/2009 emitida por esa Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, por lo cual ese Organismo concluyó que la transacción en análisis implicó un cambio de control en Telecom Argentina S.A. y en la que se determinó que existía influencia sustancial suficiente que en principio, originaba la obligación de las empresas de notificar la operación en cuestión frente a las autoridades de competencia argentinas en los términos del artículo 8 de la Ley 25.156. (...). En ese sentido, si a juicio de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, el escenario originario se viera desvirtuado con la nueva estructura generada a partir del compromiso de conducta que evita el intercambio y el acceso a información sensible por parte de las empresas involucradas, sería posible inferir que esa Operación, en el nuevo contexto presentado y en tanto y en cuanto se cumpla con el mencionado compromiso, no conmovería ni afectaría el marco regulatorio en el sentido indicado en la nota S.C. N° 1459/09 (...)"

VII. PLANTEO DE NULIDAD DE LAS RESOLUCIONES MEyFP N° 82/2010, SPE N° 14/2010 Y CNDC N° 30/2010. REPETICIÓN DE ARGUMENTOS.

VII.a. Antecedentes.

388. Previo a exponer los argumentos de nulidad de las partes contra las Resoluciones MEyFP N° 82/2010, SPE N° 14/2010 y CNDC N° 30/2010 se expondrá en este punto una breve reseña de las actuaciones que llevaron a tal planteo y su tramitación.

389. Así, el día 25 de agosto de 2009 el Señor SECRETARIO DE COMERCIO INTERIOR, emitió la Resolución N° 483/2009, por medio de la cual dispuso: *"ARTÍCULO 1°.- Subordínese la autorización de la operación de concentración económica, efectuada en el exterior, consistente en la adquisición por parte de*

ESCOPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho
Ministerio de Economía y Finanzas Públicas
Secretaría de Comercio Interior
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia
148
11340

TELEFÓNICA, S.A., ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., SINTONIA S.A., INTESA SANPAOLO S.p.A. y MEDIOBANCA S.p.A., a través de la firma TELCO S.p.A., de la totalidad del capital social de la empresa OLIMPIA S.p.A., titular del DIECISIETE COMA NOVENTA Y NUEVE POR CIENTO (17,99%) del capital de la empresa TELECOM ITALIA S.p.A., perteneciente a las firmas PIRELLI & C. S.p.A., SINTONIA S.A. y SINTONIA S.p.A.; junto al CINCO COMA SEIS POR CIENTO (5,6%) de participación directa con derecho a voto en la empresa TELECOM ITALIA S.p.A. que las firmas ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A. y MEDIOBANCA S.p.A. tenían en la misma, transferida a la firma TELCO S.p.A. en ocasión de la presente operación; adicionándose el CERO COMA NEVENTA Y UNO POR CIENTO (0,91%) del capital con derecho a voto en la empresa TELECOM ITALIA S.p.A., que en el mes de marzo de 2008 la firma TELCO S.p.A. adquirió a través del mercado de capitales en oferta pública, todo ello sujeto al cumplimiento efectivo e irrevocable de la desinversión de la totalidad de la participación accionaria que la empresa TELECOM ITALIA S.p.A. posee, ya sea en forma directa o indirecta, en la firma SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. en la REPÚBLICA ARGENTINA. Asimismo, deberá desinvertir todos los activos y la totalidad de los derechos que tuviera sobre la empresa SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. y sus controladas, incluyendo la opción de compra pactada con fecha 9 de septiembre de 2003 en el contrato denominado "Call Option Agreement", celebrado entre las empresas TELECOM ITALIA INTERNACIONAL N.V. y W DE ARGENTINA INVERSIONES S.L., todo ello de acuerdo a lo establecido en el artículo 13, inciso b) de la Ley N° 25.156. ARTÍCULO 2°.- Facúltase a la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA a fijar en un plazo máximo de SESENTA (60) días, las pautas de la desinversión – ad referendum del suscripto-, conforme a los criterios usuales y atendiendo a las circunstancias del presente caso. Las pautas citadas incluirán definir plazos, determinar PRESENTACIÓNes que deban realizar las partes, designar agentes de monitoreo y control, designar agentes vendedores y establecer cualquier otro mecanismo para cumplir con el objetivo de la desinversión y proteger la competencia en los mercados afectados. Asimismo, y en el marco de sus facultades, dicho organismo podrá dictar todas las resoluciones y/o providencias necesarias, ajustándose a lo ordenado en el

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

presente artículo. Se establece el plazo máximo de UN (1) año para cumplir con el proceso de desinversión por las partes. ARTÍCULO 3°.- Otórgase a la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA un plazo máximo de SESENTA (60) días para que eleve al suscripto un dictamen en el cual recomiende el temperamento a seguir respecto a la pertinencia, en su caso, de aplicar multas por notificación tardía, debiendo fundamentar la procedencia así como el quantum de las mismas. En caso de corresponder, se imputarán ellas a todas, alguna o ninguna de las partes notificantes en la presente operación. ARTÍCULO 4°.- Establécese que finalizado el proceso de desinversión, la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, deberá elevar el pertinente dictamen al suscripto, a efectos de dictarse la resolución final. ARTÍCULO 5.- Considerase parte integrante de la presente resolución, al Dictamen N° 744 de fecha 25 de agosto de 2009 emitido por la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, organismo desconcentrado en la orbita de la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS, que en DOSCIENTAS CATORCE (214) hojas autenticadas se agrega como Anexo a la presente medida..."

390. Las firmas TELEFÓNICA S.A., PIRELLI & C. S.p.A., INTESA SANPAOLO S.p.A., SINTONIA S.A., MEDIOBANCA S.p.A., SINTONIA S.p.A., y ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., fueron debidamente notificadas con fecha 26 de agosto de 2009, conforme constancias de fs. 4902/4908.

391. Con fecha 1° de septiembre de 2009, se hizo saber a las empresas SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A., NORTEL INVERSORA S.A., TELECOM ARGENTINA S.A. y a TELECOM PERSONAL S.A., que el Señor SECRETARIO DE COMERCIO INTERIOR había dictado la Resolución N° 483/09, acompañándose copia de la misma.

392. El día 16 de septiembre de 2009 los apoderados de TELEFÓNICA S.A., TELECOM ITALIA S.p.A., TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V, MEDIOBANCA S.p.A., INTESA SANPAOLO S.p.A., ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A y EDIZIONE S.R.L, (anteriormente denominada SINTONIA S.p.A.) interpusieron recurso de apelación contra la Resolución del Señor SECRETARIO DE COMERCIO INTERIOR N° 483/2009.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

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

FOLIO 11342

393. Dicho recurso de apelación fue concedido con efecto devolutivo mediante Resolución CNDC N° 116 dictada el día 9 de octubre de 2009.

394. Dicho expediente fue radicado en la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, el día 14 de octubre de 2009.

395. El día 6 de enero de 2010 esta Comisión Nacional dictó la Resolución N° 1, mediante la cual fijó las pautas de desinversión, ordenó elevar la Resolución *ad referendum* del Señor SECRETARIO DE COMERCIO INTERIOR.

396. En la misma fecha el Señor SECRETARIO DE COMERCIO INTERIOR dictó la Resolución N° 3/2010, mediante la cual aprobó las pautas de desinversión fijadas en la Resolución CNDC N° 1/2010.

397. Por mayoría, el día 1° de febrero de 2010, la mencionada Cámara de Apelaciones resolvió anular la Resolución N° 483/09 y disponer que por intermedio de quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento, previa la sustanciación pertinente.

398. Para así resolver sostuvieron que resultaba evidente el agravio expuesto por TELECOM ITALIA S.p.A y TELECOM INTERNATIONAL N.V., en cuanto la Resolución SCI N° 483/2009, ordenó la desinversión de la totalidad de la participación accionaria en la empresa SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A., lo cual habría hecho sin escucharlas y permitirles el ejercicio del derecho de defensa en juicio.

399. El día 5 de febrero de 2010 las actuaciones fueron remitidas desde la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico a esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

400. Con fecha 19 de febrero de 2010, esta Comisión Nacional, le hizo saber al Señor MINISTRO DE ECONOMÍA y FINANZAS PÚBLICAS de la mencionada sentencia, a fin de que tome la intervención correspondiente

401. El día 25 de febrero de 2010 esta Comisión Nacional tuvo por recibido el Expediente N° S01:0061933/2010 que contenía copias de la Resolución N° 82/2010 dictada por el Señor MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS y de la Resolución N° 14/2010 dictada por el Señor SECRETARIO DE

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

FOLIO 11343

Dra. MARIA VICTORIA DIAZ VERA
SECRETARIA LETRADA
COMISION NACIONAL DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA

POLÍTICA ECONÓMICA, ambas emitidas el día 22 de febrero de 2010.

402. En primer lugar corresponde hacer referencia a lo establecido por la Resolución N° 82/2010 dictada por el Señor MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS.

403. La misma dispuso que teniendo en cuenta lo resuelto por la Sala "A" de la Cámara de Apelaciones en lo Penal Económico, el funcionario causante del acto nulo no debía entender nuevamente en esta causa, en particular en virtud de lo establecido en el artículo 173 del Código Procesal Penal de la Nación.

404. También consideró que era necesario continuar con el trámite de las actuaciones a fin de establecer las condiciones de mercado que no perjudiquen el interés económico general.

405. Por dichas consideraciones estimó que resultaba imprescindible encomendar la resolución del Expediente N° S01:0014652/2009 (Conc.741) y sus vinculados al Señor SECRETARIO DE POLÍTICA ECONÓMICA, conforme lo prescripto por la Resolución N° 36 del MINISTERIO DE ECONOMÍA y FINANZAS PÚBLICAS dictada el día 29 de diciembre de 2008[16].

406. Consecuentemente, en la misma fecha el Señor SECRETARIO DE POLÍTICA ECONÓMICA dispuso, teniendo en cuenta las consideraciones vertidas en la Resolución N° 82 del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS, que resultaba necesario adoptar medidas conducentes para dar cumplimiento con la sentencia dictada el 1° de febrero de 2010 por la Sala "A" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico.

407. Por ello resolvió: a) instruir a esta Comisión Nacional a abstenerse de recurrir y presentar recurso extraordinario federal contra la sentencia de fecha 1° de febrero de 2010; b) dejar sin efecto las resoluciones SCI N° 483 y SCI N° 3 de fecha 25 de agosto de 2009 y 6 de enero de 2010 respectivamente; c) instruir a

[16] El artículo 5 de la resolución N° 36 del 29 de diciembre de 2008 dictada por el Sr. Ministro de Economía y Finanzas Públicas, dispone que: "*El señor Secretario de Comercio Interior será reemplazado en la firma del despacho, en caso de ausencia o impedimento, por la Señora SECRETARÍA Legal y Administrativa. Si esta última se encontrare impedida o estuviese ausente, la reemplazará el Señor Secretario de Política Económica.*"

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho
Ministerio de Economía y Finanzas Públicas
Secretaría de Comercio Interior
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia
148
Lic. MARIA VICTORIA DIAZ VELEZ
SECRETARIA LETRADA
COMISION NACIONAL DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA
MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS PUBLICAS
FOLIO
11344

esta Comisión Nacional para que, en virtud del pronunciamiento dictado por la Sala A de la Cámara de Apelaciones en lo Penal Económico adopte las medidas necesarias a fin de reconducir el procedimiento.

408. En virtud de la notificación de dichas Resoluciones, esta Comisión Nacional dictó el día 25 de febrero de 2010 la Resolución N° 30, por la cual dispuso:" *Artículo 1°: otorgar vista por el plazo perentorio de quince (15) días a las empresas TELECOM ITALIA S.pA y TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V de las actuaciones que tramitan bajo el expediente N° S01:00146527/2009, a los efectos de que procedan a efectuar todas las manifestaciones y ejercer todos los derechos que estimen corresponder, teniendo en cuenta las posibles decisiones que podrían adoptarse en virtud de la Ley N° 25.156 y a la luz de los antecedentes obrantes en el expediente. Artículo 2°: Notificar a las empresas TELEFÓNICA S.A., ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A, SINTONÍA S.A. INTESA SANPAOLO S.A., MEDIOBANCA S.p.A, TELCO S.p.A., PIRELLI & C.Sp.A, SINTONÍA S.p.A, SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. NORTEL INVERSORA S.A., TELECOM ARGENTINA S.A., y TELECOM PERSONAL S.A. a fin de que en el término de quince (15 días) hábiles, agreguen lo que estimen pertinente, teniendo en cuenta las posibles decisiones que podrían adoptarse en virtud de la Ley N° 25.156.*"

409. Todas las referidas empresas fueron notificadas de la Resolución MEyFP N° 82/2010, Resolución SPE N° 14/2010 y Resolución CNDC N° 30/2010 el día 25 de febrero de 2010.

410. El día 1° de marzo de 2010 las empresas SINTONÍA S.A., MEDIOBANCA S.p.A., INTESA SANPAOLO S.p.A., ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A. y EDIZIONE S.r.l. interpusieron recurso de apelación en los términos del artículo 449 del Código Procesal Penal de la Nación contra la Resolución MEyFP N° 82/2010, SPE N° 14/2010 y CNDC N° 30/2010, como así también solicitaron la nulidad de dichas resoluciones.

411. Por su parte en la misma fecha la firma PIRELLI & C. S.p.A. interpuso recurso de apelación en los términos del artículo 449 del Código Procesal Penal, de la Nación.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

FOLIO 1345

412. En la misma fecha TELECOM ITALIA S.p.A. y TELECOM INTERNATIONAL N.V. interpusieron recurso de apelación en los términos del artículo 449 del Código Procesal Penal de la Nación contra las Resoluciones N° MEyFP 14/2010, SPE N° 82/2010 y CNDC N° 30/2010, solicitaron la nulidad de las mismas y recusaron con causa del Señor MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS, al Señor SECRETARIO DE POLÍTICA ECONÓMICA y a todos los miembros de la Comisión Nacional.

413. Asimismo el día 2 de marzo de 2010, TELEFÓNICA, S.A. interpuso recurso de apelación en los términos del artículo 449 del Código Procesal Penal de la Nación, contra la Resoluciones MEyFP N° 82/2010, SPE N° 14/2010 y CNDC N° 30/2010.

414. En la misma fecha las firmas TELECOM ARGENTINA S.A., TELECOM PERSONAL S.A., SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. y NORTEL INVERSORA S.A. interpusieron recurso de apelación comprensivo del de nulidad en los términos del artículo 449 del Código Procesal Penal de la Nación contra la Resoluciones MEyFP N° 82/2010, SPE N° 14/2010 y CNDC N° 30/2010 y recusaron con causa al Señor MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS, al Señor SECRETARIO DE POLÍTICA ECONÓMICA y a todos los miembros de esta Comisión Nacional.

415. Por último, el día 3 de marzo de 2010 la firma TELCO S.p.A interpuso recurso de apelación en los términos del artículo 449 del Código Procesal Penal de la Nación contra la Resoluciones MEyFP N° 82/2010, SPE N° 14/2010 y CNDC N° 30/2010, planteó la nulidad de dichas resoluciones y recusó con causa al Señor MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS, al Señor SECRETARIO DE POLÍTICA ECONÓMICA y a todos los miembros de esta Comisión Nacional.

416. El día 11 de marzo de 2010, esta Comisión Nacional ordenó agregar las presentaciones efectuadas y pasar las actuaciones a estudio, ordenándose además la formación del presente incidente de nulidad.

417. Las partes plantean la nulidad con sustento en lo dispuesto en el artículo 166 del Código Procesal Penal de la Nación.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

Dra. MARIA VICTORIA DIAZ VERA
SECRETARIA LETRADA
COMISION NACIONAL DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA

FOLIO 1346

418. Asimismo, el día 11 de marzo de 2010 esta Comisión Nacional corrió traslado del planteo de nulidad en los términos del artículo 170 "in fine" y 447 del Código Procesal Penal de la Nación.

419. El día 17 de marzo de 2010 el apoderado de las firmas TELECOM ITALIA S.p.A. y TELECOM INTERNATIONAL N.V. contestó el traslado conferido, manifestando que sus representadas también solicitaron la nulidad como parte integrante del recurso de apelación y nulidad interpuesto contra la Resolución MEyFP N° 82/2010 y SPE N° 14/2010 y CNDC N° 30/2010.

420. Asimismo manifestaron que reiteraban los argumentos y defensas planteadas en el recurso de apelación interpuesto, y que no consentían en modo alguno que esta Comisión Nacional continuara actuando.

421. El día 18 de marzo de 2010 el apoderado de las firmas EDIZIONE S.r.l. y el apoderado de TELCO S.p.A., ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., SINTONÍA S.A., INTESA SANPAOLO S.p.A. y MEDIOBANCA S.p.A. contestaron el traslado conferido.

422. En dicha oportunidad manifestaron que adherían a todos y cada uno de los planteos de nulidad cuyos traslados se les ha corrido.

423. Sostuvieron que todos esos planteos fueron incluidos en los respectivos recursos de apelación, por lo que su resolución no corresponde a esta Comisión Nacional.

424. Cuestionan la intervención de esta Comisión Nacional en todo lo vinculado a la Operación Telco S.p.A..

425. En la misma fecha se presentó el Dr. Julio Cesar RIVERA (h) en representación de TELECOM ARGENTINA S.A., TELECOM PERSONAL S.A. y NORTEL INVERSORA S.A., y siguiendo expresas instrucciones del directorio de dichas compañías manifestó: "(...) mis mandantes carecen de legitimación para intervenir en la especifica articulación suscitada a partir del planteo de nulidad deducido contra la Resolución 30/2010 de esta CNDC. En subsidio, siguiendo las mismas instrucciones, mis mandantes dejan planteado que de los elementos adjuntos no se advierte la existencia de vicio alguno susceptible de generar

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

FOLIO 148 11347

Dra. MARIA VICTORIA DIAZ VERA
SECRETARIA LETRADA
COMISION NACIONAL DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA

nulidad."

426. En dicha fecha se presentó el Sr. Ricardo Alberto FERREIRO, en su calidad de Vicepresidente en ejercicio de NORTEL INVERSORA S.A. y manifestó que: "(...) 2. Frente al traslado ordenado respecto de los planteos de nulidad referidos, cabe señalar a vuestra CNDC que la sociedad que actualmente presido carece de interés y legitimación sustancial alguna en el marco de dichos planteos. Ello así pues la resolución reputada como nula ha sido emitida oficiosamente por esta Comisión sin intervención ni a requerimiento de las sociedades del Grupo Telecom Argentina. Por lo demás, no obstante que la sociedad que actualmente presido ha sido destinataria de la providencia cuya nulidad se persigue, el derecho de defensa de Nortel no se vería comprometido aún en el caso en que dicha resolución fuera –eventualmente- declarada nula. 3. Así las cosas, Nortel no procederá a contestar el traslado conferido por carecer de interés y legitimación alguna para intervenir en las incidencias articuladas por sociedades distintas a ellas y contra una resolución cuyo dictado no ha sido requerido por mi representada.(...)".

427. Finalmente, en la misma fecha antes referenciada se presentó el Sr. Franco Alfredo Agustín Pablo LIVINI, en su calidad de Presidente del Directorio de SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. y NORTEL INVERSORA S.A., junto con el patrocinio letrado de Jorge L. Pérez, quien a su vez se presentó como presidente de TELECOM PERSONAL S.A., manifestando que se encontraban vigentes en sus cargos, y contestan el traslado conferido coincidiendo en los planteos efectuados por SINTONIA S.A., MEDIOBANCA S.p.A., INTESA SANPAOLO S.p.A., ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., EDIZIONE S.r.l., TELECOM ITALIA S.p.A., TELECOM INTERNATIONAL N.V. y TELCO S.p.A.

428. Con fecha 23 de marzo de 2010, atento a la contradicción de las presentaciones de las empresas SOFORA TELECOMUNICACIONE S.A., NORTEL INVERSORA S.A., TELECOM ARGENTINA S.A. y TELECOM PERSONAL S.A., y en vista de la copia de la resolución de fecha 8 de marzo de 2010 dictada por el Señor Juez a cargo del Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal N° 6 en el expediente "W DE ARGENTINA INVERSIONES SL- INC. EJEC MED (26-VIII-09) C/ TELECOM ITALIA S.p.A. Y OTRO S/

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

FOLIO 11348

DRA. MARIA VICTORIA DIAZ VELEZ
SECRETARIA LETRADA
COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

MEDIDA CAUTELAR (AUTÓNOMA)", se requirió a los señores Franco Alfredo Agustín Pablo LIVINI y Jorge L. Pérez, que deberían acreditar la vigencia de los cargos invocados en la presentación antes referenciada.

VII.b. Nulidad planteada por POR EDIZIONE S.r.l., SINTONIA S.A., MEDIOBANCA S.p.A., INTESA SANPAOLO S.p.A., TELCO S.p.A. y ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A.

429. Las nulidades planteadas por estas empresas tienen los mismos fundamentos, por lo que serán tratadas en conjunto.

430. Así, las nulidicentes sostienen que la Resolución MEyFP N° 82/2010 es nula, y en consecuencia también lo son las Resolución SPE N° 14/2010, y la CNDC N° 30/2010, en tanto entienden que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico dispuso expresamente que el pronunciamiento, previa sustanciación pertinente, tendría que efectuarlo el aún no creado Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante indistintamente "TNDC").

431. Asimismo, manifiestan que en función a lo dicho expresamente por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico: "(...) constituye un verdadero escándalo jurídico que la ley 25.156 dictada en septiembre de 1999, es decir hace más de diez años, se encuentre incumplida por la demora del Poder Ejecutivo en proceder a la designación que le fue encomendada expresamente (conf. Artículo 19 ley 25156) (...)"; infieren que no sólo se apartó al Señor SECRETARIO DE COMERCIO INTERIOR, sino que se habría ordenado al Poder Ejecutivo que cree al TNDC, y que hasta tanto ello no ocurra se suspenda toda actuación del Estado Nacional en cuanto a la Defensa de la Competencia se refiera, por lo menos en este caso.

432. Sostienen las nulidicentes que el obrar del Señor MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS al dictar la Resolución 82/2010 importaría una grave violación al orden jurídico, que debe ser sancionada con la nulidad absoluta e insanable.

433. En razón de tales argumentos, las nulidicentes, colligen que el Señor MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS habría dictado la Resolución 82/2010 con vicio de incompetencia en razón de la materia, careciendo de facultades para designar un reemplazo del Señor SECRETARIO DE COMERCIO INTERIOR a fin de que entienda en las presentes actuaciones. Para las nulidicentes el único órgano de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia sería el TNDC, no siendo factible que dicho órgano sea suplido por una Secretaría, en tanto la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico habría ordenado en su sentencia del 1° de febrero de 2010, según el entendimiento de las nulidicentes, crear el mencionado TNDC y apartar al Señor MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS del entendimiento en los presentes autos.

434. Además, sostienen que tanto la Resolución MEyFP N° 82/2010, como la Resolución SPE 14/2010 y la Resolución CNDC N° 30/2010 tendrían vicios en la motivación del acto administrativo: i) Contra la Resolución MEyFP N° 82/2010 alega nuevamente que se designa un Secretario del área del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS y no se forma el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, además de alegar que no se fundó adecuadamente la resolución en razón a lo dispuesto por la Resolución MEyFP N° 38/2008; ii) Contra la Resolución SPE N° 14/2010 alega que en sus considerandos se expresa que la operación se encuentra sujeta al control previo previsto por el Artículo 8° de la Ley N° 25.156, sosteniendo que "(...) el fallo del 1° de 2010 no ordenó tal cosa ni tampoco lo hizo el Señor MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS en la Resolución 82/2010". Es de destacar que contra la Resolución CNDC N° 30/2010 no presenta argumento alguno, aunque en el encabezado del mismo, hace mención de tal planteo.

435. También, alegan las nulidicentes que dichas resoluciones estarían viciados por falta de causa. Sostiene, tanto contra la Resolución MEyFP N° 82/2010 y la Resolución SPE N° 14/2010, no resolverían conforme al fallo del 1° de febrero de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, entendiendo que dicha Cámara habría ordenado que el nuevo pronunciamiento debería ser dictado por el Tribunal de Defensa de la Competencia.

436. A continuación, las nulidicentes alegan que tanto la Resolución MEyFP N° 82/2010 y la Resolución SPE N° 14/2010 tendrían vicios en el procedimiento.

437. Finalmente, plantean las nulidicentes la nulidad de la Resolución SPE N° 14/2010 por confirmar la Resolución CNDC N° 4/2009.

VII.c. Nulidad planteada por TELECOM ITALIA S.p.A. y POR TELECOM INTERNATIONAL N.V.

438. TELECOM ITALIA S.p.A. y TELECOM INTERNATIONAL N.V. al igual que las nulicicentes vistas en el apartado anterior, alegan que las resoluciones incumplen la Sentencia de la Sala A, debiendo proceder el Poder Ejecutivo Nacional a designar al TNDC.

439. TELECOM ITALIA S.p.A. y TELECOM INTERNATIONAL N.V. alegan también que la Resolución MEyFP N° 82/2010 es nula por vicio de incompetencia, y por ende también lo serían las Resoluciones SPE N° 14/2010 y CNDC N° 30/2010. La supuesta incompetencia estaría dada por no ser competente el Señor MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS para el dictado de tal resolución: i) por incumplir la manda judicial de la Cámara Nacional De Apelaciones en lo Penal Económico del 1° de febrero de 2010 en cuanto entienden que no sólo se debe apartar al Señor SECRETARIO DE COMERCIO INTERIOR, sino que también se debe suspender la sustanciación de los presentes actuados hasta tanto el Poder Ejecutivo Nacional conforme el TNDC; ii) Para el caso de que la interpretación anterior no sea la correcta, igual niegan que el Señor MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS sea la autoridad de aplicación de la ley 22.262, por la cual la delegación que ahora se concreta mediante la Resolución 82 sería nula, ya que importaría atribuirse facultades que el ministro no posee.

440. En razón de lo antes expuesto, alegan las nulidicentes en este punto que el Señor SECRETARIO DE POLÍTICA ECONÓMICA no estaría facultado para actuar como autoridad de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia.

ES COPIA
LUCIA GENTILE
Dirección de Despacho

FOLIO 11351
MA. VICTORIA DIAZ VE
SECRETARIA LETRADA
COMISION NACIONAL DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA

441. A continuación, las nulidicentes manifiestan que esta CNDC estaría impedida de continuar actuando en este expediente, poniendo en boca de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico que este organismo se encontraría apartado por expresa disposición de ella.

442. Seguidamente alegan las nulidicentes que las resoluciones dictadas violan el derecho su derecho de defensa.

443. Y finalmente, manifiestan que la operación de concentración económica tratada en el presente expediente, no debió de haber sido notificada.

VII.d. Nulidad planteada por TELECOM ARGENTINA S.A., TELECOM PERSONAL S.A., SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. y NORTEL INVERSORA S.A.

444. TELECOM ARGENTINA S.A., TELECOM PERSONAL S.A., SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. y NORTEL INVERSORA S.A., al igual que las reseñadas en el apartado anterior, sostienen que las resoluciones recurridas adolecen de vicio de incompetencia y por lo tanto son insanablemente nulas, dado que el Señor MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS no podría modificar las disposiciones de la ley 25.156 y designar él la autoridad de aplicación de dicha ley.

445. También sostienen que el Señor SECRETARIO DE POLÍTICA ECONÓMICA no es ni puede actuar como si fuera la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR.

446. Asimismo, sostienen que la CNDC habría quedado al margen de la investigación de la "Operación Telco", en virtud de las disposiciones de la sentencia dictada por la Sala A, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico.

447. Sostienen que la integración del TNDC no es una cuestión facultativa del Poder Ejecutivo Nacional, y que en virtud de los términos de la sentencia dictada por al Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, el TNDC debe ser integrado.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148
FOLIO 11352
SECRETARÍA LETRADA
COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

448. Manifiestan que en las resoluciones atacadas, el Poder Ejecutivo Nacional, sería discrecional y arbitrario al ratificar que la "Operación Telco" se encuentra sujeta al control previo en los términos del Artículo 8° de la Ley N° 25.156, sin haber sustanciado el procedimiento como lo ordenará la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico ya referenciada.

449. Asimismo, sostienen las nulidicentes que las resoluciones violan el derecho de defensa del Grupo TELECOM ARGENTINA.

450. Además argumentan que las resoluciones MEyFP N°82/2010, SPE N° 14/2010 y CNDC N° 30/2010 significan un prejuzgamiento que conllevan la nulidad de las mismas.

451. Finalmente, sostienen que la Operación Telco no es una concentración económica que debe ser notificada en los términos del Artículo 8° de la Ley N° 25.156.

VII.e. Consideración sobre las presentaciones y el representante legal de las empresas TELECOM ARGENTINA S.A., TELECOM PERSONAL S.A., SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. y NORTEL INVERSORA S.A.

452. Previo a contestar los argumentos que sustentan las nulidades planteadas por las partes, debe dejarse asentado que la presentación de los alegatos realizado por el Dr. Julio César RIVERA, en representación de TELECOM ARGENTINA S.A. y TELECOM PERSONAL S.A., y el Sr. Franco Alfredo Agustín Pablo LIVINI, en su calidad de Presidente de los Directores de SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. y NORTEL INVERSORA S.A., con el patrocinio del Dr. Julio César RIVERA, presentan consideraciones procesales que condicionarían su planteo de nulidad.

453. Así, como se aprecia del relato de las actuaciones puede observarse que el Dr. Julio César RIVERA (h) en representación de TELECOM ARGENTINA S.A., TELECOM PERSONAL S.A. y NORTEL INVERSORA S.A., en la presentación efectuada con fecha 18 de marzo de 2010, manifestó: "(...) mis mandantes

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

11353

COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

carecen de legitimación para intervenir en la especifica articulación suscitada a partir del planteo de nulidad deducido contra la Resolución 30/2010 de esta CNDC. En subsidio, siguiendo las mismas instrucciones, mis mandantes dejan planteado que de los elementos adjuntos no se advierte la existencia de vicio alguno susceptible de generar nulidad.".

454. En la misma fecha se presentó el Sr. Ricardo Alberto FERREIRO, en su calidad de Vicepresidente en ejercicio de NORTEL INVERSORA S.A., y manifestó que: "...2. Frente al traslado ordenado respecto de los planteos de nulidad referidos, cabe señalar a vuestra CNDC que la sociedad que actualmente presido carece de interés y legitimación sustancial alguna en el marco de dichos planteos. Ello así pues la resolución reputada como nula ha sido emitida oficiosamente por esta Comisión sin intervención ni a requerimiento de las sociedades del Grupo Telecom Argentina. Por lo demás, no obstante que la sociedad que actualmente presido ha sido destinataria de la providencia cuya nulidad se persigue, el derecho de defensa de Nortel no se vería comprometido aún en el caso en que dicha resolución fuera –eventualmente- declarada nula. 3. Así las cosas, Nortel no procederá a contestar el traslado conferido por carecer de interés y legitimación alguna para intervenir en las incidencias articuladas por sociedades distintas a ellas y contra una resolución cuyo dictado no ha sido requerido por mi representada.".

455. Finalmente, en la misma fecha antes referenciada se presentó el Sr. Franco Alfredo Agustín Pablo LIVINI, en su calidad de Presidente del Directorio de SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. y NORTEL INVERSORA S.A., junto con el patrocinio letrado de Jorge L. Pérez, quien a su vez se presentó como presidente de TELECOM PERSONAL S.A., manifestando que se encontraban vigentes en sus cargos, y contestan el traslado conferido coincidiendo en los planteos efectuados por SINTONIA S.p.A., MEDIOBANCA S.p.A., INTESA SANPAOLO S.p.A., ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., EDIZIONE S.r.l. , TELECOM ITALIA S.p.A., TELECOM INTERNATIONAL N.V. y TELCO S.p.A.

456. Asimismo, a fs. 7210/72/11 del presente expediente consta la resolución de fecha 8 de marzo de 2010 dictada por el Señor Juez a cargo del Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal N° 6 en el expediente "W DE ARGENTINA

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

FOLIO 11354

INVERSIONES SL- INC. EJEC MED (26-VIII-09) C/ TELECOM ITALIA S.p.A. Y OTRO S/ MEDIDA CAUTELAR (AUTÓNOMA)", que dispuso "...4. Precisar, en los términos de la medida cautelar dictada, que los directores designados a instancia de Telecom Italia S.p.A. y Telecom Italia International N.V. en Sofora Telecomunicaciones S.A., Nortel Inversora S.A., Telecom Argentina S.A. y Telecom Personal S.A. no podrán realizar ningún acto relacionado con la designación, reemplazo y remoción de directores."

457. Teniendo en cuenta lo dispuesto por el Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal N° 6, y las contradicciones en cada una de las presentaciones efectuadas por los apoderados y representantes de TELECOM ARGENTINA S.A., TELECOM PERSONAL S.A., SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. y NORTEL INVERSORA S.A., tendría que tenerse por desistida la nulidad planteada por estas partes. Pero, en vista de que sus argumentos no difieren en demasía con los restantes nulidicentes, y a efectos de salvaguardar el derecho de defensa a continuación se procederá a contestar a los mismos.

VII.f. Contestación de los planteos de nulidad.

458. Ante tales argumentos, que afectan la validez de las resoluciones mencionadas, este organismo debe abocarse a contestar los mismos, y frente a la similitud de los argumentos vertidos por todas las partes nulidicentes esta CNDC a continuación procederá a evaluar y contestar sus dichos.

459. Preliminarmente, debe distinguirse dos cuestiones: i) la ley 19.549, del Procedimiento Administrativo, no es de aplicación a la Autoridad de Aplicación de la Ley N° 25.156, en virtud del Artículo 57 de dicha norma; ii) Todo cuestionamiento que las partes tengan con respecto a la Resolución MEyFP N° 82/2010, previo a la sustanciación judicial debería agotar la vía administrativa.

460. En virtud de lo mencionado, las alegaciones de las nulidencentes con respecto a los supuestos vicios en el cumplimiento del Artículo 7° de la Ley N°

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

FOLIO 11355

19.549 por parte de las resoluciones SPE N° 14/2010 y CNDC N° 30/2010, no son atacables por la vía administrativa, debiendo resolverse en la presente instancia, según los argumentos que seguidamente se verán.

461. En cuanto a la Resolución MEyFP N° 82/2010, se destaca que la presente no es la vía correspondiente para plantear la nulidad de dicha norma, debiendo atacarla por la vía administrativa correspondiente, ésta sí amparada por la Ley N° 19.549, aunque como se verá seguidamente las alegaciones de las partes no tienen fundamento valedero.

462. Entonces, debe resaltarse que todos y cada uno de los fundamentos vertidos por las partes nulidicentes al atacar las resolución referenciadas parten de una premisa totalmente falsa, la cual es que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico prohibió actuar al MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS y por ende a este organismo en los presentes actuados.

463. En efecto, la mayoría de la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico dispuso expresamente: "...1°) Anular la resolución que es materia de apelación y disponer que por intermedio de quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento, previa la sustanciación pertinente. 2°) Librar oficio a la Secretaría de Superintendencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para que por intermedio de ese tribunal se curse una comunicación al Poder Ejecutivo Nacional a fin de que proceda a integrar el organismo que debe aplicar y controlar el cumplimiento de la Ley de Defensa de la Competencia.".

464. Como puede apreciarse, en ningún momento la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico vincula ambos numerales o condiciona la aplicación de uno a la producción del otro, como pretenden interpretar las nulidicentes.

465. Además, puede estimarse que la decisión a la que arriba la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico es de índole institucional, que las trata en los numerales 8, 9 y 10 de su fallo, previo a introducirse en el análisis de los agravios propiamente dichos de las partes apelantes, quienes ni siquiera habrían planteado la cuestión ante dicho tribunal. Asimismo, en los numerales 11

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

FOLIO 1356

a 18, previo a resolver, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico al referirse al funcionario causante del vicio, se refiere tan sólo del accionar del Señor SECRETARIO DE COMERCIO INTERIOR y no al de este organismo.

466. De lo que se colige, que Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico al solicitar a la Secretaria de la Superintendencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que se curse una comunicación a efectos que se proceda a integrar el Tribunal de Defensa de la Competencia, ha tomado una postura institucional, como lo ha hecho ya en otras actuaciones, pero de ningún modo puede derivarse que ha determinado que se suspendan todas las actuaciones hasta que se constituya el TNDC, y apartando en consecuencia al actual organismo técnico especializado en materia de competencia.

467. La interpretación de las nulidicentes redundaría en la paralización del análisis de competencia en la República Argentina, menoscabándose un derecho constitucional, amparado por el Artículo 42 de nuestra Carta Magna, situación que no pudo ser la querida por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, más aun cuando la opinión de dicho tribunal, en cuanto a la constitución del TNDC, no habría sido objeto de agravio de ninguna de las apelantes ante ella.

468. Asimismo, tampoco puede pasar desapercibido que una interpretación acorde a lo planteado por las nulidicentes redundaría en la derogación vía judicial del Artículo 58 de la Ley N° 25.156.

469. En tal sentido, se vuelve imprescindible advertir que el artículo 58 de la Ley N° 25.156 expresa clara y contundentemente lo siguiente: "Derógase la Ley 22.262. No obstante ello, las causas en trámite a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, continuarán tramitando de acuerdo con sus disposiciones ante el órgano de aplicación de dicha norma, el que subsistirá hasta la constitución y puesta en funcionamiento del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia. Asimismo, entenderá en todas las causas promovidas a partir de la entrada en vigencia de esta Ley. Constituido el Tribunal, las causas serán giradas a éste a efectos de continuar con la substanciación de las mismas".

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

-148
FOLIO 11357
Dra. MARIA VICTORIA DIAZ VERA
SECRETARIA LETRADA
COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

470. La norma sub examine es clara atento a que estipula de forma explícita que, si al momento de la entrada en vigencia de la Ley N° 25.156 no se constituyó el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, las causas serán instruidas por la autoridad de aplicación creada por la Ley N° 22.262, que es la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia y el Secretario de la cartera correspondiente.

471. Dicha concepción es compartida por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala I, en cuanto dispuso: "...no ejerce funciones de superintendencia sobre la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia –en los términos del art. 127 del Código Procesal Penal de la Nación-, atendiendo a que se trata de un organismo desconcentrado de la administración y no de un Juez en lo Civil y Comercial Federal...la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia integra y mantiene una relación de subordinación en la estructura administrativa del Ministerio de Economía y de la Nación...organización en la cual –a su vez- existen funcionarios que tienen supremacía administrativa sobre la Comisión y ejercen la referida superintendencia"[17].

472. De este modo, la Ley N° 25.156, que crea en su seno el TNDC, estableció que, hasta tanto se formalice el nacimiento del mencionado Tribunal, la autoridad de aplicación de la ley 22.262, quedó instituida como autoridad de aplicación de la nueva normativa.

473. Al apartarse de la causa por decisión judicial a la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR, el Señor MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS debió nombrar a quien supliría a aquella como autoridad de aplicación de la Ley N° 25.156, nombrando en este caso mediante su Resolución N° 82/2010 a la SECRETARÍA DE POLÍTICA ECONÓMICA.

474. Así, el Señor SECRETARIO DE POLÍTICA ECONÓMICA fue instituido expresamente como parte de la autoridad de aplicación en los presentes autos del régimen de Defensa de la Competencia, cuyo marco normativo se encuentra

[17] Cámara Nacional Civil y Comercial Federal Sala I, Expediente "JP MORGAN OVERSEAS CAPITAL CORPORATION Y OTROS s/ RECURSO DE QUEJA POR REC. DIRECTO DENEGADO", causa 5055/09, del 26 de noviembre de 2009.

conformado por la ley 25.156, su normativa reglamentaria y el artículo 42 de la Constitución Nacional, todo ello, hasta tanto se conforme el TNDC.

475. Todo ello es así, en razón de que no puede concebirse la posibilidad de que una ley se encuentre en vigencia pero no pueda ser efectivamente aplicada.

476. El propio legislador quiso inteligentemente que tal contradicción no se produzca, y por ello facultó a la autoridad de aplicación de la Ley N° 22.262 para que ejecute la Ley N° 25.156, hasta el momento en que se constituya el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, cuya conformación fue delegada al Poder Ejecutivo Nacional toda vez que se trata de un Tribunal Administrativo.

477. Frente a tales circunstancias, los argumentos vertidos por las nulidicentes carecen de sustrato lógico y tergiversan lo expresado por el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, intentando con el mismo dejar sin efecto las disposiciones de una ley dictada por el Poder Legislativo sin dar mayores precisiones ni fundamentos, buscando se produzca un vacío institucional, donde ellos puedan actuar sin el control de la competencia correspondiente. Control que han querido evitar con argumentos parciales, dilatorios e incluso contradictorios a fin de evitar someterse a la Autoridad de Aplicación de la Ley N° 25.156, comportamiento que no han tenido en otras jurisdicciones –caso de Alemania y Brasil, valga como ejemplo- aún cuando es en la Argentina donde se podrían producir los efectos más adversos en la competencia por la consumación de la mentada operación, en razón de la cantidad e importancia estratégica de los mercados involucrados.

478. En consecuencia, la premisa en que se funda la nulidad resulta claramente falsa, dado que en ningún momento se ha producido la inobservancia de la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, del 1° de febrero de 2010, y en consecuencia no procede la nulidad ante los argumentos vertidos.

479. Asimismo, las partes mal alegan que la designación del Señor SECRETARIO DE POLÍTICA ECONÓMICA, y de la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA como organismo técnico especializado, significará denegación de justicia y arbitrariedad, toda vez que cualquier decisión

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

FOLIO 1359
SECRETARIA LETRADA
COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

a la que arribe tanto esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA como el Señor SECRETARIO DE POLÍTICA ECONÓMICA podrá ser recurrida ante la alzada correspondiente, dándose a estos actos el control judicial suficiente.

480. Además, que este organismo esté especializado en derecho de la competencia no convalida que las nulidicentes lo tilden de comisión especial, entendida esta como constituida al efecto sin garantías legales ni procedimiento que observar, que se dedique a realizar "...atrocidades y arbitrariedades...", llevando adelante una supuesta casa de brujas sobre aquellos. Por el contrario, esta Comisión Nacional, como órgano jurisdiccional, es un organismo técnico especializado en analizar los problemas de estructura que la operación podría acarrear para los mercados involucrados, cuyos dictámenes son analizados, en este caso, por el Señor SECRETARIO DE POLÍTICA ECONÓMICA, y cuyas resoluciones son revisadas por el poder judicial en forma extensa, todo ello dentro del marco normativo de la Ley N° 25.156 y el Código Procesal Penal de la Nación como norma supletoria de aquella.

481. En efecto, las partes de la operación, como así también las empresas objeto de la misma, tienen la posibilidad, y así lo han hecho en más de una oportunidad, de impugnar por ante la justicia y conforme lo dispone el Artículo 52 de la ley 25.156, toda resolución de esta Comisión Nacional, del Señor SECRETARIO DE COMERCIO INTERIOR, del Señor SECRETARIO DE POLÍTICA ECONÓMICA e incluso del Señor MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS que consideraron y consideren equivocada, arbitraria y/o ilegítima.

482. Como se puede apreciar inmediatamente de lo expuesto, al rechazarse la premisa de la que parten las nulidicentes, según la cual el Señor MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS no podría nombrar a la autoridad de aplicación en remplazo del Señor SECRETARIO DE COMERCIO INTERIOR por incumplir la manda judicial de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico del 1° de febrero de 2010, y que se debería suspender la sustanciación de los presentes actuados hasta tanto el Poder Ejecutivo Nacional conforme el TNDC, los planteos de nulidad efectuados resultan ser

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

FOLIO
1360

SECRETARIA LETRADA
COMISION NACIONAL DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA

improcedentes.

483. Ahora bien, con relación al supuesto de incompetencia, en cuanto el Señor MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS no sería la autoridad de aplicación de la ley 22.262, por la cual la delegación que ahora se concreta mediante la Resolución MEyFP N° 82/2010 sería nula, ya que importaría atribuirse facultades que el Ministro no poseería, debe decirse que tal pretensión es ostensiblemente inverosímil.

484. Las nulidicentes sostienen subsidiariamente que las únicas autoridades de aplicación de la Ley N° 25.156 son el Señor SECRETARIO DE COMERCIO INTERIOR y esta Comisión Nacional, por lo tanto al apartarse al mencionado Secretario quedaría virtualmente suspendido el procedimiento del análisis de la operación al no haber nadie que pueda resolver. Este planteo no es inesperado, al contrario, es una de las tantas solicitudes que son carentes de asidero legal, proporción o razonabilidad, efectuado por las partes.

485. En el orden jerárquico de la Administración Pública, el Señor SECRETARIO DE COMERCIO INTERIOR tiene sus atribuciones específicas aunque no deja de depender de su superior jerárquico, que no es otro que el Señor MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS. Al ser apartado el Señor SECRETARIO DE COMERCIO INTERIOR de la causa y debiendo dictar un nuevo pronunciamiento previa sustanciación pertinente por intermedio de quien corresponda, tal como ordenó la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, es el Señor MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS quien, dentro de sus atribuciones, debe avocarse a entender en la cuestión o encomendar a un subordinado que entienda en la misma.

486. Sería completamente irrazonable, que apartado un Secretario del conocimiento de un expediente, el superior inmediato no pueda avocarse a este o designar un funcionario idóneo para entender en el mismo, más aun cuando de la lectura de la Ley N° 22.262 puede apreciarse que no existe dicha restricción. Efectuando una analogía, se llegaría al absurdo jurídico que desplazado un juez, la justicia no pueda nombrar a otro para que entienda en una causa, produciéndose en consecuencia una denegación de justicia. En efecto, este

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

FOLIO 1361

concepto-valor no tiene un destinatario determinado, sino que por el contrario su destinatario son todas las partes involucradas y la sociedad en general, por lo tanto las nulidicentes no pueden presentarse como los únicos destinatarios de esta, como al parecer pretenden representar.

487. Esta solución no sólo es razonable, principio rector del derecho administrativo, sino que también es legal. Así, la Ley de Ministerios (LEY 22.520, TEXTO ORDENADO POR DECRETO 438/92) reza: "...Artículo 4.- Las funciones de los Ministros serán: ...b) En materia de su competencia: 1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución Nacional y la legislación vigente; 2. Orientar, en forma indicativa, las actividades del sector privado vinculadas con los objetivos de su área; 3. Promover y fortalecer la iniciativa privada en función del bien común a través de la coordinación de las funciones y acciones de sus organismos dependientes y las de éstos con las de los del ámbito privado;... 9. Resolver por sí todo asunto concerniente al régimen administrativo de sus respectivos Ministerios ateniéndose a los criterios de gestión que se dicten y, adoptar las medidas de coordinación, supervisión y contralor necesarias para asegurar el cumplimiento de las funciones de su competencia;...Artículo 19. - Compete al Ministerio de Economía a asistir al Presidente de la Nación en todo lo inherente al desarrollo de las actividades económicas, a la promoción de los intereses económicos nacionales, y en particular: ....punto 32. Entender en la supervisión de la libertad de los mercados de la producción del área de su competencia, interviniendo en los mismos en los casos de su desvirtuación a través de la existencia de monopolios, oligopolios o toda otra forma de distorsión;... 47 Entender en la elaboración, aplicación y fiscalización de los regímenes de las actividades comerciales, primando criterios de libre iniciativa y de respeto total a los mercados;...".

488. Por lo cual, no se puede alegar que no exista una norma expresa que justifique al Señor MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS a dictar la Resolución MEyFP N° 82/2010.

489. Otro de los argumentos esgrimidos por las nulidicentes es que las resoluciones violan su derecho de defensa. Es difícil sostener que el cumplimiento de una manda judicial, por la cual se les otorgó vista de las actuaciones a todas

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

FOLIO 1362

MARIA VICTORIA DIAZ VERA
SECRETARIA LETRADA
COMISION NACIONAL DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA

las partes intervinientes en una operación de concentración económica y a los objetos de la misma a fin de que manifiesten y ejerzan todos los derechos que estimen corresponder, viole el derecho de defensa, por el contrario, dicha vista ratifica el ejercicio de tal derecho. Resulta llamativo que este caso, cuando la Autoridad de Aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia procedió a dar intervención en las actuaciones a las empresas objeto de la operación, estas se agravien por no poder ejercer su derecho de defensa en la oportunidad que corresponda, que no es otra que esta. Más aún cuando la falta de intervención de TELECOM ITALIA S.p.A. y TELECOM INTERNATIONAL NV. fue el argumento, y no otro, el que determinó que la Alzada anulara la Resolución SCI N° 483/2009.

490. Por otro lado, el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico referenciado en ninguno de sus puntos determina que nos encontremos ante una operación que no debió ser notificada. Por el contrario, aun cuando en las apelaciones interpuestas ante dicha Cámara había alegaciones en este sentido, negando la obligación de notificar la operación de marras, el fallo de la mayoría de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, ni siquiera entró en consideración de las mismas, determinando que tan sólo había que reconducir el procedimiento dando intervención a la empresa objeto de la operación. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico tan sólo anulo la Resolución SCI N° 483/2009, nunca se expidió sobre la obligación de notificar la operación, por lo tanto tal obligación subsiste desde el momento en que se perfeccionó la operación de marras, la cual tramita en los presentes actuados. A esto debemos agregarle que mediante Resolución del fecha 17 de junio de 2010 emitida en los autos caratulados "SINTONÍA S.A. Y OTROS S/ REC. DE QUEJA POR APELACIÓN DENEGADA" que tramita ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico Sala A confirmó la obligación de notificación de las empresas concentradas en la presente operación. Por lo tanto, el planteo de las partes es contrario a lo dispuesto por el Tribunal de Alzada.

491. En consecuencia, la Resolución CNDC N° 4/2009 se encuentra plenamente vigente.

492. Asimismo, debe considerarse que la autoridad de aplicación del Expediente N° S01:0147971/2007, del Registro del ex MINISTERIO DE

ESCOPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

FOLIO 1363

ECONOMÍA Y PRODUCCIÓN, caratulado: "TELEFÓNICA DE ESPAÑA, OLIMPIA Y OTROS s/ DILIGENCIA PRELIMINAR (DP N° 29)", continúan siendo el SEÑOR SECRETARIO DE COMERCIO INTERIOR y esta Comisión Nacional, por lo tanto el planteo efectuado por las nulidicentes en cuanto a la confirmación del acto efectuado por este organismo resulta ser abstracto.

493. Por lo expuesto, la reconducción del procedimiento ordenada por las resoluciones MEyFP N° 82/2010, SPE N° 14/2010 y CNDC N° 30/2010, se ha dispuesto en cumplimiento de la manda judicial ordenada por Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, en el fallo ya referenciado, por medio de las cuales se ha dado vista de las actuaciones a las partes de la operación y a las objeto de la misma, a fin de que efectúen todas las alegaciones que consideren pertinentes, a fin de garantizar su derecho de defensa.

494. Asimismo, las partes de la operación han llevado a cabo la misma en el extranjero la cual tiene efectos en el país, tal como se verá más adelante cuando se evalúen los efectos de la operación, que debió ser notificada a esta CNDC por aplicación del principio de realidad económica, previsto especialmente en el Artículo 3° de la Ley 25.156, la cual puede ser resuelta por el Artículo 13, inciso a), b) o c) del mismo cuerpo normativo. Si el caso llegara ha ser resuelto por el inciso b) o c) de dicho Articulo, es un álea que las empresas involucradas y los objetos de la operación deben soportar, por el peligro que dicha operación pudiera acarrear a la estructura del mercado involucrado.

495. El problema es que desde un comienzo las partes no están dispuestas en solventar dicho álea del negocio, para lo cual han intentado abstraerse de la jurisdicción argentina de competencia mediante innumerables argucias legales. Para ello, efectúan este tipo de planteos, que parten de premisas equivocadas, que no hacen otra cosa que desgastar los recursos jurisdiccionales administrativos y judiciales, al tener que analizar de variadas formas los mismos planteos jurídicos en cada oportunidad que se intenta avanzar en el análisis de fondo de la operación de marras, la cual podría conllevar graves problemas de competencia en el mercado involucrado, causando efectos negativos a la competencia en el país.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

FOLIO 1364
COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

496. Por ello, en cuanto a la interpretación que efectúa el apoderado de TELECOM ITALIA S.p.A. y TELECOM INTERNATIONAL S.p.A., la sentencia de la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico en ningún momento ha dicho expresamente que sea el TNDC quien deba resolver este caso en particular. Situación que sería una derogación de lo dispuesto en la propia ley de defensa de la competencia.

497. Las partes no pueden pretender consolidar una posición de control que afecta la estructura del mercado, con la sola excusa que no esta conformado el TDCN, cuando el propio legislador facultó a la autoridad de aplicación de la Ley N° 22.262 para que ejecute la Ley N° 25.156, hasta el momento en que se constituya dicho Tribunal, cuya conformación fue delegada al Poder Ejecutivo Nacional toda vez que se trata de un Tribunal Administrativo.

VII.g. Conclusiones

498. Por lo tanto, en razón de todo lo expuesto precedentemente, la Resolución MEyFP N° 82/2010, la Resolución SPE N° 14/2010 y la Resolución CNDC N° 30/2010, se ajustan a lo ordenado por el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico del 1° de febrero de 2010, por lo que debe aconsejarse al Señor SECRETARIO DE POLÍTICA ECONÓMICA que rechace los planteos de nulidad interpuestos por EDIZIONE S.r.l., SINTONIA S.A., MEDIOBANCA S.p.A., INTESA SANPAOLO S.p.A., ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., TELCO S.p.A., TELECOM ITALIA S.p.A., TELECOM INTERNATIONAL N.V., SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A., NORTEL INVERSORA S.A., TELECOM ARGENTINA S.A. y TELECOM PERSONAL S.A., por improcedentes.

VIII. PRESENTACIONES REALIZADAS EN VIRTUD DE LA RESOLUCIÓN CNDC 30/10.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

FOLIO 1365

COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

499. En el siguiente apartado, esta Comisión Nacional analizará las presentaciones realizadas por las partes en virtud de los traslados y vistas conferidos a partir del dictado de la Resolución emitida por este Organismo N° 30/10.

500. El desarrollo en esta oportunidad no implicará el análisis de los argumentos esgrimidos por las partes, lo cual será realizado en parágrafos separados.

501. Por último, cabe resaltar que esta Comisión analizará los argumentos esgrimidos por todos los representantes de las firmas que se hayan presentado en las presentes actuaciones, más allá de la validéz de sus actos, a fin de evitar futuros planteos de nulidad o semejantes por violación al derecho de defensa y debido proceso.

VIII.a. Presentación efectuada por TELECOM ITALIA S.p.A y TELECOM INTERNATIONAL N.V.

502. Con fecha 29 de marzo de 2010, TELECOM ITALIA S.p.A y TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V. realizaron una presentación de acuerdo a lo previsto en el Art. 1° de la Resolución CNDC N° 30/2010, en resguardo de los derechos de propiedad, defensa y debido proceso.

503. Manifiestan que el Poder Ejecutivo consideró que la "Operación Telco" constituye una concentración que provoca efectos distorsivos para la competencia, entendiendo equivocadamente que TELEFÓNICA S.A. controla TELEFÓNICA DE ARGENTINA S.A. y al mismo tiempo, podría controlar o ejercer influencia sustancial en TELECOM ARGENTINA S.A., ambas sociedades competidoras en Argentina.

504. Por el contrario, sostienen que TELEFÓNICA S.A. no controla ni ejerce influencia ni en TELCO S.p.A. ni en TELECOM ITALIA S.p.A., y por ende, tampoco en el GRUPO TELECOM ARGENTINA, habiendo las compradoras, adoptado medidas para despejar cualquier duda sobre la posible influencia en el

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

FOLIO 1366

COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

GRUPO TELECOM ARGENTINA a través de la participación minoritaria indirecta en TELECOM ITALIA S.p.A.

505. Asimismo consideran que no pueden ser pasibles de las consecuencias de la Operación Ttelco por: a) no ser causantes de la supuesta operación de concentración, siendo terceros, b) las medidas que pretendan disponerse como consecuencia de la operación deben afectar única y exclusivamente a la entidad que causó la operación, en el caso, TELEFÓNICA S.A., c) TELECOM ITALIA S.A. y TELEFÓNICA S.A. son dos entidades separadas y autónomas.

506. Aclaran que de conformidad por lo resuelto por la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico en su decisión de fecha 1 de febrero de 2010, ésta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA se encuentra impedida de continuar entendiendo en los presentes actuados.

507. Por otra parte, advierten que tanto el SECRETARIO DE POLÍTICA ECONÓMICA como el Sr. MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS DE LA NACIÓN, e inclusive los miembros de ésta Comisión Nacional se encuentran impedidos de actuar en el presente por haber incurrido en prejuzgamiento en los términos del Art. 55 inc. 10 de Código Procesal Penal de la Nación, siendo la autoridad de aplicación competente, el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia.

508. Por ende, no consienten la actuación de éste Organismo, como así tampoco del Secretario de Política Económica o del Ministro del Economía y Finanzas Públicas de la Nación o de cualquier otro funcionario o autoridad que no sea el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, manteniendo los recursos oportunamente interpuestos, destacando que todo lo actuado como consecuencia de las Resoluciones Nros. 14/10, 82/10 y 30/10 del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS, de la SECRETARÍA DE POLÍTICA ECONÓMICA y de esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCAI respectivamente, es nulo de nulidad absoluta.

509. Sin perjuicio de ello, consideran que en razón de que toda la prueba producida en el expediente de referencia como en la Diligencia Preliminar ha sido producida sin participación y control de las presentantes, destacan que las mismas no son aceptadas ni consentidas, entendiendo que las mismas les

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

FOLIO 11367

resultan inoponibles, no pudiendo ser objeto de valoración y debiéndose permitir el amplio derecho de defensa, conforme lo ordenado por la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, a través de la nueva realización de la prueba producida como así también permitiendo la producción de la prueba actualmente ofrecida.

510. Como consecuencia de ello, solicitan expresamente que producida la prueba ofrecida, se corra nueva vista y se permita a las presentantes ampliar la presentación y las explicaciones brindadas.

511. Destaca que TELECOM ITALIA S.p.A. es uno de los principales operadores de telecomunicaciones (fijas, móviles, Internet y media) del mundo y constituye el más importante operador del sector en Italia, teniendo operaciones en otros países del mundo.

512. Que TELECOM ITALIA S.p.A. tiene una participación accionaria, directa e indirecta, del 50% en SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A., siendo el restante porcentaje accionario detentado por W. DE ARGENTINA INVERSIONES SL, con el 48%.

513. Además de sus acciones en SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A., TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V. tiene una opción para adquirir de W. DE ARGENTINA INVERSIONES SL la totalidad de la participación de ésta última en SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A., conforme un contrato de opción de compra firmado en el año 2003, por el que TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V. pagó a W. DE ARGENTINA INVERSIONES SL la suma de U$S 60 millones, hasta el momento repudiado por éstos últimos.

514. Por su parte, SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. posee el 67,78% de las acciones de NORTEL INVERSORA S.A., y ésta participa del 54,74% del capital accionario de TELECOM ARGENTINA. S.A., la cual es titular del 99,99% del TELECOM PERSONAL S.A.

515. En septiembre de 2001, se concretó la adquisición por parte de OLIMPIA S.p.A. del 26,98% de las acciones de OLIVETTI S.p.A., a su vez titular del 54,94% del capital social de TELECOM ITALIA S.p.A.

516. En el año 2007, PIRELLI & C. S.p.A, SINTONIA S.p.A y SINTONIA S.A. eran titulares de 100% de las acciones de OLIMPIA S.p.A., ésta última titular del 17,99% del capital accionario de TELECOM ITALIA S.p.A.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

1368

517. Con fecha 28 de abril de 2007 PIRELLI & C. S.p.A., SINTONIA S.p.A. y SINTONIA S.A., como vendedores, suscribieron un "Acuerdo de compraventa de acciones" de su participación accionaria en OLIMPIA S.p.A. con ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A, SINTONIA S.A., INTESA SANPAOLO S.p.A, MEDIOBANCA S.p.A y TELEFÓNICA S.A., como compradoras, bajo la cual se comprometieron a vender OLIMPIA S.p.A. a las compradoras.

518. Para ello, las compradoras constituyeron TELCO S.p.A, sociedad que sería accionista de OLIMPIA S.p.A. Actualmente TELCO S.p.A. es titular del 22,45% de las acciones de TELECOM ITALIA S.p.A., dado que SINTONIA S.A. no es más accionista de TELCO S.p.A., habiendo devenido ésta última en accionista directo de TELECOM ITALIA S.p.A., TELEFÓNICA S.A. sigue manteniendo una participación minoritaria en TELCO S.p.A.

519. El 28 de abril de 2007, las compradoras suscribieron un "Contrato de Co-Inversión" y un "Acuerdo de Accionistas" para reglar las relaciones con TELCO S.p.A., conteniendo previsiones sobre el gobierno de TELCO S.p.A. y de OLIMPIA S.p.A., nominación de directores en TELECOM ITALIA S.p.A. y la transferencia de acciones de TELCO S.p.A.

520. La Operación Telco fue cerrada el 25 de octubre de 2007, cuando el Director General de la Comisión Europea concluyó que la operación no constituía una operación de concentración, ya que ninguna de las compradoras de forma individual o conjunta, adquiría el control de TELECOM ITALIA S.p.A., y por ende de TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V.

521. Con posterioridad, TELCO S.p.A. absorbió por fusión a OLIMPIA S.p.A. Por ello, y como consecuencia de la OPERACIÓN TELCO y otros hechos posteriores, hoy TELCO S.p.A. sólo es titular del 22,45% de las acciones de TELECOM ITALIA S.p.A. mientras que el 77,55% restante del capital social de TELECOM ITALIA S.p.A. se encuentra en cabeza de otros accionistas que no tienen relación ni con TELCO S.p.A. ni con TELEFÓNICA S.A.

522. Resaltaron que las presentes actuaciones son consecuencia directa de un procedimiento no reglado legalmente, nominado por la CNDC como diligencia preliminar, iniciado para analizar la OPERACIÓN TELCO, y del cual las presentantes no fueron parte ni tuvieron acceso a la misma.

523. Que entendieron que en el transcurso de dicha diligencia preliminar, en lugar de controlar o formular órdenes contra las partes de la Operación Telco, la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA se dedicó a dictar resoluciones en directo perjuicio de TELECOM ITALIA S.p.A. y TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V. y que en nada afectan a TELEFÓNICA S.A.

524. De este modo, se dictó inicialmente la Resolución CNDC 123/08 y luego la Resolución CNDC 4/09.

525. Como TELECOM ITALIA S.p.A. y TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V. no son sujetos ni partes de la OPERACIÓN TELCO, sino objeto pasivo indirecto de la misma, no estaban obligadas a notificarla a la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA en los términos del Art. 8 de la Ley de Defensa de la Cometencia como así tampoco impugnarla o recurrir la Resolución CNDC 4/09. En efecto, las presentantes no fueron notificadas ni destinatarias de la mencionada resolución.

526. Por su parte, las partes de la Operación Telco apelaron la Resolución 4/09, la cual fue confirmada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico en lo que respecta a la obligación de notificar, pero sin perjuicio de ello, realizaron ante ésta CNDC la presentación prevista en el Art. 8 de la LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA formándose en presente expediente.

527. Sostienen que en forma sorpresiva e inaudita, al resolver el pedido de autorización presentado por las partes de la Operación Telco, con fecha 25 de agosto de 2009, la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR dictó la Resolución 483/2009 en la que se resolvió condicionar la aprobación de la Operación Telco a la desinversión de los activos y derechos directos e indirectos de TELECOM ITALIA S.p.A. y TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V. en SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A...

528. Tanto TELECOM ITALIA S.p.A. como TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V. apelaron la Resolución SCI 483/2009 y con anterioridad a que tal recurso fuera resuelto, el 6 de enero de 2010, la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA dictó la Resolución CNDC 1/10, receptada y aprobada por la SECRETARÍA de Comercio Interior por medio de la Resolución 3/10.

529. Entienden que con dichas resoluciones se reglamentó y puso en marcha el proceso para llevar a cabo la desinversión ordenada por medio de la Resolución

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

FOLIO 1370

SECRETARIA LETRADA
COMISION NACIONAL DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA

SCI 483/09, pero al hacerlo, tanto esta Comisión Nacional como la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR avanzaron por sobre las disposiciones de la resolución mencionada.

530. Frente a ello, las presentantes interpusieron un recurso de apelación en donde solicitaron la declaración de nulidad de las resoluciones y realizaron una presentación ante la Alzada en la que pidieron la suspensión cautelar de sus efectos, concedida en fecha 15 de enero de 2010.

531. Finalmente, la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico declaró la nulidad de a Resolución SCI 483/2009 en fecha 1 de febrero de 2010, ordenando se dicte un nuevo pronunciamiento, previa sustanciación y constitución del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, actualmente firme.

532. Sin embargo, entienden que las autoridades del Poder Ejecutivo Nacional han desoído la sentencia mencionada y procedieron a dictar las Resoluciones del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS N°82, de la SPE N° 14 y de la CNDC N°30 por las cuales no se constituye el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia pero se designa como autoridad de aplicación a la Secretaría de Política Económica, se insiste en que la CNDC debe seguir interviniendo en el procedimiento y análisis de la Operación Telco instruyéndola para que reconduzca el procedimiento y emita un dictamen, se confirma que la Operación Telco se encuentra sujeta al control previo previsto por el Art. 8 de la Ley de Defensa de la Competencia, es decir, que previo a la sustanciación ordenada por la Sala A, se concluye que TELEFÓNICA S.A. controla TELECOM ITALIA S.p.A., lo que consideran implica un prejuzgamiento por parte de la SECRETARÍA DE POLÍTICA ECONÓMICA y la CNDC.

533. Manifiestan que TELEFÓNICA S.A. no controla el directorio de TELCO S.p.A. al no tener mayoría. En efecto, de los diez directores que lo integran, tan solo cuatro son designados por TELEFÓNICA S.A., entre los cuales se incluye al vicepresidente. Los restantes son designados por las otras compradoras de común acuerdo, y el presidente deberá ser siempre elegido por unanimidad de ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., INTESA SANPAOLO S.p.A. y MEDIOBANCA S.p.A.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

534. En cuanto a las decisiones del directorio, las mismas se toman por simple mayoría con las excepciones enumeradas en el Art. 18.2 de los Estatutos de TELCO S.p.A., que requieren el voto favorable de siete directores, mas en todos los casos, se trata de derechos defensivos que no permiten tener influencia sustancial. De todos modos, si tres o mas directores se encuentran ausentes o se abstiene de votar, las decisiones se toman por mayoría simple.

535. En consecuencia, sostienen que TELEFÓNICA S.A. no controla ni puede controlar la voluntad de dicho órgano societario. Ello sin perjuicio de entender que la existencia o no de control debe ser analizada desde la órbita del derecho italiano.

536. Destacan que en la Opinión Consultiva N° 35, ésta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA dispuso que una sociedad que fuera titular del 30% de las acciones no podía ejercer influencia sustancial si tenía derecho a designar tres directores de diez y derecho de veto defensivo, con lo cual la situación de TELEFÓNICA S.A. en TELCO S.p.A. no variaría del precedente citado.

537. Por su parte, alegan que TELEFÓNICA S.A. tampoco puede bloquear las decisiones de la asamblea de accionistas de TELCO S.p.A., siendo TELEFÓNICA S.A. titular del 46,18 % de las acciones, mientras que las restantes compradoras poseen el 53,82% remanente.

538. Asimismo, en la asamblea de accionistas, de acuerdo al tipo de decisiones que deban tomarse se requiere el voto favorable del 75% de las acciones (para casos de incrementos de capital, fusiones y escisiones de TELCO S.p.A., modificaciones de los estatutos de TELCO S.p.A. sobre aspectos relacionados a la designación de directores o quórum de las reuniones de directorio o asamblea de accionistas) o el 65 % (para decisiones en asamblea extraordinaria o sobre política de dividendos de TELCO S.p.A.).

539. Para el caso de que uno o mas accionistas que representen el 30% de las acciones se abstenga de votar o se encuentre ausente, la cantidad de votos necesaria se reduce a, al menos, el 50% mas uno del capital social.

540. El resto de las decisiones de TELCO S.p.A., sea en asamblea de accionistas o en su directorio, se adoptan por mayoría simple, caso en el cual el voto de TELEFÓNICA S.A. no es necesario.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección De Despacho

COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

541. Por consiguiente, expresan que el voto positivo de TELEFÓNICA S.A. es necesario solamente para los casos en donde se requiere el voto favorable del 75% de las acciones y aun si TELEFÓNICA S.A. se abstuviera de votar o se encontrara ausente en alguna asamblea de accionistas, ello no significaría bloquear ningún tipo de decisión, ya que ello solo excluye la participación de TELEFÓNICA S.A. en la base de cálculo para el cómputo de los votos necesarios para adoptar la decisiones.

542. Manifiestan que TELEFÓNICA S.A. solo tiene derechos de veto defensivo en pocos casos. Además, tampoco se encuentra en condiciones de bloquear las decisiones de TELCO S.p.A., pues aun en el caso de que exista una divergencia de votos en la asamblea o directorio de TELCO S.p.A., se deberá llevar a cabo una nueva reunión cuya decisión será tomada por mayoría simple.

543. Por ello, el único derecho que asiste a TELEFÓNICA S.A. al igual que a los restantes accionistas de TELCO S.p.A., es caso de no estar de acuerdo con la decisión adoptada, es el de rescindir el Acuerdo de Accionistas, retirarse de TELCO S.p.A. y recibir acciones de TELECOM ITALIA S.p.A. en forma directa.

544. Destacan que la Comisión Europea consideró que la Operación Telco no implicó una concentración económica dado que ninguno de los accionistas de TELCO S.p.A., individual o conjuntamente, adquirió el control de TELECOM ITALIA S.p.A...

545. Asimismo, sostienen que las consideraciones realizadas por dicho órgano no pueden ser dejadas de lado, en la medida que la operación de referencia involucra una transferencia de acciones que se materializa en el extranjero y que tanto TELCO S.p.A. como TELECOM ITALIA S.p.A. son sociedades italianas, por lo que la operación se encuentra regulada por las normas de la Unión Europea, conforme lo prescripto en la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles y los Tratados de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1889 y 1940.

546. En consecuencia, si TELEFÓNICA S.A. a la luz del derecho italiano y de la comunidad europea no adquirió el control de TELECOM ITALIA S.p.A., dicha ausencia se proyecta a cualquier parte del mundo, toda vez que se trata de una única operación cuyos efectos son únicos, y más en Argentina donde la Ley de Defensa de la Competencia se inspira en la normativa comunitaria.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

FOLIO 1373

COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

547. Aclaran que ésta Comisión Nacional arribó a una conclusión diametralmente distinta a la dispuesta por la Comisión Europea respecto de la Operación Telco, no analizando la opinión de su par, y siendo dicho cambio, inadmisible toda vez que pone en jaque la seguridad jurídica y lesiona el derecho de los administrados a obtener decisiones razonadas y fundadas en el derecho vigente.

548. Expresan que TELEFÓNICA S.A. no controla el directorio de TELECOM ITALIA S.p.A. En efecto y de conformidad con los Estatuto de TELECOM ITALIA S.p.A. el directorio puede estar conformado por siete a diecinueve directores, de los cuales el único derecho que tiene TELEFÓNICA S.A. es nominar como máximo a dos directores del listado que proponga TELCO S.p.A.

549. De este modo, y en el hipotético caso de que los directores propuestos por TELEFÓNICA S.A. sean elegidos, el reducido número de directores de TELECOM ITALIA S.p.A. designados a instancias de TELEFÓNICA S.A., impide cualquier posibilidad de que TELEFÓNICA S.A. dirija o bloquee las decisiones que se tomen en el directorio de TELECOM ITALIA S.p.A., no siendo tampoco necesario dichos votos para la toma de decisiones.

550. Además, ni el estatuto de TELCO S.p.A., ni el estatuto de TELECOM ITALIA S.p.A. ni el Acuerdo de Accionistas confieren derecho, prerrogativa o facultad alguna a TELEFÓNICA S.A. para participar en el gobierno ni en la administración de TELECOM ITALIA S.p.A., con excepción de los dos directores mencionados supra, como así tampoco posee derecho de veto en TELECOM ITALIA S.p.A.

551. Sin perjuicio de ello, y a fin de que no se verifique ninguna conducta colusiva o que TELEFÓNICA S.A. pueda tomar conocimiento de cuestiones sensibles de TELECOM ITALIA S.p.A., el Acuerdo de Accionistas establece que TELEFÓNICA S.A. no podrá asistir ni votar en ninguna asamblea de accionistas de TELCO S.p.A. y deberá ordenar a los directores que haya designado en TELCO S.p.A., OLIMPIA S.p.A. y TELECOM ITALIA S.p.A. que no participen ni voten en aquellas reuniones de directorio en donde se discuta y/o se propongan cuestiones relacionadas con las subsidiarias argentinas.

552. Entiende que la eficacia de dicha Autorrestricción se encuentra asegurada por el hecho de que todas las compradoras son empresas internacionales de

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

146

FOLIO 1374

reconocido prestigio para quienes la inversión realizada para la adquisición de TELCO S.p.A. resulta patrimonialmente importante. Por ello, son las propias compradoras las que impedirán que TELEFÓNICA S.A. realice actos de interés propio que perjudiquen el interés social de TELECOM ITALIA S.p.A. y sus intereses individuales.

553. Argumentan que el organismo regulador de la competencia en Italia consideró que para defender la competencia y asegurar la dinámica del mercado, éste tipo de medidas autorrestrictivas resultan idóneas.

554. Manifiestan que TELEFÓNICA S.A. ha cumplido fielmente hasta hoy la autorrestricción, pero aún en el caso de que se dudara acerca de la eficacia de la cláusula, la autoridad de aplicación podría requerir a TELEFÓNICA S.A. o a las compradoras que asuman el compromiso formal de cumplir con lo allí dispuesto, conforme lo anticipara el Dr. Juan Carlos BONZÓN en su voto en la decisión de la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico en fecha 1 de febrero de 2010.

555. En coherencia con ello, solicitan se requiera a las compradoras efectúen un compromiso en los términos del Art. 36 de la Ley 25.156 ante la autoridad de aplicación.

556. Sin perjuicio de lo expuesto, expresan que tanto TELEFÓNICA S.A. como TELECOM ITALIA S.p.A. han instrumentado otras medidas a través de la implementación de diversos mecanismos que aseguran la independencia de TELECOM ITALIA S.p.A. respecto de TELEFÓNICA S.A.

557. Ello se ve reflejado en los compromisos de carácter público de los directores propuestos por TELEFÓNICA S.A. en el directorio de TELECOM ITALIA S.p.A., para mantener la independencia de tratamiento de las cuestiones relativas a los mercados de telecomunicaciones en Brasil y Argentina, que inicialmente fueran adoptados en Brasil y luego voluntariamente, ampliados al mercado argentino, a fin de que TELEFÓNICA S.A. no pueda acceder a información comercial estratégica de las sociedades del GRUPO TELECOM ARGENTINA.

558. De este modo, TELEFÓNICA S.A. no sólo no tiene el control de derecho de las sociedades del GRUPO TELECOM ARGENTINA sino que tampoco tiene el control de hecho, toda vez que no puede participar o votar en las decisiones que

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

SECRETARIA LETRADA
COMISION NACIONAL DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA

FOLIO
11375

la afecten y que se relacionen con la prestación del servicio de telecomunicaciones.

559. Otra de las medidas adoptadas fue la aprobación en la reunión de directorio del 2 de diciembre de 2008 del "Procedimiento para formalizar y garantizar la actual separación de las actividades en Argentina del Grupo Telecom Italia y del Grupo Telefónica", cuyos aspectos mas importantes son: a) TELECOM ITALIA S.p.A. se comprometió a que las personas que hayan sido directa o indirectamente nombradas, propuestas o designadas por TELEFÓNICA S.A. no cubran el cargo de Officer o miembros del directorio u otro órgano social con función equivalente en el GRUPO TELECOM ARGENTINA, b) se prohibió a las sociedades de TELECOM ITALIA S.p.A. y representantes de las sociedades del GRUPO TELECOM ARGENTINA nombrar, proponer o designar en calidad de Officer o miembros del directorio o de otro órgano social con funciones equivalentes de las sociedades del GRUPO TELECOM ARGENTINA a personas que estén relacionadas con TELEFÓNICA S.A., directa o indirectamente mediante vínculos públicos y manifiestos o actualmente ocupen o hayan ocupado durante los últimos doce meses cargos similares en TELEFÓNICA S.A. o sociedades controladas por ésta en Argentina, c) se establecieron pautas de conducta a observar en las reuniones de directorio, Comité Ejecutivo o de otro órgano societario con funciones similares de TELECOM ITALIA S.p.A. y TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V. cuyo orden del día incluya temas del mercado argentino, y d) se prohíbe la participación de los representantes, eventualmente designados directa o indirectamente por TELEFÓNICA S.A. o sus controladas en las reuniones adonde se traten temas del mercado argentino.

560. Destacó que a pesar de que TELECOM ITALIA S.p.A. y TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V. no son parte de la Operación Telco y por ende, tampoco son destinatarias de la Resolución 4/09, adoptaron medidas en consonancia con la resolución aludida, modificando de manera estructural el régimen de gobierno corporativo en lo que respecta a las actividades del GRUPO TELECOM ARGENTINA.

561. Tal es así que los asuntos que le corresponden a TELECOM ITALIA S.p.A. en relación al GRUPO TELECOM ARGENTINA han sido delegados en forma exclusiva al Chief Executive Officer (CEO) de TELECOM ITALIA S.p.A.,

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

FOLIO 1376

SECRETARIA LETRADA
COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

quien deberá actuar en completa y absoluta autonomía y libertad en el interés de las participadas argentinas y no en cumplimiento de instrucciones o directivas del directorio de TELECOM ITALIA S.p.A., TELCO S.p.A., accionistas y/o de otros terceros.

562. Por ello, entienden que las cuestiones que TELECOM ITALIA S.p.A. puede decidir en el GRUPO TELECOM ARGENTINA como accionista directo e indirecto de SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. o de conformidad con el Acuerdo TELECOM ITALIA S.p.A. - W. DE ARGENTINA INVERSIONES SL, no serán decididas a nivel de su directorio, sino que serán resueltas por su actual CEO, Sr. Franco BERNABÉ.

563. Como corolario, el Sr. Franco Bernabé declaró, con fecha 9 de marzo de 2009 que no recibió ninguna orden o instrucción de TELCO S.p.A., como tampoco de las compradoras, accionistas y/o cualquier otro accionista directo o indirecto de TELECOM ITALIA S.p.A., ni del directorio de TELECOM ITALIA S.p.A. en los asuntas relacionados a la conducción de los negocios del GRUPO TELECOM ARGENTINA.

564. Finalmente, el Secretario del Directorio de TELECOM ITALIA S.p.A., Sr. Antonino CUSIMANO, declaró que el nuevo régimen de gobierno de TELECOM ITALIA S.p.A. será inscripto en el Registro de Empresas de la Cámara de Comercio de Milán.

565. Por último, expresan que todas estas medidas fueron oportunamente informadas tanto a la SECRETARÍA DE COMUNICACIONES DE LA NACIÓN como ante ésta Comisión Nacional a fin de hacer públicos dichos documentos ante las autoridades argentinas.

566. Por otro lado, destacan la existencia de numerosas opiniones y dictámenes que demuestran que TELEFÓNICA S.A. no controla ni ejerce influencia sustancial en TELCO S.p.A. ni en TELECOM ITALIA S.p.A.

567. Entre ellos destacan el informe del Dr. MANÓVIL, designado como Interventor Informante en los autos caratulados "WERTHEIN, GERARDO Y OTROS C/ TELECOM ITALIA S.P.A. Y OTROS S/ MEDIDA PRECAUTORIA" en trámite ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial Nro. 16, Secretaría 32, en donde luego de varios meses de investigaciones y averiguaciones, se concluyó que TELEFÓNICA S.A. no controla ni influye, de

hecho o de derecho, y no tiene posición dominante ni de cualquier otro tipo, en el GRUPO TELECOM ARGENTINA.

568. Dicha ausencia de control o influencia de TELEFÓNICA S.A. en TELECOM ITALIA S.p.A. y en el GRUPO TELECOM ARGENTINA también fue confirmada por el Profesor Francesco GALGANO, en opinión presentada por el GRUPO TELECOM ARGENTINA en el expediente "WERTHEIN, GERARDO C/ TELECOM ITALIA Y OTROS S/ ORDINARIO" tramitado ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial Nro. 16, Secretaría 32.

569. Analizada que fuera la Operación Telco por el experto italiano a la luz de los sistemas jurídicos vigentes en el derecho italiano y comunitario, concluyó que TELEFÓNICA S.A. no controla ni ejerce influencia sustancial en TELCO S.p.A. y que por ende, tampoco controla TELECOM ITALIA S.p.A.

570. Por último, destacan el informe legal preparado por el Dr. Juan Carlos CASSAGNE a pedido de TELECOM ARGENTINA S.A. en donde concluyó que TELEFÓNICA S.A. no posee en TELCO S.p.A. una participación accionaria que le permita determinar la voluntad social ni ejercer su control, no existiendo influencia alguna o determinante de TELCO S.p.A. en TELECOM ITALIA S.p.A. y la ruptura de este eslabón impide considerar que se encuentre completa la cadena de control necesaria para entender que la toma de participación minoritaria produzca efectos en la Argentina.

571. Sin perjuicio de lo expuesto hasta aquí, las presentantes sostienen que aún en el caso de que la autoridad de aplicación entendiese que debe condicionarse o rechazarse la OPERACIÓN TELCO, TELECOM ITALIA S.p.A. y TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V. no pueden ser pasibles de las consecuencias de la citada operación ni de la adquisición por parte de TELEFÓNICA S.A. de una participación minoritaria en TELCO S.p.A.

572. Por ende, las presentantes entienden que no pueden ser obligadas a desprenderse de sus acciones y activos en SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. como consecuencia de la OPERACIÓN TELCO como tampoco pueden ser afectadas por la resolución que se dicte en el presente, en la medida en que no han participado de dicha operación.

573. Destacan que la Resolución CNDC 4/09 no consideró a TELECOM ITALIA S.p.A. ni a TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V. como partes de la

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

FOLIO 11378

Operación Telco y tampoco las obligó a notificar esa operación, por lo cual, las conclusiones allí dispuestas resultan vinculantes para la Administración y por ende, no puede ahora hacerse extensiva a TELECOM ITALIA S.p.A. y TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V. las consecuencias de la OPERACIÓN TELCO.

574. Entienden que en ningún caso la autoridad se encuentra facultada para disponer medidas que trasciendan a la operación sometida a análisis o que afecten o perjudiquen derechos de terceros, mucho menos del talante de la condición de desinversión adoptada por la anulada Resolución y máxime cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que las facultades para limitar o restringir los derechos subjetivos de los particulares debe interpretarse de manera restrictiva.

575. Por consiguiente entienden que la desinversión de todos los activos de las presentantes en SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. resulta improcedente en la medida en que el procedimiento de aprobación previa de una operación en ningún caso puede obrar como un instrumento hábil para afectar los derechos de terceras empresas, ajenas al trámite como lo son TELECOM ITALIA S.p.A. y TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V.

576. Por su parte, manifestaron que no guardan ninguna vinculación económica con las compradoras o con TELEFÓNICA S.A., no existiendo confusión en la dirección como así tampoco entre los diferentes patrimonios.

577. Sostienen que la gravosa solución a la que arribó la Resolución 483/2009 sólo pudo haberse fundado a la luz de la teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica conforme lo dispuesto en el Art. 54 de la Ley de Sociedades Comerciales, para así demostrar que TELCO S.p.A. fue creada con la única finalidad de participar de una concentración económica en los términos del Art. 7 de la Ley de Defensa de la Competencia para que TELEFÓNICA DE ARGENTINA S.A. y TELECOM ARGENTINA S.A. puedan beneficiarse impunemente al abrigo de su personalidad jurídica.

578. Manifestaron que únicamente a través de dicho procedimiento, se podría extender a las presentantes las consecuencias de la OPERACIÓN TELCO, aunque dicha idea se desvanecería ante la evidencia de que habría sido necesaria la participación de los restantes accionistas en TELCO S.p.A., TELECOM ITALIA S.p.A. y en el GRUPO TELECOM ARGENTINA.

579. Expresan que hasta el momento sólo se ha pretendido que las acciones de TELECOM ITALIA S.p.A. y TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V. en las sociedades del GRUPO TELECOM ARGENTINA así como los derechos bajo el Contrato de Opción de Compra, sean vendidas en virtud de una supuesta concentración económica en que las presentantes no intervinieron, sin justificar cual sería la realidad económica que ameritaría tal solución y sin acudir a la excepcional teoría del descorrimiento del velo societario.

580. Por otro lado entienden que ni aún invocando el Art. 3 de la Ley de Defensa de la Competencia podría llegarse a una conclusión distinta, ya que si bien habilita a la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA a analizar las relaciones económicas entre los diferentes jugadores del mercado atendiendo a la sustancia de las mismas, en ningún caso puede apartarse del resto del ordenamiento jurídico so pretexto de estar adecuando su conducta a la realidad económica subyacente a una determinada operación.

581. Y aún en el caso de que efectivamente se aplicara el Art. 3 de la Ley de Defensa de la Competencia, en pos de buscar la realidad subyacente, se advertiría que TELEFÓNICA S.A. es un accionista indirecto y minoritario de TELECOM ITALIA S.p.A., que no controla ni ejerce influencia alguna sobre esa sociedad.

582. Asimismo, aclara que se vulneran los principios fundamentales de la pena advirtiendo que la Ley de Defensa de la Competencia es una ley penal administrativa, agregando que el conjunto de sanciones que puede aplicar la administración forman lo que se ha dado en llamar Derecho Penal Administrativo, derivándose de ello que deben aplicarse los principios del derecho penal sustantivo.

583. En ese sentido, han indicado que todo lo decidido constituyó una sanción de naturaleza penal que recayó sobre terceros ajenos a la Operación Telco y que no está tipificada ni contemplada en la Ley de Defensa de la Competencia dentro del marco de análisis de las operaciones de concentración económica. Añaden que no se puede inventar una sanción penal que no está prevista en la Ley de Defensa de la Competencia dado que ello vulneraría el Art. 19 de la Constitución Nacional.

ES COPIA
LUCIA GENTILE
Dirección de Despacho

FOLIO 1380
SECRETARÍA LETRADA
COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

584. En ese orden de ideas, las presentantes manifiestan que la Resolución 483/2009 violó de manera manifiesta otros dos principios elementales que son el de culpabilidad y el de personalidad de la pena.

585. Sobre lo precedentemente advertido, añaden que TELECOM ITALIA S.p.A. es completamente ajena a la Operación Telco y que por esta razón es imposible que haya desarrollado alguna conducta reprochable a tenor de la Ley de Defensa de la Competencia y que justifique imposición de esa desproporcionada y arbitraria sanción.

586. Por tales motivos, sostienen las presentantes que no puede convalidarse pretender imponer una sanción sin que concurra la culpabilidad del agente, presupuesto esencial de la responsabilidad penal-administrativa.

587. Finalmente y en consonancia, expresan que se debe sancionar a quienes son responsables y que, en este caso, es TELEFÓNICA S.A. que es sindicado en todo momento como causante de la supuesta conducta anticompetitiva y no contra TELECOM ITALIA S.p.A. o TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V. que fueron objeto pasivo indirecto de la OPERACIÓN TELCO, añadiendo que TELECOM ITALIA S.p.A. y TELEFÓNICA S.A. constituyen dos entidades separadas y autónomas.

588. Por otra parte, las presentantes advierten que la solución de la Operación Telco debe superar el test de razonabilidad toda vez que la Resolución 483/2009 ha subordinado la aprobación de la OPERACIÓN TELCO a la desinversión de la participación social de un tercero, como TELECOM ITALIA S.p.A. y TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V. en SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A., incluyendo el contrato de opción de compra implicando ello, según las presentantes, un ejercicio abusivo de poder de policía por parte de la autoridad administrativa.

589. En ese orden de ideas, advierten que una restricción de derechos sobrevivirá el test de constitucionalidad si y sólo si constituye la opción más idónea, indispensable y proporcionada y que restringe aquél derecho en menor medida.

590. Para así concluir manifiestan que para que un condicionamiento en los términos del Inc. b) del Art. 13 de la LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA sea legítimo es necesario la concurrencia de dos requisitos: a) que la restricción

se dirija a las partes de la operación de concentración (que son las que supuestamente causaron las consecuencias anticompetitivas y son quienes deben remediarlas) y no a terceros como TELECOM ITALIA S.p.A. que no han participado, intervenido o decidido y; b) que el derecho involucrado sea restringido en la menor medida posible, es decir, que sólo se restrinja en la medida necesaria para lograr que la operación de concentración autorizada no afecte el mercado nacional.

591. Adicionalmente indican que existen otras alternativas a fin de que quienes fueron parte de la Operación Telco resuelvan cualquier conflicto derivado de su presencia en dos operadores y, en cualquier caso, no debería direccionarse contra TELECOM ITALIA S.p.A. cualquier medida dado que constituye una entidad autónoma y separada respecto de TELEFÓNICA S.A.

592. A continuación indican que no existen elementos para rechazar la operación, sustentando dicha posición en que TELECOM ITALIA S.p.A. no ha sido parte de la Operación Telco y no puede jamás volver a ser sancionada ni sufrir consecuencia alguna a causa de la operación.

593. Así, destacan que el principio indubio pro reo es de plena aplicación en esta materia, por lo cual, si esa duda existe, la Operación Telco no puede ser prohibida.

594. Por tales motivos, aclaran que no toda operación es susceptible de ser alcanzada por el régimen de aprobación previsto en la Ley de Defensa de la Competencia. En rigor se debe tratar de una operación de concentración (i) del tipo descripto en el Art. 6 de la Ley de Defensa de la Competencia; (ii) en la cual se configure el volumen de negocios que da cuenta el Art. 8 de la misma norma; y (iii) en la medida que no se verifique ninguna de las excepciones previstas en el Art. 10 de igual cuerpo legal.

595. De acuerdo a lo indicado, las presentantes entienden que el primer presupuesto todavía no se encuentra verificado dado que no ha quedado firme la Resolución 4/2009 que dispuso que la Operación Telco se encontraba alcanzada por el Art. 6 de la Ley de Defensa de la Competencia.

596. Aún así, agregan que para el caso de que la Resolución 4/2009 sea confirmada se debe demostrar que concurren los elementos del tipo regulado por el Art. 7 de la Ley de Defensa de la Competencia. En efecto, una vez determinada

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

FOLIO 11382
SECRETARIA LETRADA
COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

la existencia de una operación de concentración económica, se debe demostrar que esa operación se encuentra prohibida porque su "*objeto o efecto sea o pueda ser restringir o distorsionar la competencia, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general*".

597. Es por ello que, en atención a que se puede realizar un análisis ex post de la Operación Telco, la subsunción al citado tipo legal debe basarse en hechos concretos extraídos de la realidad de los mercados analizados y no en meras conjeturas, esto es, se debe demostrar de forma irrefutable y sin que quepa lugar a dudas que el objeto o efecto de la operación es restringir o distorsionar la competencia de modo de perjudicar el interés económico general.

598. Para justificar dicha posición indican TELECOM ITALIA S.p.A. y TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V. que transcurridos tres años desde que se celebró la operación de concentración económica ninguna afectación real y concreta ha existido en el mercado de las telecomunicaciones argentino. Por el contrario, aún con dicha operación celebrada, el GRUPO TELECOM ARGENTINA ha tenido un crecimiento notable en tecnología y en utilidades en estos últimos dos años, ha incrementado su participación en el mercado y ha ganado clientes a costa de TELEFÓNICA DE ARGENTINA S.A.

599. Es por ello que, al decir de las presentantes, no existe prueba alguna que TELEFÓNICA DE ARGENTINA S.A. y el GRUPO TELECOM ARGENTINA actúen como un único operador telefónico y tampoco hay ninguna evidencia acerca de que el mercado de las telecomunicaciones se haya visto distorsionado o pueda verse distorsionado como consecuencia de la operación en cuestión.

600. Para el caso, manifiestan que debería acreditarse la aplicación del principio de tipicidad como característica que tiene una conducta en razón de estar adecuada al tipo penal, es decir, individualizada como prohibida por un tipo penal, añadiendo que el Art. 7 de la Ley de Defensa de la Competencia no es otra cosa que la proyección de las conductas previstas en los Arts. 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia. Conductas que el procedimiento previsto en el Capítulo II de la Ley de Defensa de la Competencia pretende evitar.

601. En tal sentido, se debe demostrar cómo se configuraría un abuso de posición dominante o de qué modo se restringiría la competencia. En ambos casos, con el afán de afectar el interés económico general.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

FOLIO 1383

602. Por tales razones, las presentantes sostienen que si efectivamente se considera que estamos en presencia de una concentración económica, el análisis del tipo debe someterse a la realidad que arroja la operación. Para el caso, sostienen que la Operación Telco debe analizarse como una operación de conglomerado, es decir, entre partes no competidoras, al tiempo que debe analizarse las consecuencias que podría tener para TELEFÓNICA S.A. como de extensión de mercado, ya que adquiere una participación minoritaria en una empresa que participa en mercados en los cuales TELEFÓNICA S.A. no actúa.

603. Además, advierten que cualquiera sea la percepción que se pueda tener de la Operación Telco, jamás podría ser asimilada a una simple fusión entre compañías competidoras. Es por ello que la Resolución 483/2009 no analizó las particularidades de la Operación Telco y su supuesta subsunción el Art. 7 de la Ley de Defensa de la Competencia. Sólo construye su falsa premisa en la que TELECOM ARGENTINA S.A. y TELEFÓNICA DE ARGENTINA S.A., son una misma entidad al estar ambas supuestamente controladas por TELEFÓNICA S.A.

604. Para así concluir sostienen que de las constancias del expediente de la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA y de la Diligencia Preliminar surgiría claramente que TELEFÓNICA S.A. no controla ni ejerce influencia sustancial en TELCO S.p.A. y que TELEFÓNICA S.A. no controla ni ejerce influencia alguna sobre TELECOM ITALIA S.p.A.

605. A todo ello se suma que luego de más de dos años de concretada la Operación Telco no hay ninguna prueba cierta en estos actuados que dé cuenta de la supuesta influencia sustancial de TELEFÓNICA S.A. en el GRUPO TELECOM ARGENTINA, sino que por el contrario, todas las circunstancias consideradas dan cuenta que las compañías son manejadas de forma independiente.

606. Se indica en la presentación efectuada que no puede validamente afirmarse que la reducida participación indirecta de TELEFÓNICA S.A. en TELECOM ARGENTINA S.A. que asciende a 1,92%, sumado a las importantes barreras legales, contractuales y fácticas pueda otorgarle a TELEFÓNICA S.A. la posibilidad de determinar la estrategia comercial de TELECOM ITALIA S.p.A. y, mucho menos, de TELECOM ARGENTINA S.A.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

- 148

11384

607. Por tales razones las presentantes advierten que debe demostrarse en los hechos de qué modo la Operación Telco tuvo por objeto o efecto restringir o distorsionar la competencia, habiendo afectado el interés económico general.

608. Por otra parte, también se expresa en el descargo que las prohibiciones dispuestas en la Ley de Defensa de la Competencia son de interpretación restrictiva toda vez que las limitaciones a las libertades y derechos fundamentales deben ser interpretadas de modo estricto y restringido. Ello sería así toda vez que la tipificación de la Operación Telco y las consecuencias de ella derivadas deben ser interpretadas con carácter restrictivo, en tanto se fundan en una norma que restringe derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

609. Asimismo advierten que en caso de duda no se debe sancionar, dado que si alguna duda cabe sobre la tipicidad de la conducta investigada, la solución obligada es rechazar su tipificación.

610. Tales argumentos se verían verificados toda vez que, según TELECOM ITALIA S.p.A. y TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V., es evidente que la prohibición prevista en el Art. 7 de la LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA es de tipo penal, cuestión que se ve confirmada por la naturaleza penal de la propia norma en la cual se encuentra contenida. Es así que, la Ley de Defensa de la Competencia constituiría una típica ley penal por: (i) contener una serie de conductas tipificadas; (ii) esa tipificación se corresponde con una prohibición específica; (iii) la prohibición legal tiene por objeto proteger un bien jurídico en particular y que es el interés económico general; (iv) la tipificación de la conducta deriva en una sanción; (v) se aplica supletoriamente el Código Penal y el Código Procesal Penal y (vi) la Ley de Defensa de la Competencia constituye una norma de orden público.

611. Seguidamente aclaran que si bien la Ley de Defensa de la Competencia no distingue un diferente tratamiento para sus distintos capítulos, es evidente que igual conclusión cabe para el régimen de control de concentraciones económicas regulado en el Capítulo III de la Ley de Defensa de la Competencia.

612. Seguidamente se efectúa en el escrito de descargo un análisis sobre los mercados involucrados en la operación desde donde se sostiene que se debe considerar el estado actual de competencia por plataformas que limita el futuro competitivo de las compañías telefónicas.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148
SECRETARIA
COMISION NACIONAL DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA

FOLIO
1385

613. Sobre estos aspectos sostienen que la definición de mercado realizado por ésta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA es vetusta ya que no se condice con el estado actual de la tecnología y servicios de telecomunicaciones. En ese sentido, indican que la competencia se da entre plataformas y no entre servicios con lo cual, los mercados no se dividen por servicios, sino por la plataforma a través de la cual se brinda ese servicio.

614. Asimismo, cuestionan apreciaciones vertidas por esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA en tanto sostienen que este organismo nada ha dicho con respecto a los siguientes interrogantes, ¿cuál será el esquema competitivo ante la convergencia?; ¿cómo gravitarán las telefónicas ante su deficiente tecnología en este escenario?; ¿cómo gravita y gravitará el ingreso de las compañías emisoras de televisión al ofrecer también telefonía?, cuestionándose, a continuación, el análisis realizado servicio por servicio efectuado.

615. Por tales razones, entienden las presentantes que un análisis serio del mercado de las telecomunicaciones en estado de convergencia llevaría a conclusiones muy diferentes a las arribadas por esta Comisión Nacional.

616. En el mismo marco analítico, en el descargo se sostiene que la definición de los mercados relevantes es totalmente arbitraria y obsoleta, agregándose que las definiciones efectuadas por esta Comisión Nacional se ha realizado sin justificar ni conectar toda la teoría esgrimida sobre la materia y que en general es pacífica.

617. En ese orden de ideas, sostienen que los lineamientos para el control de concentraciones económicas recogidos por la Resolución 164/2001 contienen una serie de premisas que deben regir el análisis de las operaciones de concentración, y en particular la definición de los mercados relevantes. Entre ellos, el test del aumento de precios pequeño aunque significativo y no transitorio, agregando que tal test no se aplicó en el análisis realizado.

618. Además, advierten que tampoco puede definirse mercado relevante alguno si no se concluyó aún si hay concentración económica con lo cual, según expresan TELECOM ITALIA S.p.A. y TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V., si no hay concentración económica, no hay relaciones horizontales por no haber control y no hay, en consecuencia, productos involucrados.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

F. 148

FOLIO 1386

COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

619. Asimismo, sostienen que la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA se ha basado en dos mercados emblemáticos para rechazar la operación y que son el mercado de telefonía fija y el mercado de telefonía móvil.

620. Con respecto al primero en el descargo se indica que el análisis efectuado por esta Comisión Nacional es errado dado que toma a la telefonía fija como un mercado regional que abarca toda la República Argentina dado que la competencia efectiva entre TELEFÓNICA DE ARGENTINA S.A. y TELECOM ARGENTINA S.A. en este segmento antes y después de la Operación Telco es prácticamente inexistente, dado que por cuestiones históricas y regulatorias, ambas empresas han centrado su actividad en una de las dos zonas geográficas en las cuales inicialmente se dividió regulatoriamente el mercado. Por tales razones indican que resultaría un error sumar el market share de ambas, sin atender a la básica división geográfica del mercado.

621. Además, sostienen que este mercado es profusamente regulado, circunstancia que ya impide de por sí que se afecte el interés económico general dado que en cualquier caso, entre otras cuestiones, el precio del servicio telefónico se encuentra regulado y, por consiguiente, los consumidores no podrían verse afectados como consecuencia de la Operación Telco.

622. Asimismo, desde la óptica de los competidores tampoco podría considerarse que la Operación Telco genera una barrera de entrada. Ello por cuanto la telefonía fija tiene como particularidad que para poder prestarla hay que contar con el acceso a los nodos necesarios para poder realizar las comunicaciones. En materia de defensa de la competencia esa clase de nodos (última milla) es considerado una facilidad esencial. Ahora bien, en el escrito de descargo las presentantes sostienen que con el avance actual de la tecnología, la existencia de sustitutos a la telefonía fija y la clara competencia con el mercado de telefonía celular, no se podría considerar válidamente a los nodos de comunicación como facilidades esenciales.

623. Pero, sin perjuicio de ello, se indica que en razón de que la SECRETARÍA DE COMUNICACIONES ha regulado eficientemente el libre acceso a las facilidades esenciales, las consideraciones sostenidas por esta Comisión Nacional no tendrían asidero alguno.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

FOLIO 11387

624. En segundo término y con relación a la telefonía móvil, sostienen las presentantes que para el supuesto de que exista una concentración que pueda generar alguna preocupación seria desde la óptica de la Ley de Defensa de la Competencia, se podría haber optado por obligar a las partes a utilizar únicamente el máximo de espectro radioeléctrico que les confieren las respectivas licencias.

625. Seguidamente, advierten en la presentación que la opinión de la SECRETARÍA DE COMUNICACIONES no se encuentra debidamente fundada, no se corresponde con el estado actual del mercado de telecomunicaciones de Argentina y no está fundada en la normativa vigente.

626. En consonancia con lo advertido, advierten que la SECRETARÍA DE COMUNICACIONES no cumple con el requerimiento formulado en los términos del Art. 16 de la Ley de Defensa de la Competencia. En primer término porque el informe no contendría opinión o análisis alguno sobre la competencia en el mercado respectivo y habría omitido todo análisis cierto sobre la competencia y sólo se limita, según las recurrentes, a asumir que TELEFÓNICA S.A. y TELECOM ARGENTINA S.A. son una misma entidad, y en base a ello realiza elucubraciones teóricas bajo una mirada sesgada, antojadiza y desvergonzadamente torcida del ordenamiento legal.

627. Adicionalmente indican que el informe se sustenta en una premisa falsa y que es que TELEFÓNICA S.A. ejerce influencia sobre el grupo TELECOM ARGENTINA S.A. Ello no sería así, según TELECOM ITALIA S.p.A. y TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V. dado que TELEFÓNICA S.A. no controla ni ejerce influencia sustancial sobre TELCO S.p.A., siendo en consecuencia imposible que pueda determinar la voluntad social o influir en la estrategia competitiva de TELECOM ITALIA S.p.A. y, mucho menos, en la de las sociedades que integran el grupo TELECOM ARGENTINA S.A.

628. A continuación indican que la Operación Telco no tiene efectos anticompetitivos dado que el mercado de telefonía fija, las tarifas tienen un tope fijado en el marco regulatorio, en la estructura general de tarifas. Además, arguyen que no se puede rotular como anticompetitiva a la Operación Telco con sustento en la supuesta afectación de la "competencia por comparación".

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

11388

629. Agregan seguidamente en la presentación que la Operación Telco no infringe el marco regulatorio vigente, indicándose que si fuera este el caso, no corresponde prohibir la operación en los términos del Art. 7 de la Ley de Defensa de la Competencia, sino que la Secretaría de Comunicaciones debe aplicar las consecuencias del marco regulatorio que invoca.

630. En consonancia con lo precedentemente indicado, advierten que la normativa invocada por el informe de la SECRETARÍA DE COMUNICACIONES no se encuentra vigente toda vez que ha devenido en anacrónica e inaplicable en las actuales circunstancias en las cuales ya han sido otorgadas las licencias y ha transcurrido casi una década desde que cesó el período de exclusividad. Tales apreciaciones serían fundadas por cuanto el informe no puede concluir que la Operación Telco ha incumplido el marco regulatorio fundándose únicamente en un artículo aislado de un pliego de bases y condiciones referido a una licitación que tuvo lugar hace casi veinte años.

631. Además, en la presentación se indica que la Operación Telco no ha vulnerado ningún aspecto del marco regulatorio vigente en razón de que no existe disposición alguna que prohíba la operación.

632. Indican asimismo que el eje en el que se funda el informe para concluir que la Operación Telco contraría el marco regulatorio está dado por "la generación de un vínculo societario con visos de permanencia entre TELEFÓNICA DE ESPAÑA y TELECOM ITALIA S.p.A." que a juicio la SECRETARÍA DE COMUNICACIONES infringe el Art. 3.1.1 del Pliego, añadiendo las presentantes que el informe omite explayarse acerca de qué forma se afecta el marco regulatorio actual. Ello por una sencilla razón: no existe a la luz del Decreto 764/2000 ningún elemento que prohíba la OPERACIÓN TELCO.

633. El análisis en la presentación que aquí se analiza advierte también que la Operación Telco no se encuentra sujeta a autorización previa de la autoridad de aplicación. Es decir, no se encuentra alcanzada por la obligación impuesta por el Art. 10, Apartado 10.1, Inciso 1 del Reglamento, todo ello por cuanto no hay cambio de control ni influencia sustancial por parte de TELEFÓNICA S.A. hacia TELECOM ITALIA S.p.A. y, tampoco, hacia TELECOM ARGENTINA S.A.

634. Por consiguiente, como lo antes advertido no se da, según advierten en la presentación, no se afectan las condiciones estructurales del mercado y no es

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

exigible la obligación del Artículo 10.1, Inciso 1 del Reglamento concluyendo que no corresponde que el informe sea ponderado a los fines de analizar la Operación Telco.

635. En el marco de dicha argumentación, indican TELECOM ITALIA S.p.A. y TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V. que en definitiva, se trata de un tema regulatorio.

636. Sostienen que el Dr. Juan Carlos BONZÓN en su voto minoritario y en disidencia de los resuelto por la mayoría en la sentencia de la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico con fecha 1 de febrero de 2010, anticipó que un compromiso efectuado por las compradoras en los términos del Art. 36 de la LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, cumpliría con lo dispuesto en el Art. 5 del Acuerdo de Accionistas y hubiera bastado para aprobar la Operación Telco.

637. Por ello, las partes solicitan que se requiera a las empresas compradoras y particularmente a TELEFÓNICA S.A. que asuma el compromiso referido por el Dr. BONZÓN respecto de la autorrestricción.

638. Sin perjuicio de ello y a pesar de que las presentantes entienden que i) no fueron parte de la Operación Telco, ii) la Operación Telco no constituye una operación de concentración, iii) aún en la hipótesis de que se considere a la Operación Telco como una operación de concentración, no se encontrará alcanzada por la tipificación prevista en el Art. 7 de la Ley de Defensa de la Competencia y iv) cualquier decisión que se tome no debería afectar a las presentantes, sumado a los compromisos que se exijan a las compradoras, las presentantes formalmente ofrecen como compromiso ante la autoridad de aplicación en los términos del Art. 36 de la Ley de Defensa de la Competencia cumplir con el Nuevo Régimen de Gobierno y el "Procedimiento para formalizar y garantizar la actual separación de las actividades en Argentina del Grupo Telecom Italia y del Grupo Telefónica", y que ambos compromisos sean integrados a la resolución aprobatoria que se dicte.

639. Aclaran que, en caso de ser aceptado el compromiso, el mismo se encontrará sujeto a la aprobación del directorio de TELECOM ITALIA S.p.A. en atención a que la misma es una sociedad pública.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

FOLIO 11390

640. Asimismo, quedan a disposición de la autoridad de aplicación para realizar las adaptaciones razonables que considere necesarias para el mejor cumplimiento y eficacia del compromiso.

641. Finalmente, ofrece prueba testimonial, documental, informativa y pericial, para ser producida tanto en la República Argentina como en el extranjero.

VIII.b. Presentación de TELECOM ARGENTINA S.A y TELECOM PERSONAL S.A.

642. Con fecha 29 de marzo de 2010 se presentan ante esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA las firmas TELECOM ARGENTINA S.A. y TELECOM PERSONAL S.A. a efectos de formular su descargo en los términos del artículo 2° de la Resolución CNDC 30/2010.

643. Las presentantes advierten, en primer lugar, que tanto TELECOM ARGENTINA S.A. como TELECOM PERSONAL S.A. no han sido parte de la operación bajo análisis a la que se refiere la Resolución CNDC N° 30/2010.

644. Sin perjuicio de ello, las presentantes indican que han tomado conocimiento de ciertas presentación que ha realizado el Dr. Julio Cesar RIVERA en representación de TELECOM ARGENTINA S.A. y de TELECOM PERSONAL. Al respecto, destacan que el mencionado mandatario ha seguido su criterio, o instrucciones de terceros, pero no el de la Dirección de Asuntos Jurídicos, ni la correspondiente a los directorios de TELECOM ARGENTINA ni TELECOM PERSONAL.

645. Asimismo, se aclara en la presentación que en el seno del Directorio de TELECOM ARGENTINA S.A. y TELECOM PERSONAL S.A. existen opiniones diferentes en cuanto a los efectos e impacto que la operación puede acarrear sobre las mencionadas firmas.

646. En sustancia, según advierten las presentantes, los directores designados a instancias de TELECOM ITALIA S.p.A consideraron que la operación no calificaría como una "concentración económica" y tal resolución, según advierten las presentantes, fue adoptada al adherir y hacer suyo por parte de dicho Directorio un dictamen jurídico del Dr. Juan Carlos CASSAGNE.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

FOLIO 1391

SECRETARIA LETRADA
COMISIÓN NACIONAL DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA

647. Seguidamente, aclaran en la presentación TELECOM ARGENTINA S.A. y TELECOM PERSONAL S.A. que los directores que no habían sido designados a instancias de TELECOM ITALIA S.p.A. estimaron que la operación califica como "concentración económica". En tal sentido, manifiestan que los argumentos que sustentan dicha posición fueron expuestos en una nota presentada ante la Bolsa de Comercio de Buenos Aires. Dicha presentación ha tenido como causa conocer y estimar como impacta, o impactará en la estructura de control y toma de decisiones de TELECOM ARGENTINA la transferencia de acciones de OLIMPIA S.p.A.

648. A continuación aclaran en la presentación que, si se interpreta que hay control únicamente cuando se tiene más del 50% de las acciones con derecho a voto, ni OLIMPIA, ni empresa alguna controlaría TELECOM ITALIA.

649. Ahora bien, según advierten, aunque OLIMPIA no tiene más del 50% de las acciones con derecho a voto de TELECOM ITALIA, OLIMPIA ejerce una influencia dominante en todas las materias a ser decididas por el voto de los accionistas de TELECOM ITALIA.

650. Seguidamente advierten que de los documentos correspondientes a los ejercicios 2005 y 2006, que TELECOM ITALIA ha presentado ante la Securities & Exhange Commission se desprende, según advierten los presentantes, que conforme a la legislación argentina, (art. 33 inciso 2, ley 19.550 y art. 2 del Decreto 677/2001), OLIMPIA controla TELECOM ITALIA.

651. De acuerdo a las manifestaciones vertidas en la presentación, el análisis de las asambleas de accionistas de TELECOM ITALIA corrobora lo indicado, toda vez que las propuestas de OLIMPIA –o las que cuentan con su voto favorable– son las decisiones que se toman en la asamblea de accionistas de TELECOM ITALIA. Viceversa, ninguna decisión es tomada en TELECOM ITALIA sin contar con el voto favorable de OLIMPIA.

652. Además, según indican, de los 19 Directores de TELECOM ITALIA, 15 fueron designados por OLIMPIA, 2 a propuesta de HOLINVEST y 2 a propuesta de ARCA SGR.

653. Además, subrayan que con la adquisición de las acciones de OLIMPIA por parte de TELCO, esta última pasa a ser controlante de TELECOM ITALIA (art. 33, inciso 2°, ley 19.550 y art. 2° del Decreto 677/2001).

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

FOLIO 1139

Dra. MARIA VICTORIA DIEZ VER
SECRETARIA LETRADA
COMISION NACIONAL DE
DEFENSA DE LA COMPETENC

654. Expresan entonces que, por lo tanto, la transferencia de las acciones de OLIMPIA y la constitución de TELCO implica, conforme a la legislación argentina, que es la aplicable al caso, un cambio de control en TELECOM ITALIA y, consecuentemente, en TELECOM ARGENTINA.

655. Asimismo, indican que el accionista de referencia es TELCO y su único socio industrial y con derechos especiales de veto es TELEFÓNICA DE ESPAÑA (controlante de TELEFÓNICA DE ARGENTINA S.A.). Dicha circunstancia, según indican, sumada a las declaraciones públicas efectuadas por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, permiten afirmar que la firma antes nombrada tendrá un rol preponderante en TELECOM ITALIA y, por ende, en las sociedades controladas por TELECOM ITALIA. Además, cabe suponer que TELEFÓNICA DE ESPAÑA pasaría a tener acceso a los datos y planes de negocio de TELECOM ARGENTINA.

656. En otro orden de ideas, señalan que en al reunión de Directorio de TELECOM ARGENTINA del 26 de marzo de 2009, el entonces Presidente de la Compañía, designado a instancias de TELECOM ITALIA S.p.A. sostuvo que "...para él era claro que si cuando PIRELLI había adquirido las acciones de OLIMPIA la operación de compra había sido presentada a la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, no había razón para suponer que en el caso de la venta de dicha participación no debía procederse del mismo modo."

657. Concluye la presentación de TELECOM ARGENTINA S.A. y TELECOM PERSONAL S.A. advirtiendo que existen fundadas razones para estimar que la operación puede ser considerada como un acto de concentración económica en los términos del artículo 6° de la Ley de Defensa de la Competencia.

VIII.c. Presentación TELEFÓNICA, S.A.

658. Con fecha 19 de marzo de 2010 el apoderado de la firma TELEFÓNICA S.A. realizó una presentación fin de dar cumplimiento con lo ordenado por ésta Comisión Nacional en la Resolución N° 30/2010, manifestando, aportando y ofreciendo elementos de convicción respecto de la Operación Telco.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148
FOLIO 1393
SECRETARIA LETRADA
COMISION NACIONAL DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA

659. Manifiesta que la presentación efectuada no implica consentimiento, ni total ni parcial, de la legitimidad y/o razonabilidad de la Resolución CNDC Nº 4/2009, que en la actualidad se encuentra radicada en la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal con motivo de la concesión del recurso de apelación oportunamente interpuesto por TELEFÓNICA S.A.

660. Expresa que la Operación Telco no constituye una concentración económica en lo términos del Art. 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, fundamentando sus afirmaciones en diferentes antecedentes emanados de esta Comisión Nacional como así también institutos de la materia antitrust.

661. Prosigue afirmando que, en lo que respecta a la operación de análisis, resulta fundamental el criterio sentado por esta Comisión Nacional respecto a lo que se ha denominado "variabilidad de coaliciones" o "shifting majorities", ya que la situación allí descripta se verifica en la Operación Telco, siendo dicha conclusión a la que arribó la Comisión Europea para resolver la mencionada transacción, la cual expresó no constituía una concentración económica y por lo tanto la misma no debía ser notificada.

662. Afirma que la Resolución CNDC Nº 4/2009 y la Resolución aquí apelada, sostienen vaga y ligeramente que TELEFÓNICA S.A. ejerce cuanto menos una influencia sustancial en TELCO S.p.A.

663. Continúa su relato esgrimiendo conforme el criterio de esta Comisión Nacional en sus opiniones consultivas, la situación de "control" en su grado más limitado es la "influencia sustancial" por parte de los accionistas minoritarios, es decir, la posibilidad de determinar "la estrategia competitiva de la empresa", advirtiendo que no se considerará como tal el poder de bloqueo que, en general, se confiere a los accionistas minoritarios.

664. Manifiesta que la Resolución CNDC Nº 4/09 utilizó el término "influencia sustancial" como un concepto jurídico indeterminado.

665. Sostiene que la determinación por parte de esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA sobre si una transacción constituye una concentración económica, debe estar siempre guiada por el estricto respeto a los principios de legalidad y razonabilidad.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

FOLIO 1139

SECRETARIA LETRADA
COMISION NACIONAL DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA

666. Afirmó que la Operación Telco no constituye una concentración económica y que ésta Comisión Nacional tendría un preconcepto infundado, el cual impactó en el análisis de la operación.

667. Asevera que este Organismo en su análisis, prescinde de un hecho fundamental a la hora de entender la lógica de la Operación así como la efectividad que necesariamente tiene y tendrá, cual es la limitación impuesta a TELEFÓNICA S.A. de ejercer sus derechos políticos en TELCO S.p.A. y TELECOM ITALIA S.p.A. en cuestiones vinculadas a la Argentina.

668. Explica que este hecho estaría dado por las circunstancias de que los demás accionistas de TELCO S.p.A. son empresas internacionales de reconocido prestigio y envergadura para las cuales la inversión realizada resulta patrimonialmente importantísima y, en consecuencia, privilegiarán el interés social de TELECOM ITALIA S.p.A. y evitaran que éste entre en conflicto con el interés de TELEFÓNICA S.A.

669. Manifiesta que resulta ilegítima, arbitraria e irracional la premisa de la que parte la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA en la Resolución Nº 4/2009, en cuanto a que el objeto de la transacción es que TELEFÓNICA S.A. encubiertamente busque ejercer una influencia sustancial sobre TELECOM ITALIA S.p.A. e indirectamente sobre TELECOM ARGENTINA S.A.

670. Entiende que la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA no tuvo en consideración la Resolución dictada por la Comisión Europea de Competencia en donde se determinó que la operación no calificaría como una concentración dentro de los términos de la resolución regulación de fusiones, ya que ninguna de sus partes adquiere el control exclusivo, ni todas o alguna de las partes adquieren el control conjunto sobre TELECOM ITALIA S.p.A. y por ende no habría motivo para notificar.

671. Advirtió que esta Comisión Nacional siempre ha señalado la normativa relativa al control de concentraciones de la Comunidad Europea como fuente principal de la Ley de Defensa de la Competencia y ha seguido los criterios sobre control e influencia sustancial aplicado por dicha autoridad, por lo que resulta extraño que en este caso se haya apartado de dicho precedente.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

FOLIO 1395

SECRETARIA LETRADA
COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

672. Sostiene que la Operación Telco no importa una toma de control ni una influencia sustancial de TELEFÓNICA S.A. sobre TELCO S.p.A. ni, indirectamente, sobre TELECOM ITALIA S.p.A.

673. Entiende que la Resolución CNDC Nº 4/2009, equivocadamente, basa su conclusión en el hecho de que TELEFÓNICA S.A. ejerce cuanto menos una influencia sustancial en TELCO S.p.A. y que ello se manifiesta al haber abonado por las acciones una "prima de control".

674. Manifiesta que lo descripto resulta falaz debido a que desde el punto de vista teórico, son innumerables las razones que pueden dar lugar a que los distintos integrantes de un grupo inversor efectúen aportes de dinero disímiles para la adquisición de una empresa, sin que ello implique un pago de una suma mayor asociado a la adquisición de control.

675. Afirman que las razones expuestas sumadas al hecho público y notorio de que TELEFÓNICA S.A. no fue el único candidato para asociarse a los demás accionistas italianos en TELCO S.p.A., resultan suficientes para demostrar que no existió tal "prima de control".

676. Consideró ilegítimo el argumento esgrimido por ésta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA respecto de la reserva de único operador de telecomunicaciones en TELCO S.p.A. como elemento que demuestre la existencia de cuanto menos, influencia sustancial de TELEFÓNICA S.A. sobre TELCO S.p.A.

677. Entiende que es ilegítimo por carecer de sustento fáctico ni jurídico, el argumento de que TELEFÓNICA S.A. se haya reservado para sí el carácter de único operador de telecomunicaciones, y que ello le otorgue la posibilidad de ejercer una influencia sustancial en TELCO S.p.A. que le permita determinar la estrategia de TELECOM ITALIA S.p.A. y de las empresas del GRUPO TELECOM ARGENTINA.

678. Prosigue explicando que el hecho que TELEFÓNICA S.A. sea el único de los inversores en TELCO S.p.A. que reviste el carácter de operador en telecomunicaciones no tiene relevancia alguna ni implica que los restantes socios acompañen las propuestas de TELEFÓNICA S.A., ya que TELECOM ITALIA S.p.A. es, en sí mismo, un operador de telecomunicaciones con know how, management propio y experiencia probada.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

FOLIO 1396

679. Explicó que para que ello no suceda, los accionistas de TELCO S.p.A. - diferentes de TELEFÓNICA S.A.- impusieron la Cláusula 5 de Acuerdo de Accionistas en la que establecieron que el GRUPO TELEFÓNICA y el GRUPO TELECOM ITALIA son absolutamente autónomos e independientes.

680. Afirma que el Acuerdo de Accionistas prevé que la integración del Directorio de TELCO S.p.A. se basa en el principio de proporcionalidad, determinándose el numero de diez directores, teniendo TELEFÓNICA S.A. (tenedora de acciones Clase B) la facultad de designar cuatro del total, y el resto de los miembros serán designados por unanimidad por los restantes inversores (tenedores de acciones Clase A), quienes además, tendrán la facultad de designar al Presidente siempre que mantengan un porcentaje de por lo menos el 50 % mas una acción de TELCO S.p.A.

681. Advirtió que tal como se expresara en la Diligencia Preliminar Nº 29, las decisiones sociales se adoptan por mayoría simple de directores, razón por la cual ni TELEFÓNICA S.A. ni las demás accionistas, tienen la posibilidad de prevalecer ni vetar las mismas.

682. Resalta que el Acuerdo de Accionistas dispone para el supuesto de bloqueo de los denominados "temas reservados", referidos a la protección de la inversión y no hacen a la estrategia competitiva o política de la firma en cuestión, que tanto TELEFÓNICA S.A. como TELECOM ITALIA S.p.A. pueden desinvertir en la firma en caso de no estar de acuerdo respecto de las decisiones tomadas por la mayoría.

683. Destaca que la mención hecha por ésta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA en la Resolución Nº 4/09 de la previsión de la Cláusula Octava del Acuerdo de Accionistas relativa a la opción de compra acordada por los accionistas de TELCO S.p.A. a favor de TELEFÓNICA S.A. es ilegitima e infundada, ya que afirma que la misma surge de un conjunto de estipulaciones previas que forman parte del marco de protección de derechos, ante el caso de una transferencia de acciones por parte de TELECOM ITALIA S.p.A.

684. Aclara que en caso de efectuarse una transferencia de acciones por parte de TELECOM ITALIA S.p.A. y ante la mencionada cláusula, se podrían dar los siguientes escenarios: a) se otorgaría un derecho de preferencia y b) la protección

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

FOLIO 11397

SECRETARIA DE COMERCIO INTERIOR
COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

es garantizada por medio del mecanismo de Call options estipulado en la cláusula 8.5.

685. Concluye el tema manifestando que dicha cláusula es usual en este tipo de transacciones, que reserva el derecho a TELEFÓNICA S.A. a ejercer la opción de compra o de merger, y que ninguna consecuencia provoca por el solo hecho de que las demás accionistas no se hayan reservado el mismo derecho.

686. Asimismo, y respecto a la Asamblea de Accionistas de TELCO S.p.A., manifiesta que las decisiones serán tomadas por mayoría simple, necesitándose más del 50% de los votos de accionistas que representen el capital social y teniendo TELEFÓNICA S.A. el 42,30% del capital social, afirma que no existe la posibilidad de controlar individualmente ni ejercer influencia sustancial sobre las decisiones de TELCO S.p.A.

687. Manifiesta que respecto del gobierno de TELECOM ITALIA S.p.A. y especialmente en lo referido al consejo de administración de la mencionada empresa, TELEFÓNICA S.A. sólo podrá nombrar dos de los diecinueve consejeros a incluir en la lista que OLIMPIA S.p.A., como accionista de TELECOM ITALIA S.p.A. podrá proponer a la Asamblea de Accionistas, por lo que como consecuencia de la Operación Telco ni TELEFÓNICA S.A. ni los demás accionistas estarían adquiriendo el control individual o conjunto de TELECOM ITALIA S.p.A.

688. Expresa que la interpretación realizada por ésta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA respecto de la Cláusula Quinta del Acuerdo de Accionistas de la Operación Telco es ilegítima y arbitraria, ya que la limitación de TELEFÓNICA S.A. en cuanto a que no podrá acceder a información no pública de su principal competidor en la República Argentina, TELECOM ARGENTINA S.A., relacionada con la estrategia comercial, tecnológica y de negocios, representaría una prueba de la inexistencia de influencia sustancial.

689. Articula que en la Operación Telco las empresas TELECOM ITALIA S.p.A. y TELEFÓNICA S.A. son y se administrarán en forma autónoma e independiente.

690. Sin perjuicio de ello, manifiesta que los accionistas de TELCO S.p.A. ratificaron en el Acuerdo de Accionistas que la inversión en TELCO S.p.A. implica una visión estratégica que las firmas TELECOM ITALIA S.p.A. y TELEFÓNICA

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

S.A. pueden llevar adelante conjuntamente, dentro de su independencia y autonomía.

691. Aduce que el Acuerdo de Accionistas fija una cláusula de limitación por medio de la cual los directores de TELEFÓNICA S.A. no podrán actuar ni participar de las reuniones en las cuales se consideren cuestiones relacionadas con la política de gerenciamiento y opciones de sociedades directas donde se involucren las firmas OLIMPIA S.p.A. y TELECOM ITALIA S.p.A. en los países que controlen sociedades tanto directa como indirectamente y rijan restricciones o limitaciones regulatorias y legales para el ejercicio de votos de la firma TELEFÓNICA S.A.

692. Remarcó que la previsión de la Cláusula Quinta del Acuerdo de Accionistas (Shareolders Agreement) no es una mera declaración, sino que la misma ha sido absolutamente operativa e imperativa desde un principio hasta el presente.

693. Por ello, y sin perjuicio de que entiende que la Operación Telco no es una concentración económica en los términos del artículo 8 de la Ley de Defensa de la Competencia, y que en consecuencia no se ha restringido ni distorsionado la competencia, ni verificado daño alguno al interés económico general, la presentante consideró ofrecer reafirmar públicamente ante esta Comisión, su compromiso al cumplimiento de la previsión de la Cláusula Quinta el Shareolders Agreement.

694. Por otra parte, plantea la ilegitimidad del plazo otorgado por la Resolución 30/2010, manifestando que esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA debe sustanciar el procedimiento llevado a cabo en el Expediente caratulado "PIRELLI & C S.p.A. Y OTROS S/ NOTIFICACIÓN ARTÍCULO 8 LEY 25156 (CONC. 741)" por la vía procesal adecuada, la cual no es otra que el procedimiento aprobado por la Resolución 40/01 denominado "Guía para la Notificación de Operaciones de Concentración Económica".

695. La presentante plantea objeciones al informe labrado por la SECRETARÍA DE COMUNICACIONES de conformidad con el Art. 16 de la Ley 25.156.

696. Al respecto, manifiesta que tal informe se basa en la falsa premisa de la existencia de control por parte de TELEFÓNICA S.A., control que no entendió configurado bajo los criterios establecidos por la regulación sectorial sino bajo el

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

FOLIO 1399

criterio sustentado por esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA en la Resolución 4/2009 y que fuera oportunamente cuestionado por la presentante.

697. Sostiene que el informe realizado por la SECRETARÍA DE COMUNICACIONES es infundado tanto en lo relativo al cumplimiento de la operación con el marco regulatorio aplicable como respecto del impacto de la misma en la competencia en el sector.

698. Afirman que en cuanto al cumplimiento de la operación, las normas regulatorias, al regular situaciones de control de las licenciatarias, hacen referencia al criterio adoptado por el Art. 33 de la Ley 19.550.

699. Sin embargo entiende que la SECRETARÍA DE COMUNICACIONES, al analizar las regulaciones adopta un concepto de control diferente al que surge del mencionado artículo y utilizó el criterio elaborado por esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA para el concepto de "influencia sustancial".

700. Por ende, advirtió que la SECRETARÍA DE COMUNICACIONES obró contrariando el principio de legalidad al tomar como válida la premisa de la existencia de "influencia sustancial" de TELEFÓNICA S.A. en TELCO S.p.A. y TELECOM ITALIA S.p.A, cuando debió efectuarlo conforme la Ley 19.550.

701. Esboza que de habérsele permitido a su parte debatir estas cuestiones en la sede de la SECRETARÍA DE COMUNICACIONES, habría podido demostrar que la operación no genera afectación al sector de las telecomunicaciones, así como también como, con independencia de la operación, pueden darse condiciones aptas para el desarrollo tecnológico.

702. Concluye diciendo que más allá de lo infundado del informe, las consideraciones que allí se formulan resultan erróneas, invalidando y privando de eficacia al mismo, viciando la Resolución SCI 483/09 en cuanto ha resuelto con fundamento en el mismo.

703. A continuación expone que no resulta cierto que exista afectación al interés económico general, ni que la demora esté implicando disminución en el bienestar general.

704. Argumenta que el estándar de daño mencionado contiene dos elementos que le dan entidad: el poder de mercado y la restricción efectiva de la oferta en el mercado.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

11400

705. Expresa que ha quedado demostrado a partir de jurisprudencia originaria de éste órgano administrativo, la sustanciación del daño al interés económico general requiere la concurrencia de capacidad de restringir la oferta y una efectiva restricción de la misma, requiriéndose entonces que exista una prueba concreta del ejercicio de esa posición dominante que resulte abusiva en la afectación al interés.

706. Expresa que ésta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ha hecho una evaluación incorrecta de la estructura de mercado, dando por sentado presupuestos que no se compadecen con los datos reales de la industria.

707. Sostuvo que la industria de las telecomunicaciones es una actividad que se desarrolla a través de redes, las cuales generan costos de producción de los servicios que se montan sobre ellas que difieren de los costos de otras actividades que no requieren redes.

708. Expresa la presentante que han intentado explicar que si bien el fenómeno de solapamiento de redes puede ser deseable desde el punto de vista teórico es perfectamente cuestionable como resultado general, desde la lógica de la estructura de costos de la industria. El no solapamiento de redes en algunas áreas ha sido una característica para las empresas involucradas dado que han superpuesto redes allí donde era racional hacerlo y no lo han hecho en otras áreas donde estaban dadas las condiciones mencionadas arriba.

709. Por ello entiende que aún en el hipotético caso de que la Operación Telco constituya una concentración económica, no necesariamente llevaría a una situación de menor competencia en todos los mercados relevantes porque la supuesta integración no reduciría las opciones que gozan los usuarios ya sea porque en algunas áreas está una empresa y no la otra, o porque allí donde están las dos, existen otros operadores.

710. Concluyó que sus afirmaciones no son meras evaluaciones teóricas del mercado, sino que las mismas están fundadas en evidencia oportunamente acompañada.

711. En síntesis, la presentante destaca dos elementos: a) afirmar que la integración de éstas dos redes elimina inequívocamente un proveedor alternativo de red, es decir un competidor con infraestructura propia, resulta erróneo

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

FOLIO 11401

económicamente e irrazonable jurídicamente, porque que en una parte importante del país las dos empresas no se superponen sus redes. Con lo cual desde el punto de vista de la demanda, el impacto eventual seria muy reducido y b) en aquellas áreas en donde TELEFÓNICA S.A. tiene competencia efectiva de operadores con redes propias, en la mayoría de los casos (60%), el o los competidores son empresas distintas TELECOM ARGENTINA S.A.

712. Entiende que no existe evidencia ni en la Diligencia Preliminar N° 29, ni en el Expediente Pirelli ni en las Resoluciones 14/10 y 30/10 emitidas por la SECRETARÍA DE POLÍTICA ECONÓMICA y por la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA respectivamente, que permitan afirmar que la demora en la resolución de las actuaciones citadas implicaría una disminución del bienestar general.

713. Sostuvo que no sólo las empresas que esta Comisión Nacional ilegítimamente quiere considerar bajo el control o influencia sustancial de TELEFÓNICA S.A. (TELEFÓNICA ARGENTINA S.A. y TELECOM ARGENTINA S.A.) han mantenido una tasa de crecimiento positiva aún en los períodos posteriores a la concreción de la Operación Telco, sino que también han crecido, y a tasas mayores, el resto de los operadores de mercado, contradiciendo de manera absoluta la hipótesis de una restricción de oferta que pudiese implicar un daño al interés económico general como el que se alega.

714. Explicó que el mismo análisis puede realizarse en el mercado de telefonía celular y de acceso a Internet, en donde se superaron las cifras históricas de usuarios, por lo que entiende podría descartarse la hipótesis que haya existido restricción de oferta a partir de la concentración de la Operación Telco.

715. Para finalizar expresa que ésta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA no puede suponer la existencia de conductas concertadas entre TELEFÓNICA ARGENTINA S.A. y TELECOM ARGENTINA S.A., puesto que la evidencia demuestra acciones independientes entre las firmas.

716. Para finalizar, solicita la reanudación del cómputo de los plazos establecidos en el Art. 13 de la Ley 25.156 y en la Resolución N° 40/01.

VIII.d. Presentación ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A, INTESA SANPAOLO S.p.A y

MEDIOBANCA S.p.A

717. Con fecha 19 de marzo de 2010, ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., INTESA SANPAOLO S.p.A y MEDIOBANCA S.p.A. realizaron una presentación a fin de contestar la vista ordenada por la Resolución CNDC N° 30/2010 de fecha 25 de febrero 2010.

718. Sin perjuicio de ello, las presentantes dejaron constancia que en fecha 1° de marzo de 2010 interpusieron recurso de apelación y nulidad contra la Resolución N° 82/2010 del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS DE LA NACIÓN y contra la Resolución N° 14/2010 de la SECRETARÍA DE POLÍTICA ECONÓMICA y contra la Resolución CNDC N° 30/2010.

719. Sostienen que la Resolución 14/2010 intenta consolidar, de manera ilegítima e irregular, lo dispuesto por la Resolución N° 4/2009, sometiendo a las presentantes a un procedimiento que le es ajeno por carecer de imperio la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA sobre la Operación Telco y posibilitando al Poder Ejecutivo Nacional, disponer en el futuro una sanción por la supuesta notificación tardía de la Operación Telco.

720. Entienden que la SECRETARÍA DE POLÍTICA ECONÓMICA no explicó en modo alguno como arribó a la conclusión de que la Operación Telco resulta notificable en los términos del art. 8° de la LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

721. Advierten que la CNDC y la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR para justificar la Resolución 4/2009, el Dictamen 744 y la Resolución 483/2009 tuvieron por cierto que, a partir de la celebración de la Operación Telco, existió una toma de control en TELECOM ITALIA S.p.A.

722. Resaltan que la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA investigó la supuesta toma de control sin que las presentantes pudieran ejercer su derecho de defensa, fiscalicen el trámite, participen de las audiencias, se les respete el derecho a ser oídas, a ofrecer y producir pruebas, a impugnar u observar informes, etc.

723. Además, manifiestan que durante la tramitación de la Diligencia Preliminar 29 tampoco tuvieron participación alguna. En ese sentido, agregan que jamás

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

FOLIO 1403

tuvieron oportunidad de discutir o debatir si la Operación Telco implicó una toma de control en TELECOM ITALIA S.p.A.

724. Por ello, y sin perjuicio de que la falta de participación en la Diligencia Preliminar 29 justifica de por sí la revocación de lo allí decidido, entienden que tal irregularidad se mantiene, pues la Resolución SPE 14/2010 consiste en cerrar total y definitivamente toda discusión o debate sobre el tema del control, que es aquel en el que se apoyan todas las actuaciones posteriores destinadas a interferir en la actividad que TELECOM ITALIA S.p.A. desarrolla en el mercado de las telecomunicaciones en Argentina.

725. En ese sentido, la presentante indicó que la Resolución SCI 483/2009 cerró para siempre el "círculo" relativo a la toma de control en TELECOM ITALIA S.p.A, sin que hubieran podido presentar su caso, burlándose de ese modo las más elementales garantías constitucionales.

726. De este modo concluyen que, al confirmar la Resolución SPE 14/2010 que la Operación Telco es notificable, sin que las presentantes puedan discutirlo, se intentó por medio del SECRETARIO DE POLÍTICA ECONÓMICA, desconocer que la Justicia debe todavía resolver si la Resolución 4/2009 debe ser revocada.

727. Seguidamente, expresan que esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, al rechazar el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución 4/2009, argumentó que dicha resolución no decidió respecto de cuestiones de fondo. Ahora bien, según las presentantes, la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA se expidió sobre una cuestión de fondo dado que se afirmó que a partir de la Operación Telco, aconteció una toma de control en TELECOM ITALIA S.p.A.

728. Por otra parte, indican que la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA debió haberles permitido controvertir y probar que a la Operación Telco no le resultaba aplicable el presupuesto de hecho previsto en el art. 6° inc. c) de la Ley de Defensa de la Competencia.

729. Entienden que con la Resolución 14/2010 se consumó la violación de los derechos constitucionales de los presentantes, al tener por válido que la Operación Telco debe quedar sujeta a control de la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA y no permite debate al respecto.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

FOLIO 1404

730. Asimismo, expresan que esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA debe permitir esa discusión, ordenando la producción de la prueba que las presentantes ofrecen, entendiendo que ello es la única forma de cumplir con lo ordenado por la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, cuando resolvió –en fallo firme-, que el caso debe resolverse luego de una sustanciación adecuada.

731. Sostienen que en ésta instancia debe permitírseles ejercer su defensa en juicio, rebatir y controvertir lo manifestado por este Organismo, luego por la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR y más tarde por la SECRETARÍA DE POLÍTICA ECONÓMICA, que es que la Operación Telco implicó una toma de control en TELECOM ARGENTINA S.A. en los términos previstos en el Art. 6 Inc. c) de la Ley de Defensa de la Competencia.

732. Por ende, advierten, todo lo analizado en el expediente PIRELLI es un asunto posterior y subordinado a aquel, ya que únicamente podría la autoridad de aplicación haber ejercido esa actividad si hubiera existido la toma de control.

733. Indican que ni la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ni la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR ni la SECRETARÍA DE POLÍTICA ECONÓMICA jamás han tratado la ley aplicable para la determinación de la relación de control. En consecuencia, ello merece reparación en ésta nueva instancia.

734. Manifiestan que la Ley de Sociedades Comerciales dispone en su art. 118 que la sociedad constituida en el extranjero se rige en cuanto a su existencia y forma por las leyes del lugar de constitución. Por ello, entienden que para ver si hubo toma de control respecto de una sociedad, debe analizarse donde es que dicha toma de control ocurrió.

735. De este modo, indican que como en este caso el hecho –eventual toma de control por parte de TELEFÓNICA S.A. en forma directa sobre TELCO S.p.A. y en forma indirecta sobre TELECOM ITALIA S.p.A.– ha ocurrido en Italia, debe aplicarse el derecho italiano.

736. Entienden que aplicar nuestro derecho para determinar quien controla TELCO S.p.A. directamente y TELECOM ITALIA S.p.A. en forma indirecta, importaría darle al derecho nacional una extraterritorialidad no autorizada, máxime

cuando las normas de derecho internacional privado nos remiten a la aplicación de la ley extranjera.

737. Aluden que bajo las leyes de Italia ni TELEFÓNICA S.A. controla TELCO S.p.A., ni ésta última controla TELECOM ITALIA S.p.A., ello corroborado con dos opiniones legales emitidas por la firma de abogados Chiomenti.

738. En efecto, surge de dichas opiniones que las restricciones a las que se sujetó TELEFÓNICA S.A. bajo el Acuerdo de Accionistas celebrado con los demás accionistas de TELCO S.p.A. para evitar injerencias en TELECOM ARGENTINA S.A., son válidas y ejecutables en contra de TELEFÓNICA S.A.

739. En conclusión, entienden que bajo la ley italiana, que es la única ley aplicable a tener en cuenta, ni el alcance de los derechos que TELEFÓNICA S.A. tiene como accionista de TELCO S.p.A., ni los hechos vinculados a la relación entre socio –TELEFÓNICA S.A.– y sociedad –TELCO S.p.A.–, permiten concluir que exista una relación de control.

740. Reparan también en el hecho de que a la época en que se celebró la OPERACIÓN TELCO, bajo la ley italiana, ni siquiera era posible afirmar que OLIMPIA S.p.A. controlaba TELECOM ITALIA S.p.A., ya que en Asamblea de Accionistas del 16 de abril de 2007, OLIMPIA S.p.A. no reunió la cantidad de votos necesarios para imponer sus decisiones. Por ello, si OLIMPIA S.p.A. no controlaba, nadie podía adquirir el control de TELECOM ITALIA S.p.A. por el hecho de adquirir OLIMPIA S.p.A.

741. Afirman que a pesar de ello, tanto la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA como la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR y también la SECRETARÍA DE POLÍTICA ECONÓMICA, han soslayado la aplicación de las normas que debían haber tenido en cuenta y han determinado la existencia de una relación de control por su sola voluntad, prescindiendo de toda valoración del régimen jurídico al que están sujetas las partes.

742. Por ello, las presentantes proponen que se modifique el actuar de la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, permitiendo la producción de prueba eficaz para acreditar los hechos y el derecho invocados en apoyo de su postura.

743. No obstante lo expuesto, las presentantes entienden que tampoco existe el alegado control bajo el derecho nacional. Sostienen que el control se encuentra

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

FOLIO 11406

regulado en el art. 33 de la Ley de Sociedades Comerciales que trata el control interno, de derecho o de hecho, y el control externo.

744. Para el caso concreto, y dada la participación de TELEFÓNICA S.A. en TELCO S.p.A. –menor al 50%– y la participación de TELCO S.p.A. en TELECOM ITALIA S.p.A. –menor al 25%–, excluye la posibilidad de que exista un control interno de derecho en los términos del art. 33 de la Ley de Sociedades Comerciales.

745. Ahora bien, respecto del control interno de hecho o el control externo sostienen que se requiere una mayor indagación porque ello no nace directamente de los derechos lisos y llanos de la calidad de accionista, sino de la combinación de éstos derechos con otros factores, como ser, ausentismo, especiales vínculos, relaciones económicas, etc.

746. Advierten que en TELCO S.p.A., ni la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ha alegado ni probado, que las presentantes o los restantes socios italianos hayan estado ausentes en las asambleas de accionistas de modo tal que se le permitiera a TELEFÓNICA S.A. prevalecer y formar la voluntad social.

747. Por el contrario, los socios de TELCO S.p.A. han suscripto un Acuerdo de Accionistas en virtud del cual TELEFÓNICA S.A. designa una menor cantidad de directores que la que designa el total de los demás accionistas. De ello se deriva que en TELCO S.p.A., TELEFÓNICA S.A. no prevalece ni en la asamblea de accionistas ni en el directorio.

748. Por su parte, y tal como surge de las opiniones legales, nadie controla TELCO S.p.A., ya que un solo accionista no puede imponerse, necesitándose siempre de dos o más accionistas para formar mayoría.

749. Asimismo, entienden que TELEFÓNICA S.A. tiene aún menos derechos, ello por cuanto no puede deliberar ni votar, ni pueden hacerlo los directores que hubiera designado en TELCO S.p.A., en todos los asuntos que tengan que ver con las inversiones de TELECOM ITALIA S.p.A. en la República Argentina.

750. En efecto, según advierten, dicho compromiso incluido en el Acuerdo de Accionistas y agregado a la Diligencia Preliminar 29, es válido bajo la ley italiana que lo regula y es ejecutable en contra de TELEFÓNICA S.A. y como tal,

entienden, no puede ser descalificado por irrelevante a los efectos de la LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

751. Por otra parte, manifiestan que resulta mas claro para el caso de TELECOM ITALIA S.p.A., ya que de acuerdo al Convenio de Accionistas, TELEFÓNICA S.A. designa únicamente dos directores sobre los quince totales de TELECOM ITALIA S.p.A., no teniendo por tanto, ninguna capacidad de imponer su voluntad.

752. Pero además, y respecto a las inversiones de TELECOM ITALIA S.p.A. en la República Argentina, se tomaron dos decisiones en el directorio de TELECOM ITALIA S.p.A.

753. La primera de ellas, es el procedimiento adoptado por el directorio de TELECOM ITALIA S.p.A. con fecha 2 de diciembre de 2008, que restringe a los directores de TELEFÓNICA S.A. el acceso a la información y las decisiones de las operaciones de TELECOM ITALIA S.p.A. en la República Argentina.

754. La segunda de ellas, es la decisión adoptada el 27 de febrero de 2009, en virtud de la cual el GRUPO TELECOM ARGENTINA (compuesto por todas las inversiones de TELECOM ITALIA S.p.A. en la República Argentina) debe manejar sus negocios de manera independiente de TELECOM ITALIA S.p.A., de modo tal que ningún asunto relacionado con dicho grupo –incluyendo a TELECOM ARGENTINA S.A. y a sus controladas– será tratado, analizado y decidido por el directorio de TELECOM ITALIA S.p.A.

755. En este sentido, los asuntos que correspondan a dicho grupo, incluyendo los relacionados con TELECOM ARGENTINA S.A. y sus controladas, serán tratados por el Chieff Executive Officer o Director Delegado en TELECOM ITALIA S.p.A., quien deberá actuar con toda libertad e independencia en el interés de las sociedades argentinas, y sin estar sujeto a directivas del directorio de TELECOM ITALIA S.p.A. ni de sus accionistas.

756. En la misma oportunidad y sin la intervención de los directores designados por TELEFÓNICA S.A., se decidió confiar la conducción de los negocios del grupo TELECOM ARGENTINA a la gestión exclusiva de los órganos sociales de esas sociedades y de su Management y delegar en el Director Delegado de TELECOM ITALIA S.p.A., Sr. Franco BERNABÉ, en forma exclusiva, toda decisión relativa a la gestión y a las designaciones o propuestas de designaciones que pudieran

corresponder a TELECOM ITALIA S.p.A. como accionistas directo e indirecto de SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. y como parte de los acuerdos de accionistas celebrados por el GRUPO WERTHEIN.

757. Dicha medida fue complementada con una declaración del Sr. Franco BERNABÉ en la que confirmó que la gestión del GRUPO TELECOM ARGENTINA estaba confiada a los órganos sociales y al management de esas sociedades.

758. Se deriva entonces que con relación a los efectos que en los términos del art. 3° de la Ley de Defensa de la Competencia pudiera tener la relación entre TELEFÓNICA S.A., TELCO S.p.A. y TELECOM ITALIA S.p.A., no puede sostenerse que la primera de las firmas mencionadas tiene la posibilidad de dirigir las cuestiones de la otra sociedad, ni que esté en condiciones de imponerle las directivas para su gestión con cierta continuidad y permanencia, menos aún, que pueda determinar su estrategia competitiva y que ello pueda ocurrir con efectos en la República Argentina.

759. Sostienen que ello se ve corroborado en la medida en que TELEFÓNICA S.A. tampoco tiene la cantidad de acciones para lograrlo porque está en minoría frente a otros accionistas y porque además, se obligó a no intervenir por sí y a que sus directores no intervinieran en cuestiones que pudieran tener efectos en la República Argentina. Además, indican también que sumado al precedentemente indicado, TELECOM ITALIA S.p.A. tomó medidas al respecto independizando la gestión de la República Argentina del directorio del TELECOM ITALIA S.p.A.

760. En consecuencia, entienden que no es posible sostener bajo la ley de la República Argentina, que TELEFÓNICA S.A. controla TELCO S.p.A. en forma directa ni TELECOM ITALIA S.p.A. en forma indirecta, ni TELECOM ARGENTINA S.A. en forma indirecta.

761. Manifiestan por ello que todos los funcionarios del Poder Ejecutivo Nacional actuaron con prescindencia de los hechos comprobados en la causa y de las normas impuestas por el derecho vigente, provocando que las decisiones en cuestión tengan un fundamento solo aparente, convirtiéndolas en arbitrarias y susceptibles de reproche constitucional. Agregan que debe dárseles a las presentantes la chance de rebatir las erradas conclusiones en esta instancia de reconducción del expediente Pirelli.

762. Por otra parte, sostienen que la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ha afirmado en la Resolución 4/2009, que la Resolución SPE 14/2009 intenta irregularmente confirmar, que TELEFÓNICA S.A. controla TELCO S.p.A. y que ésta controla TELECOM ITALIA S.p.A. Entre otras razones, porque con la cantidad de acciones que tiene TELCO S.p.A. en TELECOM ITALIA S.p.A. y por la atomización de los demás accionistas, tal situación de control se verifica.

763. Sin embargo, indican que para que esto se verifique, esa supuesta capacidad de prevalecer no debe ser meramente ocasional, sino que debe tener cierto nivel de permanencia y estabilidad.

764. Resaltan que las asambleas de una sociedad como TELECOM ITALIA S.p.A. son anuales. En consecuencia, para determinar si hay control o no sobre TELECOM ITALIA S.p.A. se ha de verificar que la tenencia accionaria de TELCO S.p.A. sea capaz de prevalecer y, para ello, es necesario ver el comportamiento de los demás accionistas a lo largo de un tiempo prudencial, no pudiendo determinarse cuando la OPERACIÓN TELCO se firmó o cuando la misma se cerró.

765. Asimismo, expresan que cuando en fecha cercana a la adquisición, OLIMPIA S.p.A. había concurrido a una asamblea de TELECOM ITALIA S.p.A. y no había logrado por sí reunir la mayoría.

766. Asimismo, manifiestan también que la Resolución CNDC 4/2009 se sustenta en que: (i) TELEFÓNICA S.A. habría pagado una aparente prima de control, (ii) la auto restricción asumida por TELEFÓNICA S.A. no sería eficaz, (iii) TELEFÓNICA S.A. asumiría una supuesta influencia determinante por su carácter de principal operador y (iv) TELEFÓNICA S.A. se habría reservado el carácter de único operador en telecomunicaciones, todas cuestiones ajenas a las presentantes con lo cual no servirían de sustento para obligarla a notificar.

767. Sin embargo, aducen que ésta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA se precipita al establecer hipótesis asumiendo que el mayor valor por las acciones suscriptas esta necesariamente ligado a la toma de control de la sociedad, sin preocuparse por contrarrestar tal conclusión con la realidad, ni dejar margen a otros factores que hayan podido incidir eficazmente en la determinación del precio final.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

FOLIO 11410

768. Expresan que, si se analiza la prueba, se puede observar que por un lado se encuentran las declaraciones testimoniales de los representantes de TELEFÓNICA S.A. que manifiestan que dicho mayor precio tuvo origen en las reglas de la oferta y la demanda. Y por otra parte, se encuentra la declaración del Sr. WERTHEIN cuya clara intención para lograr que la Operación Telco sea considerada una operación de concentración es de público y notorio conocimiento, sirviendo ello para descalificar su testimonio.

769. En consecuencia, y frente a declaraciones contrapuestas y considerando la totalidad de la prueba rendida, entienden que la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA debió cotejarlo con la realidad.

770. Por el contrario, manifiestan que la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA partió de la equivocada premisa de que la referida diferencia constituye una prima de control. Alegan que aún a pesar de los argumentos esgrimidos, TELEFÓNICA S.A. no podrá ejercer ningún tipo de influencia, ya que la auto restricción asumida por TELEFÓNICA S.A., tendiente a impedir la participación de los directores que designen en TELCO S.p.A. y en TELECOM ITALIA S.p.A., elimina toda duda sobre el particular y excluye esa posibilidad.

771. En conclusión, aseveran que no tiene fundamento sostener que los demás accionistas de TELCO S.p.A. permitirán que TELEFÓNICA S.A. decida o adopte medidas que impliquen dirigir la estrategia competitiva de TELCO S.p.A. o TELECOM ITALIA S.p.A. contrarias a sus propios intereses, siendo inadmisible suponer que empresas de la envergadura de ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., INTESA SANPAOLO S.p.A y MEDIOBANCA S.p.A. convaliden comportamientos contrarios al interés de TELECOM ITALIA S.p.A.

772. Con respecto al compromiso de auto restricción, manifiestan las presentantes que es producto de elaboradas y severas limitaciones impuestas por los restantes inversores del TELCO S.p.A. para privilegiar el interés social de TELECOM ITALIA S.p.A. y evitar, de esa forma, que pueda eventualmente entrar en conflicto con el interés de TELEFÓNICA S.A. En efecto, los demás accionistas de TELCO S.p.A. son los primeros interesados en hacerla cumplir ya que de otro modo, estarían atentando contra sus propios intereses.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

FOLIO 11411

773. En tal sentido, aducen que dicho compromiso no debería haber sido soslayado en la medida en que garantiza que TELEFÓNICA S.A. no podrá dirigir la estrategia competitiva de TELECOM ITALIA S.p.A. y mantendrá inmutables las condiciones estructurales en el mercado de las telecomunicaciones. A raíz de ello, según entienden, es que la Operación Telco no genera consecuencias susceptibles de afectar la LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

774. Asimismo, advierten que el directorio de TELECOM ITALIA S.p.A., empresa principalmente perjudicada por un eventual abuso en el manejo de la información competitivamente sensible, ha aceptado y juzgado suficiente esta autorrestricción.

775. Para el caso, consideran las presentantes que TELEFÓNICA S.A. tendrá una incidencia relativa sobre TELECOM ITALIA S.p.A. como lo hace todo accionista, en razón de que posee una participación indirecta, más ello no permite concluir que mediante una exigua participación indirecta dicha influencia se torne sustancial. Por ende, no puede sostenerse que este aspecto pueda permitir a TELEFÓNICA S.A. controlar TELECOM ITALIA S.p.A. o TELECOM ARGENTINA S.A.

776. Asimismo, las presentantes sostienen que las consideraciones vertidas por esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA en la Resolución 4/2009 con relación a que TELEFÓNICA S.A. ejerce influencia sustancial en TELCO S.p.A., dado que se habría reservado el carácter de único operador de telecomunicaciones entre los accionistas es inválida.

777. Ello por cuanto, según indican, el razonamiento sería errado por cuanto nació de una equivocada premisa al interpretar la cláusula 6 del Acuerdo de Accionistas, siendo los efectos de dicha cláusula diferentes.

778. La mencionada cláusula, según indican, establece que en el caso de que TELECOM ITALIA S.p.A. celebre una alianza estratétiga con otro operador de telecomunicaciones, TELEFÓNICA S.A. podrá aceptar tal situación o, en caso contrario, ejercer su derecho de escisión, mas TELEFÓNICA S.A. no podrá oponerse en modo alguno a que TELECOM ITALIA S.p.A. celebre la referida alianza.

779. A continuación, advierten que esta cláusula pone en evidencia la capacidad que tienen los accionistas de TELCO S.p.A. de imponerle a

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

TELEFÓNICA S.A. una alianza estratégica de TELECOM ITALIA S.p.A. con otro operador telefónico, lo que resulta contradictorio con el alegado control de TELEFÓNICA S.A.

780. Por último y en cuanto a las conclusiones arribadas por esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA respecto del quórum y las mayorías supuestamente necesarias para la toma de decisiones en las asambleas ordinarias y extraordinarias de TELECOM ITALIA S.p.A., sostienen que éstas resultan arbitrarias debido a que se basan únicamente en afirmaciones que no han sido probadas en la Resolución 4/2009.

781. Por otra parte, alegan que el art. 6 Inc. d) de la LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA habla de toma de control y no de cambio de control, distinción de importancia en el caso concreto. En efecto, expresan que puede haber cambio de control que no pasa al comprador mediante una venta, con lo cual no hay toma de control por parte del comprador, y puede haber compra de una participación que no implica control y que si resulta, desde la perspectiva del comprador, en una toma de control.

782. En el caso de referencia, sostienen, TELEFÓNICA S.A. no ha tomado el control de TELCO S.p.A. y mucho menos de TELECOM ITALIA S.p.A., a pesar de haber adquirido PIRELLI & C. S.p.A. acciones de OLIMPIA S.p.A. que tampoco lo tenía.

783. Sobre este aspecto, entienden que la LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA indica que puede haber toma de control aún en casos en los que no se adquiere mas del 50% de los votos de una sociedad. En ese contexto manifiestan que la LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA convive con la idea de influencia. Por ende, es posible que un accionista sea influyente, pero no por ello hay toma de control, existiendo formas de influencia que no impliquen ni toma ni el ejercicio de control.

784. Abundan sobre este aspecto advirtiendo que la influencia no es suficiente para que la LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA obligue a realizar el control de concentraciones económicas, sino que ésta debe ser sustancial o determinante para que haya toma de control y para que la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA tenga la posibilidad de hacer el control ex ante.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148
11413

785. Asimismo, y cuando se trata de operaciones internacionales como la presente, esta cuestión debe verse exclusivamente en cuanto a los efectos en la República Argentina, porque así lo dispone el art. 3 de la Ley de Defensa de la Competencia.

786. Afirman que mal puede haber influencia determinante sobre TELECOM ARGENTINA S.A. y sobre las operaciones de TELECOM ITALIA S.p.A. en la República Argentina (que es lo que mira la Ley de Defensa de la Competencia) cuando TELEFÓNICA S.A. no puede participar en TELCO S.p.A., ni los directores designados por TELEFÓNICA S.A. pueden participar en TELECOM ITALIA S.p.A., de ninguna cuestión que esté directa o indirectamente vinculada a las operaciones del mercado de la República Argentina.

787. Por otra parte, arguyen que cuando la Resolución 4/2009 analizó el contenido y alcance del denominado Acuerdo de Co-Inversión, entienden que esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA prestó especial atención al considerando quinto, el que entienden que no sólo tergiversó en su interpretación sino que además, le dio un sentido y alcance mayor que el otorgado a las propias cláusulas y disposiciones del acuerdo.

788. Entienden que la correcta interpretación de lo previsto en la cláusula quinta indica que las partes habían puesto como condición de especial interés para su decisión, invertir en forma conjunta en TELECOM ITALIA S.p.A. a través de TELCO S.p.A., el hecho de que TELEFÓNICA S.A. y TELECOM ITALIA S.p.A. serían administradas en forma autónoma e independiente.

789. En consecuencia, expresan que no sólo no hay concentración económica con esta condición, sino que, por el contrario, lo que hay es un especial interés en no afectar la competencia.

790. Además, expresan que ni el Acuerdo de Accionistas ni ninguno de los demás derechos y prerrogativas que el Acuerdo de Co-Inversión otorgan a TELEFÓNICA S.A., pueden ser vistos como una contradicción o menoscabo para la definida intención de mantener independientes las administraciones de TELEFÓNICA S.A. y TELECOM ITALIA S.p.A.

791. Por otra parte, resaltan que la Operación Telco mereció el análisis de las autoridades de la Comunidad Económica Europea. A tales efectos, el Director General llegó a la conclusión de que la operación no calificaba como

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

FOLIO 1414

concentración económica según el significado previsto en las Regulaciones sobre Fusiones, dado que ninguna de las partes adquiere el control único de TELECOM ITALIA S.p.A. y tampoco todas o algunas de las partes.

792. Sostienen que dicho antecedente no puede permanecer indiferente al análisis del presente caso, por cuanto la Ley de Defensa de la Competencia al establecer el régimen de notificación y autorización de concentraciones, adopta un sistema que presenta similitudes con la legislación comunitaria europea.

793. Por su parte, indican que la Operación Telco también fue analizada por distintas autoridades de la República Federativa de Brasil, ya que TELECOM ITALIA S.p.A. tiene operaciones en dicho país y si bien se han adoptado diferentes decisiones, todas ellas han sido favorables a la Operación Telco. Alegan, por lo tanto, que un verdadero análisis debería haber considerado los antecedentes extranjeros,

794. A continuación afirman que art. 1° de la Resolución SCI 483/2009 resulta de imposible cumplimiento. Sobre este aspecto estiman pertinente advertir que, si bien es un tema que compete a TELEFÓNICA S.A., lo cierto es que dicha firma no puede tomar actos o decisiones del tipo de las que ordenara la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR, debido a que los compromisos asumidos por TELEFÓNICA S.A. se lo impiden.

795. Por otra parte, las presentantes dejan expresamente aclarado que, respecto a esta nueva etapa del Expediente Pirelli, desconocen los efectos y la vigencia del Dictamen CNDC N° 744, entendiendo que el mismo resulta nulo toda vez que el SECRETARIO DE COMERCIO INTERIOR hace parte integrante del mismo a la Resolución SCI 483/2009, declarada nula por la Justicia, encontrándose tal decisión firme.

796. En subsidio, las presentantes dejan asentado que, a su entender, el Dictamen CNDC N° 744 tiene un análisis errado, máxime cuando se advierte la disparidad de criterios utilizados con relación al caso "Cablevisión-Multicanal", por ejemplo con respecto a la incorporación de nuevas tecnologías y a la posible adopción de medidas por parte del ente regulador a fin de asegurar la competencia.

797. Asimismo, controvierten la valoración que le ha dado ésta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA a las declaraciones realizadas

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

por los Sres. Henoch AGUIAR y Diego PETRECOLLA, concluyendo que ello ha derivado en un incorrecto análisis de mercado y posibles sustitutos de productos.

798. A continuación, exponen que la definición del mercado geográfico realizada por esta Comisión Nacional, analizó una concentración de tipo horizontal que no es tal. En cambio, si se hubieran aplicado los mismos criterios que en "Cablevisión – Multicanal", se hubiera definido correctamente y se podría haber observado que se trata de un caso de extensión de mercado que no genera por sí problemas de competencia.

799. A fin de ilustrar sobre los fundamentos que dan cuenta de que el Dictamen N° 744 no hace un correcto análisis, se remiten al informe acompañado por las presentantes y requerido a LECG, LLC, como una de las firmas más reconocidas de análisis económico y de competencia.

800. Asimismo, entienden que la CNDC ha emitido opiniones y dictámenes aplicables a la Operación Telco, pero que se encuentran en contradicción con las resoluciones adoptadas en el presente. Para el caso, cita diversos antecedentes de Opiniones Consultivas.

801. Finalmente, sostuvieron que el informe emitido por la SECRETARÍA DE COMUNICACIONES se fundó única y exclusivamente en el hecho de que la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, a través de la Resolución 4/2009, resolvió que la operación importó una toma de control de TELECOM ITALIA S.p.A., como consecuencia del cual TELEFÓNICA S.A. ha adquirido el control de aquella sociedad y por ende de TELECOM ARGENTINA S.A.

802. Expresan que no hay en el informe ninguna otra valoración, razonamiento ni argumento que sustente su conclusión final en el sentido de que la operación resulta violatoria del marco legal aplicable y por ende, no puede ser convalidada.

803. A continuación, las presentantes solicitan que una vez resuelta la apelación contra la Resolución 4/2009 se dé, en caso de corresponder, una nueva intervención a la SECRETARÍA DE COMUNICACIONES para que analice la Operación Telco íntegramente, inclusive teniendo en cuenta particularmente las restricciones impuestas a TELEFÓNICA S.A. tal como lo ha hecho la AGENCIA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES (ANATEL), en la República Federativa de Brasil.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

1416

804. En ese orden de ideas, entienden que el informe u opinión fundada al que alude el art. 16 de la LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA obliga a la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA a solicitar al ente regulador un dictamen, es decir, que el mismo debe poseer carácter consultivo.

805. Sin embargo, indican que el Informe emitido por la SECRETARÍA DE COMUNICACIONES va mas allá de la facultad otorgada por la ley al resolver sobre el cumplimiento del marco regulatorio en cuestión, violándose así el derecho al debido proceso garantizado.

806. Remarcan que debe tenerse en consideración que cualquier decisión que hubiera tomado la SECRETARÍA DE COMUNICACIONES al respecto, tendría que haber sido recurrible por las presentantes ante los Tribunales en lo Contencioso Administrativo Federal, caso contrario se estaría emitiendo una decisión con fundamento en un acto interno de la administración violatorio de las garantías constitucionales del administrado.

807. Seguidamente, expresan que la Resolución CNDC N° 30/2010 determina que la Operación Telco tuvo como resultado graves problemas en los mercados relevantes estudiados y que tales inconvenientes afectarían el internes económico general.

808. Al respecto, alegan que ni la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ni la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR ni la SECRETARÍA DE POLÍTICA ECONÓMICA han podido invocar hechos u actos concretos en los que se haya limitado, restringido o distorsionado la competencia, o que hayan implicado un abuso de posición de dominio, pese a que hace casi dos años que el grupo comprador adquirió las acciones de OLIMPIA S.p.A.

809. Sostienen que lo expuesto determina que no hay concentración económica en los términos de la Ley de Defensa de la Competencia, mas sin perjuicio de ello, y para el supuesto en que se concluyera que la Operación Telco constituye una concentración, entienden que no se podrían tener respecto de las presentantes los cuestionamientos que mereció de la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA y de la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR y que forman parte del prejuzgamiento en el que incurrieron el MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS DE LA NACIÓN y la SECRETARÍA DE POLÍTICA ECONÓMICA.

810. Para ello entienden que, de las distintas resoluciones explicativas de los procedimientos a seguir para el control de operaciones de concentración económica ante la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, las presentantes no pueden ser consideradas como empresas involucradas, ya que no adquirieron el control de SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A., ni de NORTEL INVERSORA S.A., ni de TELECOM ARGENTINA S.A. ni el de ninguna otra sociedad controlada por el grupo TELECOM ARGENTINA.

811. De este modo, las presentantes manifiestan que no pueden responder ningún pedido de informes asumiendo que TELECOM ARGENTINA S.A. era una empresa involucrada, porque para ello, habría que esperar el resultado de la apelación interpuesta contra la Resolución 4/2009.

812. Asimismo entienden que aún considerando las actividades comerciales de TELECOM ITALIA S.p.A. y de las firmas presentantes, y para el supuesto que se diesen las demás condiciones que el marco regulatorio fija para imponer la obligación de notificar la operación, el caso de las presentantes debería tener su propio tratamiento, diferente al de TELEFÓNICA S.A.

813. En esta misma línea, manifiestan que las presentantes son empresas con inversiones que nada tienen que ver con el mercado de las telecomunicaciones, menos en la República Argentina. Por ese motivo y aún cuando se decidiera que la Operación Telco fuera una concentración económica, para el análisis de su situación, no corresponde entrar en el estudio de los productos involucrados.

814. En efecto, MEDIOBANCA S.p.A. no tiene participación previa, ni directa ni indirectamente en ninguna sociedad argentina. INTESA SANPAOLO S.p.A. las únicas participaciones que tiene en la República Argentina tienen lugar en entidades financieras y bancarias (ATLANTIS S.A. Y BANCO PATAGONIA S.A.). Por su parte, SINTONIA S.p.A. es una empresa dedicada a los negocios inmobiliarios y textil a través de COMPAÑÍA DE TIERRAS SUD ARGENTINO S.A. y BENETTON ARGENTINA S.A. y ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A. se dedica en todos los casos a empresas de seguros (GENERALI, CAJA DE AHORROS Y SEGUROS, TRADICIÓN DE SEGUROS S.A., INSTITUTO DE SEGUROS DE MISIONES Y LA ESTRELLA S.A.).

815. A continuación, indican que la única de las partes compradoras que sí tiene una participación previa en algunos de los mercados argentinos de

telecomunicaciones es TELEFÓNICA S.A., a través de empresas de su grupo que participan en los mercados de telefonía fija, telefonía celular y trasmisión de datos, pero la participación de TELEFÓNICA S.A. en la operación analizada es de solamente el 42,3% mientras que la de INTESA SANPAOLO S.p.A., MEDIOBANCA S.p.A., SINTONIA S.p.A. y ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A. suman el 57,7% restante.

816. Por ende, y ante la situación descripta, consideran que debe tenerse en cuenta que, mayoritariamente, la operación bajo análisis era de conglomerado puro, en la cual la mayor parte del interés societario en juego estaba en cabeza de empresas que no participaban previamente de los mercados argentinos de telecomunicaciones.

817. Entienden que para el caso de la Operación Telco, el grupo societario se ha formado por empresas que operan en una diversidad de sectores no competitivos entre sí, ni vinculados a una misma rama de la producción.

818. Así, resaltan en la presentación que el análisis de las operaciones de conglomerado ameritan un análisis que la CNDC, según entienden, ha omitido en su dictamen, pero que se encuentra reconocido y que ha sido reseñada por los consultores Diego Bondorevsky y Germán Coloma en el informe que adjuntan como prueba documental.

819. Manifiestan, asimismó, que la Operación Telco no puede ser tratada directamente como una fusión de TELEFÓNICA ARGENTINA S.A. con TELECOM ARGENTINA S.A., ya que hacerlo implicaría ignorar la existencia de las presentantes y de los otros socios italianos.

820. Indican que siendo que la aplicación de la LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA reconoce la utilización de principios del derecho penal, condenar a las presentantes por el hecho ajeno –la participación de TELEFÓNICA S.A.– importa una violación grave de sus garantías constitucionales.

821. Finalmente, ofrecen reafirmar públicamente, ante ésta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, su compromiso de dar cumplimiento a la previsión de la cláusula 5 del Shareholders Agreement al que entienden, debe aplicársele de manera analógica la previsión del art. 36 de la Ley de Defensa de la Competencia a los fines de generar condiciones que descarten los eventuales temores sobre la posibilidad de cualquier tipo de influencia de

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

FOLIO 1419

TELEFÓNICA S.A. en los negocios y operaciones de las sociedades controladas directamente o indirectamente por TELECOM ITALIA S.p.A. con operaciones en el mercado de las telecomunicaciones de la República ARGENTINA, quedando abiertas a considerar alternativas que en el sentido propuesto, eventualmente, pudiera proponer la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

822. Tal ofrecimiento las presentantes lo realizan sin que implique menoscabo a las defensas opuestas en el presente expediente y en los demás expedientes vinculados al caso, y sin reconocer hechos ni derechos invocados por la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR, SECRETARÍA DE POLÍTICA ECONÓMICA Y MINISTERIO DE ECONOMÍA a lo largo de todas éstas actuaciones y demás vinculadas a la Operación Telco.

823. Por último, las presentantes ofrecen prueba instrumental, informativa y documental.

VIII.e. Presentación de SINTONIA S.A.

824. Con fecha 19 de marzo de 2010 el apoderado de la firma SINTONIA S.A. realizó una presentación de acuerdo a lo dispuesto por esta Comisión Nacional en la Resolución Nº 30/2010, manifestando, aportando y ofreciendo elementos de convicción respecto de la OPERACIÓN TELCO.

825. La presentante deja constancia que en fecha 1 de marzo de 2010 interpuso recurso de apelación y nulidad contra la Resolución N° 82/2010 del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS DE LA NACIÓN, Resolución N° 14/2010 de la SECRETARÍA DE POLÍTICA ECONÓMICA y contra la Resolución 30/2010 de esta Comisión Nacional.

826. En consecuencia, la presentación efectuada no implica consentimiento, ni total ni parcial, de la legitimidad y/o razonabilidad de las Resoluciones reseñadas ut supra MECON 82/2010, SPE 14/2010 y CNDC 30/2010.

827. Prosigue su relato informando que la firma a la cual representa ya no es más accionista de la empresa TELCO S.p.A., ya que hizo uso de los derechos

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

FOLIO 11420

conferidos por el Acuerdo de Accionistas, decidiendo la escisión no proporcional de TELCO S.p.A.

828. Argumenta que dicha operación se hizo efectiva con fecha 22 de diciembre de 2009 por medio del Contrato de Compraventa de Acciones, en la cual SINTONIA S.A. adquirió las acciones correspondientes de TELECOM ITALIA S.p.A. en poder de TELCO S.p.A. y al mismo tiempo, TELCO S.p.A. readquirió y canceló la totalidad de las participaciones accionarias de SINTONIA S.p.A. en el capital accionario de TELCO S.p.A.

829. De esta forma afirma que SINTONIA S.p.A. dejó de ser accionista de TELCO S.p.A., pasando a ser accionista directo de TELECOM ITALIA S.p.A.

830. El 28 de octubre de 2009, TELEFÓNICA S.A., ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., MEDIOBANCA S.p.A. y INTESA SANPAOLO S.p.A suscribieron un "Acuerdo de Renovación" por el cual prorrogaron hasta el 27 de abril de 2013 el Acuerdo de Accionistas y en donde se dispuso que una vez concluída la salida de SINTONIA S.A. de TELCO S.p.A., los derechos que le corresponden a esta sociedad permanecerán en cabeza de los accionistas Clase A de TELCO S.p.A.

831. Destacan que los directores que SINTONIA S.A. había designado en TELCO S.p.A., o los que había nominado para ser designados por TELCO S.p.A. en TELECOM ITALIA S.p.A., han renunciado a sus cargos con fecha 22 de diciembre de 2009.

832. Expresa que con fecha 3 de febrero de 2010, SINTONIA S.A. vendió la totalidad de su participación accionaria en TELECOM ITALIA S.p.A., con lo que también dejó de ser accionista de la mencionada firma.

833. Por ende, la presentante entiende que al no ser más accionista de TELCO S.p.A., quedaría fuera de la OPERACIÓN TELCO y de los acuerdos suscriptos y en función de ello, quedaría excluída del análisis efectuado en el expediente de marras. Por último, ofrece prueba instrumental e informativa.

VIII.h. Presentación de SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

11421

834. Con fecha 26 de marzo de 2010 la firma SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A se presenta ante esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA a efectos de responder la providencia ordenada mediante Resolución CNDC 30/2010 a efectos de que "(...) agreguen lo que estime pertinente, teniendo en cuenta las posibles decisiones que podrían adoptarse en virtud de la Ley N° 25.156 y a la luz de los antecedentes obrantes en este expediente (...)"

835. Corresponde advertir que la presentación efectuada por la firma SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. fue realizado por el Sr. Adrián WHERTEIN en su calidad de Vicepresidente, en ejercicio de la Presidencia.

836. Como primer aspecto, señaló que no ha sido parte de la operación bajo análisis. En consecuencia, advirtió que la transacción mediante la cual PIRELLI & S.p.A y SINTONIA S.p.A., transfirieron el 100% del capital y votos de OLIMPIA S.p.A. a favor de TELCO S.p.A., califica como acto de concentración económica en los términos del artículo 6° de la ley 25.156.

837. Según expresa la firma en su presentación, ello sería así atento a que (i) se transfirió el control de TELECOM ITALIA S.p.A; (ii) esa transferencia consumada en el extranjero tuvo efectos en el país atento que indirectamente TELECOM ITALIA S.p.A es co-controlante del grupo TELECOM ARGENTINA; (iii) las empresas involucradas superan largamente en el país el volumen de negocios previstos en el artículo 8° de la LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA y; (iv) no resultan aplicables ninguna de las excepciones legales previstas respecto del deber de notificación obligatorio del Capítulo III.

838. En tal sentido, SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. primeramente, circunscribe su análisis a la operación mediante la cual se autorizó en el año 2002 la concentración económica mediante la cual PIRELLI & C. S.p.A, a través de la compra de OLIVETTI S.p.A., en el exterior, adquirió en la Argentina, el 50% de las acciones representativas del capital social de NORTEL INVERSORA S.A., otorgándole el control conjunto sobre la misma, de acuerdo a lo previsto en el artículo 13 inc a) de la LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

839. Como consecuencia de esa operación, advierte SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A que TELECOM ITALIA S.p.A prevaleció en las asambleas de accionistas y logra designar, entre otros puestos relevantes, el 80%

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

de los miembros del directorio. Ello sucede, según la presentante, desde fines de 2001 donde OLIMPIA S.p.A -actualmente TELCO S.p.A que absorbió por fusión esa otra sociedad– ha tomado dicha preeminencia.

840. En ese marco, indican que los directores designados a instancias de TELECOM ITALIA S.p.A en el grupo TELECOM ARGENTINA S.A sostuvieron en el segundo semestre de 2007 y durante 2008, que la operación del rubro no había implicado ninguna concentración económica ya que, en su parecer, OLIMPIA-PIRELLI no controlaban a TELECOM ITALIA S.p.A, ni por ende TELCO S.p.A la controla en la actualidad.

841. Asimismo, SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. cita en su presentación una trascripción del acta de directorio N° 247 de fecha 26 de marzo de 2009 que advierte: "(...) ha sostenido en innumerables oportunidades que la Operación Telco es una operación de la que TELECOM ARGENTINA no es parte y que los únicos obligados a notificar ante la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA son las partes intervinientes en dicha operación. Por cierto "(...) jamás se ha opuesto a que la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA adoptara todas las acciones pertinentes para que los participantes en la Operación Telco cumplieran con las normas aplicables y la sometieran a la aprobación correspondiente." Y que "(...) para él era claro que si cuando PIRELLI había adquirido las acciones de OLIMPIA la operación de compra había sido presentada a la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, no había razón para suponer que en el caso de la venta de dicha participación, no debía procederse del mismo modo."

842. Seguidamente, SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. aclara que lo precedentemente mencionado resulta suficiente para refutar cualquier argumento en contra de la necesidad de notificar la Operación Telco, y que las empresas participantes sí han notificado en Brasil y en Alemania. Ello, según la presentante, más allá de cuál sea en término de análisis sustancial, el impacto que tiene o pueda tener en el futuro la presencia de TELEFÓNICA en TELCO S.p.A, agregando que "a igual conclusión se debería llegar aún si TELEFÓNICA no hubiera sido nunca parte de esa transacción".

843. Es por ello que, lo relevante para un primer análisis (art. 8° Ley de Defensa de la Competencia) es determinar si estamos frente a una concentración

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

FOLIO 1423

económica y luego habrá que decidir que impacto tiene esa concentración económica en el país (art. 13 Ley de Defensa de la Competencia).

844. En este marco de análisis, SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. sostiene que la presencia o no de TELEFÓNICA S.A. en TELCO S.p.A es un aspecto que no incide en el hecho de que nos encontramos ante una concentración económica que debió ser oportunamente notificada.

845. Pero, independiente de lo indicado precedentemente, la presentante advierte que TELEFÓNICA S.A. es parte de TELCO S.p.A, y su influencia es la razón por la cual esas empresas acordaron la denominada "autolimitación", así como otras medidas societarias, cuyo cumplimiento resulta imposible de verificar en nuestro país, atento que se trata de una operación celebrada y consumada en el extranjero y entre empresas extranjeras.

846. Agrega la presentante con relación a la "autolimitación" que es un mero acuerdo entre privados, inejecutable por terceros y disponible por quienes se obligaron al efecto –que podría dejarse sin efecto, sin derecho a reclamo por terceros, incluida la autoridad regulatoria local–, o de decisiones unilaterales societarias con vigencia (como es el caso de lo decidido por TELECOM ITALIA S.p.A), hasta la resolución definitiva del expediente de la referencia.

847. Agrega SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. que, aún así, siendo que TELECOM ITALIA S.p.A no restringe en nada a TELEFÓNICA S.A. respecto del negocio global, o incluso el que desarrolla en otras jurisdicciones –excepto Brasil ya que así lo dispuso la ANATEL que estableció medidas en virtud del cambio de control indirecto que la transacción OLIMPIA/ TELCO implicaba–, no puede descartarse la coordinación entre empresas o la utilización unilateral de la información de la italiana en perjuicio del interés económico general y del grupo TELECOM ARGENTINA S.A.

848. Por otra parte, se advierte en la presentación que en cuanto a la invocada teoría de coaliciones variables, el acuerdo entre los accionistas de TELCO S. p.A procura exactamente lo opuesto a lo que esa teoría sostiene.

849. En ese marco, según la presentante, se señala que cuando hay más de dos accionistas y ninguno tiene un porcentaje superior al conjunto de los otros, entonces cada toma de decisión sería el resultado de una negociación particular y, por lo tanto, variable respecto de otras futuras.

850. Lo advertido precedentemente no sucede, según SOFORA TELECOMUNIACIONES S.A. dado que la existencia del pacto de accionistas procura estabilizar el "governace" de TELCO S.p.A y garantizar a sus accionistas la designación del 80% de los directores de TELECOM ITALIA S.p.A, es decir, su control.

851. Por otra parte, se advierte en la presentación que en cuanto a los posibles remedios a aplicar, resulta evidente que hay tres: (i) TELEFÓNICA S.A. debe retirarse de TELCO S.p.A; (ii) TELEFÓNICA S.A. debe elegir entre permanecer en TELCO S.p.A o transferir TELEFÓNICA DE ARGENTINA S.A. a un tercero; o (iii) TELECOM ITALIA S.p.A debe retirarse de TELECOM ARGENTINA S.A.

852. Sobre este aspecto indica que ninguna de esas decisiones perjudicaría a SOFORA TELECOMUNIACIONES S.A.. Por el contrario, agregan, parecería que lo mejor es que su principal competidor no forme parte indirecta de su estructura de capital y cadena de control.

853. Además, expresa la presentante que no corresponde instar que las sociedades radicadas en Argentina, del grupo TELECOM ARGENTINA resulten perjudicadas en virtud de la operación.

854. Indica en la presentación, por otra parte, que los directores designados a instancias de TELECOM ITALIA S.p.A en SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. han sostenido una posición diferente ya que tales directores –suspendidos en el ejercicio de sus funciones– han procurado defender a través de SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A y utilizándola, los intereses de TELECOM ITALIA y de TELEFÓNICA.

855. De acuerdo a lo antes indicado, manifestaron en la conclusión de su presentación, que la posición de esos directores, hoy suspendidos, seguramente es igual a lo sostenido por TELECOM ITALIA S.p.A y por TELEFÓNICA S.A., por lo que no se cercena en el expediente el derecho de defensa de nadie.

856. Concluye su presentación el presentante, añadiendo que el interés objetivo de SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A., coincidente en el caso con el interés público comprometido, no ha sido defendido hasta la fecha por los directores hoy suspendidos.

VIII.i. Presentación de SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. y NORTEL INVERSORA S.A.

857. Con fecha 19 de marzo y 29 de marzo de 2010 las empresas SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. y NORTEL INVERSORA S.A. respectivamente, realizaron idénticas presentaciónes a fin de dar cumplimiento con lo ordenado por esta Comisión Nacional en la Resolución N° 30/2010, manifestando, aportando y ofreciendo elementos de convicción respecto de la operación bajo análisis, por razones de economía procesal se procederá a exponer las manifestaciones esgrimidas en sendos libelos en forma conjunta.

858. Asimismo, corresponde advertir que la presentación de SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. fue realizada por Franco Pedro Agustín LIVINI en su calidad de Presidente del Directorio de la misma con el patrocinio letrado de Jorge Pérez.

859. Los presentantes manifiestan que las consecuencias de la operación no pueden ser extendidas a quienes no tuvieron participación en ella. Es por ello que, según advierten, no pueden ni deben sufrir consecuencia alguna derivada en forma directa o indirecta por la conducta, acción u omisión de las partes que intervinieron en la operación.

860. En tal sentido, indican que el grupo TELECOM ARGENTINA S.A. no debe ni puede validamente ser despojado de su operador histórico y ver amenazada su licencia en razón de una transacción de la cual resulta completamente ajeno.

861. Seguidamente aseveran que no se ha posibilitado a las presentantes intervenir y controlar la prueba producida en las "actuaciones administrativas". Por tales razones, según indican, dichas actuaciones carecerían de todo valor probatorio y no pueden ser incorporadas como un elemento valido de convicción.

862. Argumentan lo referido indicando que "corresponde que el nuevo pronunciamiento se fundamente en diligencias probatorias dictadas con la debida sustanciación a efectos de garantizar la observancia de los principios de bilateralidad, defensa en juicio del imputado, contradicción, inmediación y publicidad, conforme lo imponen las exigencias constitucionales del debido proceso y defensa en juicio.".

863. Continúan arguyendo que desde su concreción, la operación no produjo ningún cambio en las condiciones estructurales del mercado de las telecomunicaciones. Asimismo, expresan también que esta Comisión Nacional tramitó la Diligencia Preliminar y el expediente de referencia, "inspirándose" en una premisa falsa, y sin valorar debidamente las circunstancias fácticas.

864. Por otra parte, manifiestan que la sentencia dictada por la Sala A de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico de fecha 1° de febrero de 2010, la cual declaró nula la Resolución SCI 483/09 de la Secretaría de Comercio Interior, exige," i) la constitución e integración del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, con las garantías de especialidad en la materia e independencia del poder político, según ha sido concebido en el esquema de la Ley de Defensa de la Competencia como medio eficaz a efectos de garantizar los derechos de los particulares y brindar certidumbre y seguridad jurídica a las inversiones que se realicen en la República Argentina; ii) Que el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia se avoque al examen de la OPERACIÓN TELCO desde el inicio, despojándose de todas las sesgadas valoraciones introducidas por la CNDC y la SCI, prescindiendo por completo de todos los resabios del arbitrario procedimiento llevado adelante por esos organismos y que culminó con la anulación de la Resolución SCI 483/2009. A tal fin, la sentencia dictada por la Sala A ha encomendado al Tribunal de Defensa de la Competencia a realizar una indagación comprometida con la realidad, seria, imparcial, razonable y respetuosa de las garantías de defensa en juicio y del debido proceso adjetivo y de los derechos de los particulares.".

865. A continuación, afirman que ninguno de los extremos descriptos en el párrafo anterior se ha verificado, por lo que expresan que, la presentación efectuada, en ningún modo implica consentir tácita o expresamente la Resolución CNDC N° 30/2010 dictada por esta Comisión Nacional, y sólo la efectúan a efectos de dejar a salvo los derechos otorgados.

866. Además, afirman que tampoco supone reconocer la competencia de esta Comisión Nacional para entender sobre las implicancias de la Operación Telco a la luz de la Ley de Defensa de la Competencia, como así tampoco la competencia de la SECRETARÍA DE POLÍTICA ECONÓMICA DEL MINISTERIO DE

ECONOMÍA y FINANZAS PÚBLICAS y del MINISTERIO DE ECONOMÍA y FINANZAS PÚBLICAS DE LA NACIÓN.

867. Prosiguen los presentantes afirmando que la Resolución CNDC N° 30/10 no sólo formula una intimación para que esta parte –que jamás intervino de ningún modo en esas actuaciones o en la Diligencia Preliminar– y otras empresa en el plazo perentorio de 15 días agreguen lo que estimen pertinente, sino que a la vez, contiene un prejuzgamiento y una amenaza, puesto que inmediatamente aclara que la intimación se cursa "teniendo en cuenta las posibles decisiones que podrían adoptarse en virtud de la Ley Nº 25.156 y a la luz de los antecedentes obrantes en este expediente".

868. Sobre el aspecto reseñado, las presentantes manifiestan que "el emplazamiento para que mi parte comparezca y ejercite sus derechos no constituyen una genuina aplicación del principio de defensa en juicio y debido proceso, puesto que las resoluciones que mandan llevar adelante la citación anuncian que ineludiblemente se arribará al mismo resultado final, esto es la repetición de la desinversión ordenada por la Resolución SCI N° 483".

869. Seguidamente las presentantes alegan que la Resolución CNDC N° 30/2010 deja al descubierto que no importa la contundencia de los argumentos esgrimidos por éstas, ni la convicción que generen los elementos probatorios aportados, ya que según declaran "en ningún caso podremos evitar que otra vez se reproduzca la gravosa solución a la cual arribó la Resolución SCI N° 483, se desplace al operador del Grupo Telecom Argentina y se amenace con hacer caducar su licencia con sustento en los hechos y omisiones de terceros por los cuales no debe responder".

870. Prosiguen con su relato esgrimiendo que esa "obsesión e inmutabilidad" que denotan las Resoluciones recurridas respecto de la Operación Telco evidencian que no se cumplirá con la sentencia dictada por la Sala A.

871. Seguidamente, afirman que la Resolución Nº CNDC 30/2010 no puede ser tolerada por incumplir lo dispuesto por la sentencia dictada por la Sala A, agregando que tampoco puede serlo por violentar lo dispuesto por Ley de Defensa de la Competencia y las garantías constitucionales más esenciales.

872. En tal sentido, resaltan que esta CNDC, la SECRETARÍA DE POLÍTICA ECONÓMICA y el MINISTERIO DE ECONOMÍA y FINANZAS PÚBLICAS no son

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148
COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

FOLIO 11428

autoridades competentes para "reconducir" el procedimiento y dictar un nuevo pronunciamiento respetuoso de las garantías constitucionales, en los términos de lo ordenado por la sentencia dictada por la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico.

873. Por otra parte, las partes manifiestan que el grupo TELECOM ARGENTINA S.A. resulta completamente ajeno a la Operación Telco toda vez, según advierten, no han intervenido en la operación, aduciendo asimismo que esa sola afirmación bastaría para sustraerse de cualquier solución, sanción o condicionamiento que podría adoptarse de conformidad con la Ley de Defensa de la Competencia.

874. Posteriormente, detallan la composición accionaria del grupo TELECOM ARGENTINA S.A, realizan una descripción de la operación y de las resoluciones dictadas por esta Comisión Nacional y la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR. Cabe aclarar que por una cuestión de brevedad no se detallará lo manifestado ya que consta a lo largo de todo el expediente.

875. En otro orden de ideas, las presentantes indican que es "disparatado" por parte de esta Comisión Nacional mantener la premisa de que la operación bajo análisis habría generado una concentración económica en los términos del art. 6° de la Ley de Defensa de la Competencia. Ello sería así, según advierten, toda vez que de las constancias del expediente surge que la operación no habría concedido a TELEFÓNICA S.A. la posibilidad de controlar o ejercer influencia alguna sobre TELCO S.p.A., TELECOM ITALIA S.p.A., ni mucho menos sobre el grupo TELECOM ARGENTINA S.A.

876. Aducen también que la Resolución CNDC N° 30, al igual que el resto de las Resoluciones recurridas, constituye un claro caso de prejuzgamiento que importa una urgente necesidad de apartar a los funcionarios intervinientes del conocimiento del proceso.

877. Por otra parte, afirman que TELCO S.p.A. actualmente sólo posee el 22,45 % de TELECOM ITALIA S.p.A., el restante 77,55% del capital social se encuentra en cabeza de otros accionistas que nada tiene que ver con TELCO S.p.A. ni con TELEFÓNICA S.A. En consecuencia, según las apreciaciones vertidas, TELEFÓNICA S.A. tiene una participación en TELECOM ARGENTINA S.A. reducida e indirecta de menos del 1,8%, pudiendo elegir sólo 2 de los 14

directores en TELECOM ITALIA S.p.A. no teniendo tampoco derecho de veto alguno.

878. Indican además que el grupo TELECOM ARGENTINA no recibe influencia alguna de TELEFÓNICA S.A., y tanto TELECOM ITALIA S.p.A. como el grupo TELECOM ARGENTINA han adoptado medidas para evitar todo tipo de influencia y proteger la confidencialidad de las informaciones relativas a TELECOM ARGENTINA S.A y sus controladas.

879. En consonancia con lo indicado, manifiestan que con fecha 2 de diciembre de 2008, el directorio de TELECOM ITALIA S.p.A. aprobó el "procedimiento para formalizar y garantizar la actual separación de las actividades en Argentina del Grupo TI y del Grupo Telefónica" en el que TELECOM ITALIA S.p.A. se comprometió a que las personas nombradas o propuestas por TELEFÓNICA S.A. no ocupen cargos en el Directorio o en algún otro órgano con función equivalente en las sociedades del grupo TELECOM ARGENTINA.

880. Asimismo, indican que se prohibió a las sociedades del grupo TELECOM ITALIA y a sus representantes en el grupo TELECOM ARGENTINA designar o proponer a personas que estén relacionadas con TELEFÓNICA S.A.; o que actualmente ocupen o hayan ocupado durante los últimos 12 meses cargos similares en TELEFÓNICA S.A., o en sociedades controladas por ésta en Argentina; para ocupar cargos como miembros del Directorio o en algún otro órgano con función equivalente en las sociedades del grupo TELECOM ARGENTINA. En tal sentido, concluyen que los directores designados a instancias de TELEFÓNICA S.A. no podrán participar en las reuniones de Directorio en las que se traten los temas enumerados anteriormente.

881. Continúan exponiendo que con fecha 27 de febrero de 2009 el Directorio de TELECOM ITALIA resolvió confiar la conducción de los negocios del grupo TELECOM ARGENTINA a la gestión exclusiva de los órganos sociales de esas mismas sociedades y de su management, quienes deberán actuar en el exclusivo interés de las sociedades que administran.

882. A continuación, señalan que la operación fue celebrada entre empresas constituidas en Europa. Por tales motivos, según declaran, ésta no tendría ningún efecto en el mercado de las telecomunicaciones argentino y se encuentra regulada por el derecho comunitario.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

FOLIO 1430

883. Continúan expresando que, a la luz de la legislación europea, cuya aplicación se impone en razón de ser la originaria de las sociedades partes de la operación, la "Competittion Directorate General of the European Commission" expresó que la operación no debe notificarse.

884. Asimismo, las presentantes hacen referencia a que la ausencia de control fue comprobada, entre otros medios, con la opinión legal del Profesor Francesco GALGANO, reconocida autoridad de la materia. En tal sentido, señalan que el mencionado, luego de analizar la operación a la luz del derecho comunitario e italiano, explicó que TELEFÓNICA S.A. no controla TELCO S.p.A. ni ejerce sobre esta influencia alguna y que no controla TELECOM ITALIA S.p.A. ni tampoco al Grupo TELECOM ARGENTINA S.A.

885. Por otra parte, resaltan que la prueba incorporada en el expediente es nula y no puede ser objeto de valoración en el nuevo pronunciamiento que mandó a dictar la sentencia dictada por la sala A.

886. Manifiestan sobre lo advertido que los vicios apuntados por la sentencia dictada por la Sala A, respecto de la Resolución SCI N° 483, se verifican en relación a la prueba recolectada a lo largo de todas las actuaciones administrativas. De ese modo, según expresan, quedaría descalificada por haber sido dispuesta y ejecutada sin intervención de las presentantes.

887. Continúan aduciendo que el expediente S01:0014652/2009 reconoce origen directo e inmediato en las actuaciones que esta Comisión Nacional inició de oficio en mayo del año 2007, bajo la Diligencia Preliminar Nº 29 (Expediente Nº S01:014971/2007). En tal sentido, expresan que dicho procedimiento no se encuentra autorizado por la Ley de defensa de la Competencia, así como tampoco lo recepta la Resolución 40/2001 de la SECRETARÍA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y EL CONSUMIDOR la cual aprueba la "Guía para Notificaciones de Operaciones de Concertación Económica" ni en ningún otro cuerpo legal aplicable al caso.

888. Asimismo, afirman que durante toda la instrucción de ese procedimiento esta Comisión Nacional habría incurrido en las siguientes arbitrariedades: "(i) se arrogó potestades jurisdiccionales, cursó requerimientos a diferentes entes, citó testigos y designó veedores prescindiendo por completo de la participación de esta parte en tales trascendentales diligencias; (ii) no se sujetó a ningún plazo,

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

FOLIO 1431

concluyendo con la Diligencia Preliminar mediante el dictado de la Resolución CNDC N° 4/09, casi dos años después desde que fuera iniciada; (iii) jamás permitió intervenir, contribuir, cuestionar, opinar y alegar sobre la prueba producida, afectándose muy seriamente el derecho de defensa de esta parte.".

889. Seguidamente, indican que todos los antecedentes probatorios, tanto de la Diligencia Preliminar Nº 29, como del expediente de marras, tienen un mismo rango común que mantuvo inalterable a lo largo de toda la instrucción, y que residió en la prescindencia del grupo TELECOM ARGENTINA de todas las medidas probatorias efectuadas.

890. A continuación, expresan que el procedimiento llevado adelante por esta Comisión Nacional, el cual culminó con una resolución de "naturaleza sancionatoria", violó los principios esenciales del debido proceso, en tanto que las directivas de bilateralidad, defensa en juicio, contradicción, inmediación y publicidad quedaron reducidas a una mera ficción. Esgrimen entonces que si esta Comisión Nacional hubiese permitido que el grupo TELECOM ARGENTINA participe de las diferentes formas de obtener prueba, la solución a la que se ha arribado hubiese sido distinta.

891. Continúan advirtiendo SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. y NORTEL INVERSORA S.A. que el grupo TELECOM ARGENTINA no podrá verse afectado por la nueva resolución que dicte la autoridad competente, dado que no ha sido parte de la operación toda vez que no ha participado de la transacción ni de sus negociaciones.

892. Por tales razones, según indican, la operación no causó ninguna modificación en las tenencias del capital accionario del grupo TELECOM ARGENTINA, ello por cuanto la misma se desarrollo varios eslabones por encima en la cadena de participaciones societarias.

893. En otro orden de ideas, señalan que las Resoluciones de la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR N° 483/09, 1/10 y 3/10, afectaron gravemente a las presentantes. Ello habría sido así, según indican, dado que, por un lado, lo despojaban de su operador y principal inversor y, por el otro, establecían que en caso de que TELECOM ITALIA S.p.A. no llevará a cabo la desinversión antes del 25 de febrero de 2010, TELECOM ARGENTINA S.A. se vería expuesta a la toma

de gravísimas medidas atentatorias de sus derechos de propiedad, de comerciar, trabajar y ejercer industria, incluyéndose la posibilidad de afectar su licencia.

894. Entienden que las medidas previstas en las resoluciones mencionadas *ut supra* resultan inadmisibles, no siendo permisible que se pretenda poner en práctica alternativas similares.

895. Sostienen SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. y NORTEL INVERSORA S.A. que son licenciatarias de un servicio público, por lo que debe impedirse que el servicio se vea afectado directa o indirectamente. Ello sería así dado que, de producirse dicha situación, traería consecuencias a los usuarios que verían interrumpido el servicio y, siendo este retomado por otra empresa, éste no contaría con los estándares de calidad y eficiencia brindados por TELECOM ARGENTINA S.A. y TELECOM PERSONAL S.A.

896. Por otra parte, las presentantes insisten en que la Operación Telco no resulta contraria al régimen de la Ley de Defensa de la Competencia.

897. Las presentantes afirman que el nuevo procedimiento, al cual se dio inicio a raíz de la sentencia dictada por la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, debe ponderar una suma de cuestiones que han sido soslayadas en la instrucción anterior y que, según denuncian, resultan conducentes y determinantes para evidenciar que la operación de marras no violenta el régimen de defensa de la competencia, ni el bien jurídico tutelado por la Ley de Defensa de la Competencia.

898. Por otra parte, aseguran que la operación se encuentra excluida del ámbito de prohibición del artículo 7° de la Ley de Defensa de la Competencia ya que no se estaría en presencia de una concentración económica en los términos del artículo 6° de la Ley de Defensa de la Competencia.

899. Asimismo, resaltan que luego de tres años desde que fue celebrada la operación no se verificó ningún menoscabo real al régimen de competencia ni se ha visto excluido ningún jugador del ámbito de las telecomunicaciones.

900. Sobre esto, indican que meras conjeturas no pueden sustentar la disposición de restricciones patrimoniales tales como obligar al operador del grupo TELECOM ARGENTINA a desprenderse de su participación social o amenazar con declarar la caducidad de las licencias de las firmas presentantes.

901. Explican, por otra parte, que el procedimiento que concluyó con la Resolución SCI N° 483, poseía incongruencias tales como el análisis del mercado. En tal sentido, manifiestan que se habría incurrido en una definición del mercado relevante que no se compadece con la realidad ni con la actualidad del mercado de las telecomunicaciones.

902. En tal sentido, sostienen que dicha definición soslaya que hoy en día los servicios de telecomunicaciones pueden proveerse a partir de distintas plataformas como cableado telefónico, el cableado televisivo y sistemas inalámbricos por lo que la competencia se desarrollaría sin discriminación entre la telefonía fija, la celular, internet y la televisión entre otras.

903. Además, sostienen que el análisis efectuado por esta Comisión Nacional en el expediente de marras es arbitrario e insuficiente, por cuanto no ha requerido el Formulario F2.

904. Continúan relatando que también se habría soslayado que el mercado de telecomunicaciones se encuentra dividido geográficamente por lo que TELEFÓNICA DE ARGENTINA S.A. y el grupo TELECOM ARGENTINA no compiten en todo el país, sino tan sólo en determinadas zonas, siendo sus principales competidoras en cada una de las zonas geográficas donde ejercen su predominio (sur y norte) las empresas de televisión por cable y operadoras telefónicas independientes.

905. Asimismo manifiestan que el mercado esta sujeto a una fuerte regulación de tarifas, cuyos topes se encuentran en la estructura general de tarifas, lo cual excluiría una eventual afectación al interés económico general.

906. Por otra parte, afirman que el informe remitido por la SECRETARÍA DE COMUNICACIONES, el cual se encuentra en el expediente de marras, adolece de graves vicios que implican su consideración como elemento válido de prueba, ya que, según entienden las presentantes, se asienta en meras conjeturas totalmente desvinculadas de la realidad fáctica sin que brinde un indicio certero que autorice a sostener las cosecuencias que propugna.

907. También argumentan que el mencionado informe no ha logrado demostrar con razones válidas que la operación de análisis tenga efectos anticompetitivos, por cuanto ha invocado conceptos tales como el de "competencia por comparación" los cuales, según afirman, son ajenos al derecho antimonopólico y

propios del derecho regulatorio, ni tampoco explica cuales serían las barreras de entrada que verificarían en un mercado regulado y sujeto a una fuerte innovación tecnológica.

908. Concluyen su presentación manifestando que, por todo lo expuesto, la operación no constituye una operación de concentración económica susceptible de afectar el interés económico general.

909. Asimismo y sobre el final del libelo las presentantes solicitan se produzca nuevamente toda la prueba y la que resulte conducente a los fines de despejar toda incertidumbre y corroborar que la operación de marras no da lugar a una estructura de mercado susceptible de restringir o distorsionar la libre competencia.

910. Asimismo manifiestan que sin perjuicio de que según sus afirmaciones quedó demostrado que la operación bajo análisis no constituye una operación de concentración económica, solicitan que se le exija a las empresas compradoras que se instrumenten los compromisos ya asumidos en el seno de TELCO S.p.A. para despejar cualquier duda que pudiera existir, sobre alguna hipotética influencia de TELEFÓNICA S.A.

911. Finalmente, las presentantes esgrimen que el compromiso debería obrar como un elemento suficiente a efectos de excluir cualquier mínima posibilidad de que los efectos de la operación bajo análisis puedan afectar las condiciones estructurales de mercado de modo que pueda resultar afectado el interés económico general.

VIII.j. Presentación de TELCO S.p.A.

912. Con fecha 19 de marzo de 2010 la firma TELCO S.p.A. se presenta ante esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA a efectos contestar la notificación ordenada por la Resolución N° 30/2010 de fecha 25 de febrero de 2010.

913. En la presentación efectuada, TELCO S.p.A dejó constancia de que en fecha 3 de marzo de 2010 interpuso recurso de apelación y nulidad contra la Resolución N° 82/2010 del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS, contra la Resolución N° 14/2010 de la SECRETARÍA DE POLÍTICA

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148
FOLIO 1435
SECRETARIA TECNICA
COMISION NACIONAL
DEFENSA DE LA COMPETENCIA

ECONÓMICA y contra la Resolución 30/2010 de la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

914. Asimismo, TELCO S.p.A indicó que mediante Resolución 14/2010 el SECRETARIO DE POLÍTICA ECONÓMICA Roberto FELLETI resolvió, entre otras cosas, "confirmar" que la Operación Telco se encuentra sujeta al control previsto en el artículo 8 de la LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, agregando que trató de corregir –sin éxito– aquello que erróneamente decidido por la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA el 9 de enero de 2009 mediante la Resolución N° 4.

915. Agrega sobre este aspecto que la Resolución SPE 14/2010 irregular e ilegítimamente intenta consolidar lo dispuesto por la arbitraria y nula Resolución CNDC 4/2009, sometiendo a TELCO S.p.A a un procedimiento que le es ajeno por carecer de imperio la CNDC sobre la mencionada operación.

916. Asimismo, advierte la presentante que en la Resolución SPE 14/2010, la SECRETARÍA DE POLÍTICA ECONÓMICA no explica en modo alguno cómo arribó a tal conclusión dado que, según advierte, sólo en los considerandos de la misma se hace referencia a la Resolución CNDC N° 4/2009 y a las notificaciones allí ordenadas.

917. Advierte TELCO que la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA y la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR para justificar la Resolución CNDC N° 4/2009, el Dictamen CNDC N° 744 y la Resolución SCI N° 483/2009 tuvieron por cierto que, a partir de la celebración de la Operación Telco, existió una toma de control en TELECOM ITALIA S.p.A.

918. Asimismo, manifiesta que la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA investigó esta supuesta toma de control sin que TELCO S.p.A pueda tener intervención en el proceso, ni ejercer defensa y fiscalización del trámite de las actuaciones, ni participar de las audiencias, ser oída, ofrecer y producir pruebas, impugnar u observar informes, entre otras medidas.

919. Además manifiesta que durante la tramitación de la Diligencia Preliminar 29 tampoco tuvo participación alguna. En ese sentido, agregó que jamás tuvo oportunidad alguna de discutir o debatir si la Operación Telco implicó una toma de control en TELECOM ITALIA S.p.A.

920. En ese sentido, la presentante indicó que la Resolución SCI N° 483/2009 cerró para siempre el "círculo" relativo a la toma de control en TELECOM ITALIA S.p.A, sin que hubiera podido presentar su caso, burlándose de ese modo las más elementales garantías constitucionales.

921. Por otra parte, indica que es falso afirmar que la Resolución CNDC N° 4/2009 no decidió "cuestiones de fondo" toda vez que, según expresan en la presentación, lo que en ella se decidió no volvió a tratarse. Para el caso, agregó que la Resolución SCI N° 483/2009 lo tomó por bueno, válido y vinculante, y la Resolución SPE N° 14/2010 repitió tal injusticia.

922. Es por ello que, según TELCO S.p.A, la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA se expidió sobre una cuestión de fondo y primordial, desde donde se afirmó que a partir de la Operación Telco, aconteció una toma de control en TELECOM ITALIA S.p.A.

923. Además, afirmó que la existencia o no de una toma de control en TELECOM ITALIA S.p.A no era un dato anecdótico para los participantes en la Operación Telco. Sino que era una circunstancia que tenían derecho a probar –produciendo medios probatorios, fiscalizando la actuación de la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA y los veedores por ella designados, observando e impugnado informes, asistiendo a audiencias y repreguntando a los testigos citados por este Organismo–.

924. Seguidamente, la presentante advirtió que la cuestión de la toma de control era tan sensible, que nadie podía siquiera suponer que la verificación y comprobación de los hechos podía hacerse a espaldas de los potenciales perjudicados sin violentar la Constitución Nacional.

925. En ese contexto, TELCO S.p.A añade que luego de la Resolución CNDC N° 4/2009 y de la Resolución SCI N° 483/2009, se llega a la Resolución SPE N° 14/2010, consumándose, según el presentante, la violación a los derechos constitucionales que le asisten.

926. Prosiguiendo con esa línea de argumentación, TELCO S.p.A, indicó que ahora la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA debe permitir esta discusión, y ordenar la producción de prueba que ofrece en su presentación. Ello sería así por cuanto, según indican, es la única forma en que se podrá cumplir con lo ordenado por la Sala A de la Cámara Nacional de

Apelaciones en lo Penal Económico que indico que el caso debe resolverse luego de una sustanciación adecuada.

927. Seguidamente, TELCO S.p.A indicó que la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA no está interesada en la protección de la competencia en el mercado de telecomunicaciones, indicando que las Resoluciones MEyFP 82/2010, SPE14/2010 y CNDC 30/2010 afirman que a partir de la Operación Telco esta en juego el interés económico general, y que dicha transacción ha afectado el mercado de las telecomunicaciones.

928. En tal sentido, TELCO reiteró que esta Comisión Nacional, el MINISTERIO DE ECONOMÍA, LA SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR y la SECRETARÍA DE POLÍTICA ECONÓMICA no han le han permitido que participara de ningún proceso en el cual se discutiera si efectivamente si TELEFÓNICA DE ESPAÑA controla TELCO en forma directo y TELECOM ITALIA en forma indirecta.

929. Asimismo, indicó que en el expediente PIRELLI tampoco se permitió a TELCO S.p.A participar ni discutir y probar que el control adjudicado a TELEFÓNICA no existe, habiéndose tomado tal resolución sobre la base de que dicha circunstancia no debía ser sustanciada en el mencionado expediente dado que tal aspecto había sido decidido en la Resolución CNDC N° 4/2009.

930. En otro orden de ideas, TELCO S.p.A agregó sobre el particular que esto debe modificarse, y que la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA debe permitir que tal situación sea debatida en el expediente PIRELLI, dado que sólo así se cumpliría lo ordenado por la Sala A.

931. Asimismo, indicó que lo decidido por la SECRETARÍA DE POLÍTICA ECONÓMICA, actuando de ese modo, no permite inferir que se está detrás de la protección de la competencia en el mercado de telecomunicaciones, sino que, por el contrario, la reconducción del procedimiento en el Expediente PIRELLI implicó, según TELCO S.p.A, la violación de su derecho de defensa y plantea un nuevo riesgo de nulidades.

932. Seguidamente, TELCO vuelve a insistir que hay razones que justifican la procedencia de lo que solicita en el sentido de discutir y probar que no existe el alegado control de TELEFÓNICA sobre TELECOM ITALIA S.p.A.

933. Dicho esto, TELCO S.p.A vuelve a subrayar que jamás tuvo oportunidad de discutir, presentar pruebas y argumentar sobre el presupuesto de hecho en el

que se basan todas las actuaciones, toda vez que, dicho presupuesto, se refiere al control de TELCO S.p.A adjudicado a TELEFÓNICA. Por esa razón, sostiene, tal debate debe darse en la instancia de reconducción del expediente PIRELLI.

934. Por otra parte, el presentante manifiesta que debe discernirse cual es la ley aplicable en un caso como éste, de características internacionales, para evaluar si TELEFÓNICA adquirió el control directo de TELCO S.p.A, e indirecto sobre TELECOM ITALIA.

935. En esa línea argumental, TELCO S.p.A expresó que la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR y la SECRETARÍA DE POLÍTICA ECONÓMICA han soslayado en el análisis la aplicación del derecho vigente a la hora de evaluar quién controla a quién.

936. En tal sentido, y para explicar la toma de control arguye que ello debe analizarse de acuerdo al artículo 118 de la Ley de Sociedades Comerciales argentina respecto de las sociedades constituidas en el extranjero, para el caso, TELCO S.p.A y TELECOM ITALIA S.p.A.

937. Según TELCO, la mencionada norma establece que las sociedades constituidas en el extranjero se rigen en cuanto a su existencia y forma por las leyes del lugar de constitución. En tal sentido, TELCO S.p.A agregó que está admitido que a la hora de resolver el conflicto de leyes, la Ley de Sociedades Comerciales escogió el criterio de la incorporación y remitió a las leyes del lugar en el que la sociedad extranjera ha sido constituida y ha adquirido la personalidad jurídica para resolver sobre la existencia y forma de la sociedad.

938. Por tales razones, según TELCO S.p.A, está admitido que dicha remisión se aplica también para determinar el alcance de las relaciones entre los socios y la sociedad, los socios entre sí, y los socios y los terceros relaciones con la sociedad.

939. Así, concluye el presentante que para determinar si hubo o no control en el caso de TELCO S.p.A y TELECOM ITALIA S.p.A debe aplicarse el derecho italiano.

940. Por ese motivo, esta cuestión debe estudiarse a partir de la sociedad en la que la presunta toma de control ha ocurrido, debe valorarse el sentido y alcance de una situación de hecho, y la valoración no puede sino hacerse de conformidad

con el derecho aplicable al hecho en cuestión, por ello, según TELCO S.p.A, debería aplicarse el derecho italiano.

941. Es por ello que, según TELCO S.p.A, esta solución impone una recta interpretación del artículo 118 de la Ley de Sociedades Comerciales dado que, para determinar si un hecho (la tenencia de acciones de TELCO S.p.A en manos de TELEFÓNICA) otorga a TELEFÓNICA influencia sustancial o influencia determinante en los términos de la Ley de Defensa de la Competencia, se debe necesariamente analizar cuál es el alcance de los derechos que dicha tenencia le otorgan a TELEFÓNICA y, para ello, debe tenerse en cuenta el derecho que rige las relaciones entre socios –TELEFÓNICA– y la sociedad –TELCO–, que en este caso es el derecho de Italia.

942. Indica la presentante que bajo este marco de análisis, es decir, bajo la aplicación de la ley italiana, TELEFÓNICA no controla a TELCO S.p.A y esta última no controla TELECOM ITALIA.

943. Agregan que lo precedentemente advertido se ve corroborado en el contenido de dos opiniones legales emitidas por la firma de abogados Chimoneti, de donde surge que las restricciones a las que se sujetó TELEFÓNICA, bajo el Acuerdo de Accionistas celebrado con los demás accionistas de TELCO S.p.A para evitar injerencias en TELECOM ITALIA S.p.A, son válidas y ejecutables en contra de TELEFÓNICA.

944. Además, agrega TELCO S.p.A que en la época en que se celebró la Operación Telco, bajo la ley italiana ni siquiera era posible afirmar que OLIMPIA S.p.A controlaba TELECOM ITALIA S.p.A, ya que en la asamblea de accionistas del 16 de abril de 2007 OLIMPIA S.p.A no reunió por sí la cantidad de votos necesarios para imponer sus decisiones.

945. Por otra parte, se indica en la presentación que la relación de control tampoco existe bajo la ley argentina. Para así sostenerlo, analiza el artículo 33 de la Ley de Sociedades Comerciales.

946. Sobre este aspecto, sostienen que la participación de TELEFÓNICA en TELCO S.p.A –menor al 50 por ciento– y la de TELCO S.p.A en TELECOM ITALIA S.p.A –menor al 25 por ciento– excluye la aplicación del primer inciso del artículo 33 de la Ley de Sociedades Comerciales dado que no hay control interno de derecho.

947. Con respecto a TELCO S.p.A la presentante expresa que la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA no ha alegado ni ha probado que los restantes socios italianos de TELCO S.p.A hayan estado ausentes en las asambleas de accionistas, de modo tal que le permitieran a TELEFÓNICA prevalecer y formar voluntad social.

948. Por el contrario, los socios de TELCO S.p.A han firmado un Acuerdo de Accionistas que está en conocimiento de la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, en virtud del cual TELEFÓNICA designa una menor cantidad de directores en TELCO, que la que designa el total de los demás accionistas. Por tales razones, la presentante afirma que TELEFÓNICA no prevalece ni en la asamblea de accionistas ni en el directorio de TELCO S.p.A.

949. Con respecto a TELECOM ITALIA S.p.A, indican que de acuerdo con el convenio de accionistas, TELEFÓNICA designa únicamente dos directores sobre los quince directores de TELECOM ITALIA S.p.A, no teniendo, por ello, capacidad de imponer su voluntad.

950. Además, en la presentación se indica que en lo que hace a las inversiones de TELECOM ITALIA S.p.A en la República Argentina, se han tomado dos decisiones en el seno del directorio de la mencionada sociedad: (i) la restricción a los directores de TELEFÓNICA respecto del acceso a la información y las decisiones tomadas con relación a la República Argentina, decisión adoptada el 2 de diciembre de 2008 y, (ii) la decisión de TELECOM ARGENTINA S.A con respecto a que debe manejar sus negocios de manera absolutamente independiente de TELECOM ITALIA S.p.A, de modo tal que ningún asunto relacionado con dicho grupo y a sus controladas será tratado, analizado y decidido por el directorio de TELECOM ITALIA S.p.A. Dicha decisión fue adoptada el 27 de febrero de 2009.

951. Sobre esta decisión, TELCO S.p.A agregó que fue complementada con una declaración del Director Delegado de TELECOM ITALIA S.p.A, Sr. Franco BERNABÉ, en la que confirmó que la gestión del grupo TELECOM ARGENTINA S.A. estaba confiada a los órganos sociales y al management de esas sociedades.

952. La presentante concluye su análisis sobre este aspecto señalando que de lo expuesto se deriva que jamás puede sostenerse que TELEFÓNICA tiene la

posibilidad de dirigir las cuestiones de TELECOM ITALIA S.p.A, ni que esté en condiciones de imponerle las directivas para su gestión con cierta continuidad y permanencia y, menos aún, que pueda determinar su estrategia competitiva. Es por ello que, según TELCO S.p.A, no es posible sostener bajo la ley de la República ARGENTINA, las relaciones de control aludidas.

953. De acuerdo a lo expuesto, TELCO S.p.A explicó que si en realidad no hay toma de control, ninguna intervención le cabía tener a la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, ni a la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR ni a la SECRETARÍA DE POLÍTICA ECONÓMICA, en los términos de la Ley de Defensa de la Competencia con relación a la Operación Telco S.p.A.

954. Por otra parte, TELCO S.p.A sostuvo que bajo la perspectiva que se tenía en mayo de 2007, no era posible concluir que se había tomado el control, menos aún, con el antecedente de anteriores asambleas de TELECOM ITALIA S.p.A en las que OLIMPIA S.p.A no había sido el mayoritario. Por ello, TELCO S.p.A considera grave y grosero que la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA haya ignorado los antecedentes de la asamblea de TELECOM ITALIA S.p.A del 16 de abril de 2007 y, en cambio, se haya dedicado a hacer meras especulaciones no fundadas en hechos no comprobados.

955. Seguidamente, TELCO S.p.A realizó una serie de consideraciones con relación a la Resolución CNDC N° 4/2009, arguyendo que en dicho expediente se han tratado una serie de cuestiones que le son ajenas y que no sirven de sustento para obligarla a notificar.

956. Así, expresa que las apreciaciones vertidas en la DP 29 con relación a la prima de control adquirida por TELEFÓNICA, y a la diferencia de precio pagada por ella, han sido el resultado de meras conjeturas, siendo por lo tanto, una evaluación apresurada y sin ningún sostén fáctico y de tinte conjetural.

957. A efectos de justificar tal apreciación, TELCO manifestó que la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA debió preocuparse por alcanzar la verdad material, identificando las razones que confluyeron para determinar la diferencia de precio y, fundamentalmente, indagar si tiene alguna consecuencia práctica y objetiva en la administración de TELCO S.p.A y en las empresas en las que ésta cuenta con participación.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

FOLIO 1442

958. Seguidamente, vuelve a hacer una defensa de la auto restricción asumida por TELEFÓNICA, tendiente a impedir la participación de los directores que designe en TELCO S.p.A y en TELECOM ITALIA S.p.A en los supuestos en los cuales se traten ciertas cuestiones que afecten sensiblemente a subsidiarias de TELECOM ITALIA en los países donde subsidiarias de TELEFÓNICA también desarrollen su actividad.

959. Advierte entonces que dicha auto restricción disipa toda duda sobre el particular, y excluye categóricamente esa posibilidad porque TELEFÓNICA no participará ni votará cuando se discutan o propongan cuestiones relacionadas con la política de gerenciamiento y operación de TELECOM ITALIA S.p.A en la Argentina.

960. Arguye el presentante que los demás socios de TELCO S.p.A tuvieron especialmente en cuenta esta condición al momento de evaluar la conveniencia de la operación, y es por eso que suscribieron con TELEFÓNICA el Acuerdo de Accionistas y el Acuerdo de Co-Inversión.

961. Por otra parte, según TELCO, la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA parte de una conjetura al sostener que es previsible que la posición de TELEFÓNICA como operador internacional le otorgue influencia sustancial a la hora de tomar decisiones estratégicas en TELECOM ITALIA S.p.A.

962. En ese marco, la presentante manifiesta que en las conclusiones de la DP 29 esta Comisión Nacional indicó que, entre los argumentos que la habrían llevado a determinar que TELEFÓNICA ejerce influencia sustancial en TELCO S.p.A, fue precisamente que TELEFÓNICA se habría reservado el carácter de único operador de telecomunicaciones entre los accionistas.

963. Sobre el aspecto reseñado, TELCO S.p.A indica que no existe sustento alguno para afirmar que TELEFÓNICA se ha reservado tal carácter, advirtiendo que la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA efectúa un análisis erróneo de la cláusula 6 del acuerdo de accionistas que, según el presentante, pone en evidencia la capacidad que tienen los accionistas de TELCO S.p.A de imponerle a TELEFÓNICA una alianza estratégica de TELECOM ITALIA S.p.A con otro operador de telefónico.

964. A continuación, advierte que la Operación Telco mereció el análisis de autoridades de la Comunidad Económica Europea, donde el Director General de

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

FOLIO 1443

Defensa de la Competencia, luego de haber analizado el caso concluyó que la operación no calificaba como concentración según el significado previsto en las Regulaciones sobre Fusiones dado que: (i) ninguna de las partes de la operación adquiere el control único sobre TELECOM ITALIA S.p.A y, (ii) tampoco todas o alguna de las partes.

965. Asimismo, manifiesta TELCO que la operación fue analizada por distintas autoridades de la República Federativa de Brasil como ser la efectuada por la Comissao de Valores Mobiliarios y la Decisión de la Agencia Nacional de Telecomunicaciones que sujetó la aprobación de la operación al cumplimiento de determinadas exigencias. Con relación a estas decisiones, la presentante sostiene que estas constituyen antecedentes a tener en cuenta toda vez que según entienden, un verdadero análisis debería haber estado destinado a la consideración de estos aspectos y no a la mera invalidación.

966. TELCO S.p.A concluyó su descargo manifestando que esta Comisión Nacional no respetó sus propios antecedentes, explicando que la existencia de estos permiten inferir la forma en que el organismo actuará frente a situaciones similares. Sobre el particular, analizó diversas Opiniones Consultivas a efectos de determinar cual es el alcance que este Organismo le ha dado al concepto de influencia sustancial.

967. Finalmente, TELCO culminó su descargo ofreciendo prueba instrumental e informativa.

VIII.k. Presentación de PIRELLI & C. S.p.A.

968. Con fecha 19 de marzo de 2010 la apoderada de la firma PIRELLI & C. S.p.A. realizó una presentación fin de dar cumplimiento con lo ordenado por ésta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA en la Resolución Nº 30/2010, manifestando, aportando y ofreciendo elementos de convicción respecto de la Operación Telco.

969. En respuesta a la vista otorgada, impugna la prueba recabada en la Diligencia Preliminar Nº 29 que sirvió como fundamento para el dictado de la Resolución CNDC Nº 4/09, solicitando se deje sin efecto la misma de conformidad con lo resuelto por la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

11444

Económico con fecha 1 de febrero de 2010 y se dicte un nuevo pronunciamiento previa sustanciación.

970. Asimismo solicita que se reproduzca la prueba que este Organismo utilizó para fundar la Resolución CNDC 4/09, entendiendo que el plazo otorgado por la Resolución CNDC N° 30/2010 no cumple con lo ordenado por la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico.

971. Requiere que se lleve a cabo nueva prueba que permita a ésta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA realizar un nuevo análisis, donde se pueda concluir que la venta de OLIMPIA S.p.A. y la Operación Telco se encuentran exentas del régimen de control previo previsto en el Art. 8 de la Ley de Defensa de la Competencia.

972. Reitera que la venta de OLIMPIA S.p.A. y la Operación Telco no constituyen una concentración económica y exige que se le otorgue la posibilidad a los compradores de realizar un compromiso.

973. Aduce que se afectó el debido proceso y el derecho de defensa al no tener acceso ni participación en la Diligencia Preliminar N° 29, en donde sólo se le permitió a la presentante el acceso a la mencionada investigación una vez concluyó la diligencia y se le notificó la mencionada Resolución CNDC N° 4/2009.

974. Afirma que el resultado acaecido hubiese sido diferente si se le hubiese otorgado a la presentante la posibilidad de ejercer el derecho de defensa en la recolección de pruebas.

975. Advierte que lo investigado en la Diligencia Preliminar N° 29 resulta fundamental, ya que constituyó, según afirma, el único elemento de cargo contra la presentante para concluir que la venta de OLIMPIA S.p.A. y la Operación Telco debía notificarse.

976. Prosigue su relato afirmando que la firma PIRELLI & C. S.p.A. fue ajena a todo trámite de la Diligencia Preliminar N° 29, con lo cual entiende fue privada del derecho a discutir o debatir si la venta de OLIMPIA S.p.A. y la Operación Telco implicaron una toma de control.

977. Por otra parte, manifiesta que la venta de OLIMPIA S.p.A. y la Operación Telco no constituyó una concentración económica, basando sus afirmaciones en que dicha operación consistió en la venta por parte de PIRELLI & C. S.p.A. de una

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

FOLIO 1445

sociedad denominada OLIMPIA S.p.A., la cual es titular de tan sólo el 17,99 % del capital accionario de TELECOM ITALIA S.p.A.

978. Prosigue relatando que el capital accionario que OLIMPIA S.p.A. poseía en TELECOM ITALIA S.p.A. no era suficiente para permitirle ejercer sobre aquella sociedad un control o influencia sustancial, afirmando que al momento de la mencionada operación existían otros accionistas que representaban el 82,12 % restante del capital social de TELECOM ITALIA S.p.A. y que nada tenían que ver con OLIMPIA S.p.A.

979. Manifiesta que si PIRELLI & C. S.p.A. no controlaba TELECOM ITALIA S.p.A. no podría haber conferido el control de esta compañía a los adquirientes de la firma OLIMPIA S.p.A.

980. Alega que los compradores de OLIMPIA S.p.A. son un consorcio compuesto por cuatro sociedades en la que ninguna puede ejercer por sí misma y con independencia de sus socias el control sobre TELCO S.p.A., por lo que resulta remota la posibilidad de que controlen o ejerzan influencia sustancial en TELECOM ITALIA S.p.A., y en consecuencia, no estaríamos en presencia de una concentración económica en los términos del Art. 6 de la Ley de Defensa de la Competencia.

981. Afirma que la venta de OLIMPIA S.p.A. encuadra dentro de los supuestos de excepción de la Ley 25.156, por cuanto al cederse una participación minoritaria a cuatro sociedades no opera un cambio de control en el manejo de los negocios de TELECOM ITALIA S.p.A. y consecuentemente no se ven alteradas las bases estructurales del mercado, tornando al procedimiento de aprobación como un recaudo superfluo.

982. Prosigue agregando que no puede postularse que la venta de OLIMPIA S.p.A. constituya una concentración económica a la luz de la Ley de Defensa de la Competencia sin quebrantar el principio de territorialidad consagrado en el Art. 3 de la Ley 25.156, al no producir efectos en Argentina.

983. Esgrime que las Resoluciones dictadas por esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA dentro del marco de las presentes actuaciones, no han probado que la mencionada operación tenga efectos dentro del mercado nacional. Afirma que en todo caso lo que ésta Comisión Nacional y la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR afirmaron dogmáticamente fue que en

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

FOLIO 11446

virtud de los acuerdos firmados luego de la operación, TELEFÓNICA S.A. podría ejercer control o influencia sustancial sobre TELECOM ARGENTINA S.A., siendo esto ajeno a PIRELLI & C. S.p.A. ya que no fue participe de los mismos.

984. Aduce que la Operación Telco no provocó una concentración económica en razón de que ninguno de los adquirientes de OLIMPIA S.p.A. adquirió el control de TELECOM ITALIA S.p.A., por lo que resultaría facticamente imposible que dichas empresas controlen a TELECOM ARGENTINA S.A.

985. Describe que como resultado de la Operación Telco, TELEFÓNICA S.A. adquirió una participación minoritaria en TELCO S.p.A., poseyendo sólo el 42,3% del capital accionario de TELCO S.p.A.

986. Por su parte, TELEFÓNICA S.A. sólo tiene derecho a designar cuatro de los diez directores que integran el Directorio de la firma TELCO S.p.A., no pudiendo controlar el Directorio al no tener la mayoría necesaria.

987. Afirma que los derechos de veto de TELEFÓNICA S.A. en el Directorio de TELCO S.p.A. son meramente defensivos, por lo que tampoco puede entenderse que aquellos le confieren influencia sustancial sobre la sociedad. En coherencia con lo expuesto, aduce que no confiere influencia sustancial el derecho defensivo de bloquear decisiones tales como las relativas a fusiones y adquisiciones, cambio de actividad comercial, solicitar prestamos fuera del curso ordinario de los negocios, hipotecar bienes esenciales, etc.

988. Detalla que TELEFÓNICA S.A. no puede ejercer influencia sustancial sobre TELCO S.p.A., dado que no cuenta con la posibilidad de vetar decisiones que excedan las típicamente defensivas a la vez que no puede conformar la voluntad del órgano directorial.

989. Continúa su relato discurriendo que en relación al Directorio de TELECOM ITALIA S.p.A. el único derecho que tendrá TELEFÓNICA S.A. es el de nominar dos directores del listado de directores propuestos por TELCO S.p.A.

990. Sostiene que el Acuerdo de Accionistas dispone que cualquier accionista que posea el 0,5% de las acciones de TELECOM ITALIA S.p.A. puede proponer una lista de directores a fin de que sea sometida a la consideración de los restantes accionistas.

991. Expresa que TELEFÓNICA S.A. sólo tiene derecho a nominar a dos directores de TELECOM ITALIA S.p.A., y aún en el supuesto de que los mismos

sean designados, es evidente que dos directores en un Directorio compuesto por diecinueve miembros, no podrán dirigir ni bloquear las decisiones que se intenten tomar.

992. Aclara que TELEFÓNICA S.A. no es accionista de TELECOM ITALIA S.p.A. por lo que no puede influir en la votación de la Asamblea de Accionistas de TELECOM ITALIA S.p.A.

993. Afirma que TELECOM ITALIA S.p.A. manejará sus negocios de forma independiente de TELCO S.p.A. y, por lo tanto, las decisiones que se tomen en ésta última firma, influirán en TELECOM ITALIA S.p.A. como las de cualquier accionista.

994. Continúa señalando que la Operación Telco no alteró la estructura del mercado analizado, quedando descartada la eventual vulneración al Art. 7 de la LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA y por lo que no constituye una concentración económica susceptible de ser sometida a la aprobación de la autoridad de aplicación.

995. Ello, se robustece por la circunstancia de que tanto PIRELLI & C. S.p.A. como los compradores informaron a ésta CNDC respecto del funcionamiento de numerosos procedimientos que aseguran y garantizan la total separación de TELEFÓNICA S.A. de las sociedades locales.

996. Entre estos procedimientos menciona el asumido por TELEFÓNICA S.A en el Art. Quinto del Acuerdo de Accionistas el cual elimina toda duda sobre la existencia de influencia sustancial, ya que según reza dicha cláusula TELEFÓNICA S.A. no participará ni votará cuando se discutan o propongan cuestiones relacionadas con la política, gerenciamiento y operación de TELECOM ARGENTINA S.A.

997. Así también sostiene que es de público conocimiento que en el seno de TELECOM ITALIA S.p.A. se tomaron diversas medidas a fin de asegurar que TELEFÓNICA S.A. no podrá influir en modo alguno en las empresas del GRUPO TELECOM ARGENTINA, citando la aprobación por parte del Directorio de TELECOM ITALIA S.p.A del denominado "Procedimiento para formalizar y garantizar la actual separación de las actividades en Argentina del Grupo Telecom Italia y del Grupo Telefónica" mediante el cual: (i) el Directorio de TELECOM ITALIA S.p.A. se comprometió a que TELEFÓNICA S.A. no pueda designar

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

1148
FOLIO 1148

directores en las sociedades del GRUPO TELECOM ARGENTINA, (ii) se prohibió la designación de personas vinculadas de alguna forma a Telefónica para formar parte de los Directorio de las sociedades del GRUPO TELECOM ARGENTINA; (iii) se establecieron limitaciones con respecto al tratamiento en las asambleas de TELECOM ITALIA S.p.A. y demás vinculados con el GRUPO TELECOM ARGENTINA, asimismo se estableció que los directores designados a instancias de TELECOM ITALIA S.p.A. no podrán participar en las reuniones en las que se traten aquellos temas.

998. Concluye afirmando que todas las circunstancias consideradas llevan a concluir que TELEFÓNICA S.A. no ejercerá influencia sustancial en TELECOM ITALIA S.p.A.

999. Continua expresando que al mantenerse totalmente separada la administración de TELEFÓNICA S.A. de la del GRUPO TELECOM ARGENTINA no se modifican los elementos o los jugadores que componen el mercado. De este modo, ambas empresas tomarán decisiones independientes y tendrán políticas y estrategias comerciales claramente diferenciadas.

1000. Relata que la Operación Telco no tiene por consecuencia excluir un jugador de las telecomunicaciones, no aumenta la concertación ni el market share entre dos competidoras y no concurre una fusión horizontal en el mercado relevante de las telecomunicaciones, y al no verificarse tales extremos queda excluida toda posibilidad de se vulnere el Art. 7 de la Ley 25.156.

1001. Ratifica que la Operación Telco únicamente implicó una modificación en la composición accionaria de un accionista del GRUPO TELECOM ARGENTINA, que no supone un cambio de control ni otorga influencia sustancial de conformidad con la Ley de Defensa de la Competencia.

1002. Adicionalmente, y para que ésta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA pueda llegar a las conclusiones expuestas por la presentante, solicita se lleve a cabo nueva prueba que permita realizar un nuevo análisis sin vicios ni prejuzgamiento, especialmente que se tomen las medidas de prueba necesarias en el seno del directorio de TELECOM ITALIA S.p.A. y de TELCO S.p.A. para verificar si efectivamente TELEFÓNICA S.A. ejerce algún tipo de influencia sobre esas sociedades y sobre TELECOM ARGENTINA S.A.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

1449

1003. Prosigue puntualizando que conforme lo dispone el Art. 7 de la Ley de Defensa de la Competencia sólo están prohibidas las concentraciones económicas cuyo objeto o efecto sea o pueda ser, restringir o distorsionar la competencia, de modo que pueda ser perjudicial para el interés económico general.

1004. Continúa diciendo que no existe afectación al interés económico general, ya que a pesar de que transcurrieron tres años desde la celebración de la operación en análisis, no hubo ninguna afectación real en el mercado argentino de las telecomunicaciones. Sostiene que contrariamente el GRUPO TELECOM ARGENTINA ha tenido un importante crecimiento tecnológico, incrementando su participación en el mercado y ha ganado clientes a costa de TELEFÓNICA DE ARGENTINA S.A.

1005. Entiende entonces que no hay prueba que respalde que las condiciones de mercado hayan variado como consecuencia de la venta de OLIMPIA S.p.A. y la Operación Telco.

1006. Resalta que es importante a la hora de evaluar los efectos de la operación de análisis que esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA no pierda de vista que la misma es claramente una operación de conglomerado y no una fusión entre TELECOM ARGENTINA S.A. y TELEFÓNICA DE ARGENTINA S.A., ya que a su entender tiene características que la definen como tal, estas son: (i) TELEFÓNICA S.A. no controla ni ejerce una influencia sustancial sobre TELCO S.p.A; (ii) TELEFÓNICA S.A. tiene una escasa participación indirecta en TELECOM ITALIA S.p.A; (iii) TELEFÓNICA S.A. no puede imponerse en los Directorios y Asambleas de TELECOM ITALIA S.p.A. y TELCO S.p.A; (iv) TELEFÓNICA S.A. sólo designa dos directores en TELECOM ITALIA S.p.A; (v) se ha diseñado un mecanismo específico a fin de que el CEO de TELECOM ITALIA S.p.A. no decida sobre cuestiones específicas del GRUPO TELECOM ARGENTINA.

1007. Seguidamente la presentante expresa que TELEFÓNICA S.A. no sólo tiene una participación indirecta y muy reducida en TELECOM ARGENTINA S.A., sino que además en el mercado de las telecomunicaciones hay barreras legales, contractuales y fácticas insuperables que impiden que TELEFÓNICA S.A. pueda

diseñar estrategias comerciales de TELECOM ITALIA S.p.A y mucho menos TELECOM ARGENTINA S.A.

1008. Asimismo, detalla las principales razones por las cuales afirma que la Operación Telco no restringe la competencia en los mercados considerados por esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA en la Resolución SCI N° 483/09.

1009. En este sentido, describe el mercado de telefonía fija, y aduce que se encuentra altamente regulado por la SECRETARÍA DE COMUNICACIONES, por consiguiente el precio esta regulado y no se podrían incrementar las tarifas, con lo cual no se podría afectar el interés económico general. También alega conforme lo demostrado, la telefonía fija es sustituible por la telefonía celular, compitiendo además con la comunicación a través de Internet.

1010. En cuanto al mercado de telefonía móvil, detalla que es uno de los mercados más dinámicos y con mayor modificación de las participaciones accionarias y con muy fuertes jugadores. Asimismo afirma que conforme surge de lo actuado hay más de trescientas cooperativas que quieren competir en este mercado y es la SECRETARÍA DE COMUNICACIONES la que no les otorga la autorización.

1011. Por su parte, entiende que la opinión de la SECRETARÍA DE COMUNICACIONES no se encuentra debidamente fundada, ya que no posee ningún análisis sobre la competencia en le mercado respectivo, limitándose a asumir que TELEFÓNICA ARGENTINA S.A. y TELECOM ARGENTINA S.A son una misma entidad y en base a ello arriba a sus conclusiones. Afirma que la nombrada opinión se basa en legislación derogada , y no analiza la realidad actual del mercado de plataformas.

1012. Finalmente y para el caso que una vez analizados los formularios F2 y F3, ésta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA considere que debería subordinarse la operación, solicita que se le dé a los compradores la posibilidad de presentar un compromiso que satisfaga los intereses de la misma y de las partes.

1013. Por último, hace reserva de caso federal.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

FOLIO 148

11451

Dra. MARIA VICTORIA DIAZ VERA
SECRETARIA LETRADA
COMISIÓN NACIONAL DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA

IX. FACULTADES Y COMPETENCIA DE LA CNDC PARA ANALIZAR Y EXPEDIRSE SOBRE LA OPERACIÓN BAJO ANÁLISIS.

1014. Las partes sostienen en su presentación que esta Comisión Nacional se encuentra impedida de continuar entendiendo en estas actuaciones, de conformidad con lo ordenado por la Sala A de la Cámara de Apelaciones en lo Penal Económico, en su decisorio del 1° de febrero de 2010.

1015. A su vez sostienen que tanto el Señor MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS como el Señor SECRETARIO DE POLÍTICA ECONÓMICA, y los miembros de esta Comisión Nacional se encuentran impedidos de actuar por haber incurrido en prejuzgamiento en los términos del artículo 55 inciso 10 del Código Procesal Penal de la Nación.

1016. Además esgrimen que los funcionarios actuantes se encuentran impedidos de continuar entendiendo en este expediente, dado que de conformidad con lo resuelto por la Sala A, la Autoridad de Aplicación competente resultaría ser el TRIBUNAL NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

1017. Debe tenerse presente la legislación específica sobre el funcionamiento de esta Comisión Nacional. En tal sentido, la Ley N° 25.156 establece en su Artículo 58 que hasta tanto se constituya el TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, las causas continuarán tramitando ante el órgano de aplicación de la Ley N° 22.262, siendo éste la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, como órgano dictaminante y el correspondiente Secretario de Estado, quien emite la resolución que pone fin a la instancia administrativa.

1018. Dicha concepción es compartida por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala I, en cuanto dispuso: "...no ejerce funciones de superintendencia sobre la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia – en los términos del art. 127 del Código Procesal Penal de la Nación-, atendiendo a que se trata de un organismo desconcentrado de la administración y no de un Juez en lo Civil y Comercial Federal...la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia integra y mantiene una relación de subordinación en la estructura administrativa del Ministerio de Economía y de la Nación...organización en la cual

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

FOLIO 11452

–a su vez- existen funcionarios que tienen supremacía administrativa sobre la Comisión y ejercen la referida superintendencia"18.

1019. Más allá del argumento aducido, la recusación interpuesta resulta ser improcedente, pues al no tener facultades decisorias, mal puede esta Comisión Nacional emitir un pronunciamiento que importe prejuzgamiento.

1020. Lo expuesto ha sido reconocido recientemente por la Sala II Civil y Comercial Federal[19] (en minoría) quien se ha expedido concretamente en relación a las recusaciones planteadas por TELECOM ITALIA S.p.A. y TELECOM INTERNATIONAL N.V. del siguiente modo: "... Corresponde examinar en primer término la recusación con causa planteada respecto de los integrantes de la CNDC. En tal orden de ideas cabe destacar que las funciones de ese órgano se limitan a llevar a cabo la instrucción e investigación de las infracciones a la ley y a emitir dictámenes de ciertos casos (doctrina de la Corte Suprema en la causa "Credit Suisse", Fallos 330:2527, del 5.06.07; esta sala causas n° 3826/09 del 27.7., 252/10 del 19.2.10 y 341/10 del 25.2.10; Cámara Nacional de Apelaciones en lo penal Económico, sala A, causa 59.562 del 21.10.09). El propio organismo ha reconocido en este pleito que no tiene facultades decisorias (...) de modo tal que si la CNDC no emitió una decisión-no dirimió con fuerza de verdad legal conflicto alguno-mal podría hablarse de prejuzgamiento....".

1021. Por otra parte, también se dispuso que: "... en lo que se refiere al Señor Ministro de Economía considero que no se ha producido el alegado prejuzgamiento. La resolución MECON N° 82/10 fue dictada como consecuencia del fallo anulatorio de la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, en la causa, "Incidente de Apelación TELEFÓNICA S.A. y otros c/ Resolución SCI N° 483/09(en autos principales: "PIRELLI & C.S.p.A y otros s/ Notificación artículo 8 Ley 25.156") del 1.2.10 y la única medida que instrumentó fue la designación del Secretario de Política Económica como autoridad a cargo de la resolución del procedimiento, teniendo en cuenta que el citado tribunal había dispuesto el apartamiento del Secretario de Comercio Interior. Las afirmaciones

[18]Cámara Nacional Civil y Comercial Federal Sala I, Expediente "JP MORGAN OVERSEAS CAPITAL CORPORATION Y OTROS s/ RECURSO DE QUEJA POR REC. DIRECTO DENEGADO", causa 5055/09, del 26 de noviembre de 2009.

[19] Fallo de fecha 13-04-2010 en autos:"TELECOM ITALIA S.p.A y otro s/ recurso por rec. Directo denegado."

realizadas por el funcionario en cuanto a la existencia de un peligro para el bienestar general que estaría comprometido por la Operación Telco no superan el umbral de la mera conjetura. La utilización del potencial impide sostener la existencia de pronunciamiento sobre las cuestiones que deben decidirse en ese trámite administrativo..."

1022. En relación a las facultades de esta Comisión Nacional también se ha expedido la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico dictado el día 26 de febrero de 2009 en autos: "Incidente de Apelación de la Resolución CNDC N° 142/09 en causa: "GRUPO CLARÍN S.A., VISTONE LLC, FINTECH ADVISORY INC., FINTECH MEDIA LLC, VLG ARGENTINA LLC, Y CABLEVISIÓN S.A. s/ NOTIFICACIÓN ARTÍCULO 8 LEY 25.156", en el cual se estableció por unanimidad que la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia: "carece de atribuciones para resolver". También se dispuso que: " el apartamiento requerido carece de objeto puesto que las opiniones que pudieran haberse anticipado no(...) son vinculantes".

1023. En modo alguno puede considerarse prejuzgamiento la expresión de esta Comisión Nacional referida a un hecho pasado al afirmar: "... que luego de un exhaustivo análisis, esta Comisión Nacional concluyó que la operación generaba graves problemas en los mercados relevantes estudiados..." pues eso es algo que ya se encontraba plasmado en el Dictamen N° 744 emitido por esta Comisión Nacional. Lo único que se hizo en la Resolución CNDC N° 30/2010 es mencionarlo en la relación de antecedentes.

1024. Por otro lado, y tal como lo reconocen los jueces de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, la referencia efectuada sobre los problemas generados por la operación, los que afectarían el interés económico general, fueron hechos con carácter potencial y conjetural.

1025. En relación al argumento de que el órgano competente es el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, bajo la actual jurisprudencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, no cabe duda alguna acerca de cual es la Autoridad de Aplicación de la Ley N° 25.156 hasta tanto se constituya el TRIBUNAL NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. En efecto, la Corte Suprema ha reiterado que "[l]a autoridad a la que alude el art.58 de la ley 25.156 comprende a la Comisión Nacional de Defensa de la

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

11454

Competencia —con facultades de instrucción y de asesoramiento— y al órgano ejecutivo de la cartera económica al que, según su estructura organizativa, le corresponda la facultad resolutoria a través del dictado de actos administrativos, hasta tanto el tribunal creado por dicha ley se constituya, en cuyo caso le corresponderá tanto la tarea instructoria como la decisoria[20]." En el Dictamen del Procurador Fiscal, que la Corte hace suyo al resolver el caso Belmonte, se señalaba claramente que "En cuanto al fondo de la consulta, ella guarda sustancial analogía con la examinada en mi dictamen del 22 de junio de 2006 en los autos C.1216, L. XLI "Credit Suisse First Boston Private Equity Argentina II y otros s/ apel. Resol. Comisión Nac. Defensa de la Competencia" y en R.1170, L.XLII "Recreativos Franco s/ apel. Resol. Comisión Nac. Defensa de la Competencia" en dictamen del día 26 de diciembre de 2006, cuyos fundamentos -que doy por reproducidos brevitatis causae en cuanto fueren aplicables al sub judice- fueron compartidos por V.E. en los respectivos pronunciamientos del 5 de junio de 2007. En efecto, de dichos precedentes surge que la autoridad a la que alude el art. 58 de la ley 25.156 comprende a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia -con facultades de instrucción y de asesoramiento- y al órgano ejecutivo de la cartera económica al que, según su estructura organizativa, le corresponda la facultad resolutoria a través del dictado de los actos administrativos pertinentes. Ello es así, "...claro está, hasta tanto el Tribunal creado por la ley 25.156 se constituya -en cuyo caso le corresponderá, según dispone dicha ley, tanto la tarea instructoria como la de decisión- y mientras rija el sistema de transitoriedad previsto en su art. 58.

1026. Debe notarse que el Alto Tribunal no ha condicionado la competencia de la autoridad transitoria de aplicación de la ley N° 25.156 a que la constitución del TRIBUNAL NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA tenga lugar en determinado plazo, que ni siquiera dicha ley establece. Ello, va de suyo, resulta de toda lógica ya que implicaría de facto la suspensión de la aplicación de la ley 25.156 hasta que ello ocurra, lo que resulta contrario a la decisión del legislador reflejada en el artículo 58 de la ley bajo análisis. En efecto, el legislador no

[20] Fallo "Belmonte Manuel y Asociación Ruralista General Alvear c/ Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional"; Causa B.1680.XLII"

ESCORIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho
148
1894
1455

condicionó de modo alguno la aplicación de la ley 25.156 a la previa constitución del TRIBUNAL NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, ni sujetó las facultades de la autoridad transitoria a un límite temporal.

1027. La constitución del mentado Tribunal y la competencia de la autoridad transitoria son dos aspectos íntimamente vinculados, pero lo primero no condiciona -ni en forma suspensiva ni resolutoria- la competencia de la SECRETARÍA DE POLÍTICA ECONÓMICA y la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, en los términos del artículo 58 y con el alcance interpretado por la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, ni puede interpretarse que afecte de modo alguno la efectiva aplicación de la ley 25.156.

1028. Por todo lo dicho, ha quedado evidenciado que esta Comisión Nacional se encuentra plenamente facultada para llevar adelante el procedimiento en las presentes actuaciones y para dictaminar válidamente.

X. LA DIFERENCIA ENTRE EL PROCEDIMIENTO DE CONCENTRACIONES Y EL PROCEDIMIENTO DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS DE LA LEY N° 25.156.

X.a. Introducción.

1029. En el presente apartado, esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA analizará la diferencia entre el procedimiento previsto por la Ley N° 25.156 para el análisis de las conductas anticompetitivas y el procedimiento bajo el cual se analizan las concentraciones económicas, estableciendo las principales diferencias entre estos.

1030. La conclusión a la que se arribará será que el procedimiento del control previo de concentraciones económicas instaurado por la Ley N° 25.156 tiene una naturaleza jurídica diferente al procedimiento de conductas anticompetitivas.

1031. El procedimiento relativo a las conductas anticompetitivas llevadas a cabo por los agentes del mercado posee características propias del derecho penal, y por lo tanto, debe respetar todas las garantías penales procesales incorporadas en la Legislación Nacional, esto incluye la posibilidad de que las partes efectúen descargos, ofrezcan prueba que hace a su derecho, presenten las explicaciones

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

que consideren pertinentes, es decir que las partes poseen las típicas garantías que deben respetarse en el proceso penal, atento a que esta es la naturaleza que subyace en el procedimiento de conductas anticompetitivas.

1032. En cambio, el procedimiento de control previo de concentraciones económicas tiene una naturaleza jurídica totalmente diferente y se ampara prácticamente en un análisis empírico y teórico de los datos de los mercados afectados por la interacción de los agentes del mismo.

1033. Para lograr diferenciar ambos procedimientos, este Organismo se remitirá a la Ley 22.262, puesto que la misma sienta las bases actuales de la defensa de la competencia en nuestro país, para luego pasar a considerar la Ley N° 25.156 que incorporó a la Ley N° 22.262 un nuevo marco de análisis.

1034. La norma fundamental o principal en el plano del derecho de la defensa de la competencia es la Ley Sherman sancionada el día 2 de julio de 1890 en los Estados Unidos de Norteamérica. La lectura de la mencionada ley es rápida, puesto que contiene pocos artículos. Sin embargo su comprensión no es para nada sencilla. Por tal razón, la jurisprudencia de dicho país ha desarrollado durante más de un siglo una serie de interpretaciones y principios que son receptados en las principales legislaciones.

1035. Sostiene Cabanellas[21] que el desarrollo de la legislación regulatoria de la competencia experimentó, en el ámbito del derecho comparado, un nuevo impulso mediante el Tratado de Roma de 1957, por el que se constituyó la Comunidad Económica Europea. Los artículos 85 y 86 de dicho Tratado sentaron las bases para las regulaciones comunitarias relativas a la competencia, creando así, en cada país miembro de la nombrada Comunidad, una estructura mínima de protección de la concurrencia a los mercados, sin perjuicio de las normas nacionales sancionadas sobre el mismo tema.

1036. En nuestro país, el día 6 de agosto de 1980 se sancionó la Ley N° 22.262. El objetivo de dicha norma era reflejar desde el punto de vista positivo una rama del derecho que se encontraba en pleno auge desde hacía varios años en los principales países del mundo.

[21] Guillermo Cabanellas, Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia, Tomo 1, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2005.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

19896
FOLIO
1457

1037. Si bien existían para ese momento normas que intentaban establecer el derecho de la defensa de la competencia en nuestro país, recién con la sanción de la Ley N° 22.262 ello cobró impulso.

1038. La Ley N° 22.262 tenía como función principal sancionar los actos anticompetitivos.

1039. El régimen legal instaurado por la Ley 22.262 condecía casi idénticamente con el régimen procesal penal nacional. La instrucción de la causa se iniciaba de oficio o por una denuncia presentada por una parte.

1040. Si la instrucción se iniciaba de oficio, se procedía a establecer una relación de los hechos que la motivaran. Si se iniciaba por denuncia de parte, esta debía contener los requisitos exigidos por el Código de Procedimientos en Materia Penal. Tanto la relación de los hechos como la denuncia, en caso de proceder, debía ser notificada a las partes denunciadas por el plazo de 15 días.

1041. En la contestación del traslado, las partes denunciadas debían dar las explicaciones del caso y solicitar la realización de diligencias.

1042. Concluida la etapa de instrucción, se corría traslado de las actuaciones al presunto responsable por el término de 30 días para que efectúe su descargo y ofrezca prueba.

1043. Una vez producida la prueba, la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA debía producir un informe y elevarlo al entonces SECRETARIO DE ESTADO DE COMERCIO Y NEGOCIACIONES INTERNACIONALES.

1044. A partir de dicho informe, el SECRETARIO DE ESTADO DE COMERCIO Y NEGOCIACIONES INTERNACIONALES debía emitir una Resolución fundada donde podía disponer lo siguiente: a) que no se innove respecto de la situación existente; b) ordenar el cese o la abstención de la conducta imputada; c) aplicar una multa; y d) solicitar a un Juez Nacional en lo Penal Económico de la Ciudad de Buenos Aires o Federal del interior del país, la disolución y liquidación de la sociedad denunciada.

1045. Tal como se puede apreciar, el procedimiento es análogo a un procedimiento en sede penal.

1046. Ahora bien, queda un punto a analizar en la Ley 22.262: ¿cuándo la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA debía actuar?

1047. El artículo 1° de la Ley 22.262 de Defensa de la Competencia establecía lo siguiente:

1048. "(...) Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general (...)"

1049. El artículo 2° de la Ley 22.262 aportaba mayor claridad y establecía una serie de definiciones útiles:

1050. "(...) 1. Que una persona goza de una posición dominante en un mercado cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o, cuando sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial.

1051. 2. Que dos o más personas gozan de posición dominante en un mercado cuando para un determinado tipo de producto o servicio no existe competencia efectiva entre ellas, o sustancial por parte de terceros, en todo el mercado nacional o en una parte de él (...)"

1052. Los artículos mencionados establecían el marco general de actuación de la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

1053. A continuación se resumirán brevemente los principios fundamentales de la microeconomía que motivan la actuación del Estado Nacional a fin de preservar las condiciones de competencia en los diferentes mercados dentro del Derecho de la Defensa de la Competencia. Luego se explicarán los dos caminos que tiene el Estado Nacional para lograr esto en la actualidad. Cabe adelantar que consisten en el control previo de las concentraciones económicas y en la persecución de conductas anticompetitivas.

1054. Tal como se puede apreciar, existe un alto contenido económico en las definiciones planteadas. Por tal motivo es necesario utilizar herramientas de la microeconomía para interpretar los términos utilizados en la materia.

1055. En primer lugar, el propio nombre que recibe esta rama del derecho implica un conocimiento mínimo de los términos económicos.

1056. La noción de "competencia" no es sencilla de definir. Se trata de un determinado modo de actuar en la vida económica, de un marco de conductas

ES COPIA
LUCIA GENTILE
Dirección de Despacho

11459

relacionadas con la producción e intercambio de bienes y servicios, que el Estado busca tutelar, persiguiendo las conductas que se alejan del paradigma de la competencia perfecta.

X.b. El mercado competitivo.

1057. A continuación se realizará un breve resumen de la noción de competencia perfecta. Luego, se realizará el mismo trabajo sobre la noción de monopolio. Una vez definidos ambos conceptos, finalmente se explicarán sus consecuencias en el bienestar de los consumidores (y productores).

1058. En un mercado competitivo cada uno de los consumidores y de los productores consideran dados los precios y actúan consecuentemente tomando decisiones optimizadoras.

1059. Es decir, una empresa competitiva es aquella que considera dado el precio del producto y fuera de su control. En un mercado competitivo, cada una de las empresas considera que el precio es independiente de sus propios actos, si bien son los actos de todas las empresas considerados en conjunto los que determinan el precio de mercado.

1060. Una empresa competitiva puede fijar el precio que desee y producir la cantidad que sea capaz de producir. Sin embargo, si se encuentra en un mercado competitivo y fija un precio superior al vigente en el mercado, nadie comprará su producto. Si fija un precio inferior, tendrá tantos clientes como desee, pero perderá beneficios, es decir, perderá dinero y terminará quebrando.

1061. Si una empresa competitiva desea vender un bien, tiene que venderlo al precio de mercado. En realidad, este tipo de mercado es difícil de encontrar, pero es un ideal que debe tenerse en cuenta al momento de tomar decisiones a fin de mejorar el bienestar general.

1062. Siguiendo con el ideal del mercado competitivo, la empresa competitiva debe considerar el precio como un dato dado. Por lo tanto tiene que decidir el nivel de producción que desarrollará.

1063. En otras palabras, una firma normalmente puede decidir dos cosas, o el precio que cobra un bien en el mercado o la cantidad de bienes que ofrece en el mercado. Sin embargo, si existen muchas otras firmas que compiten con ella, una

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

FOLIO 1460

firma individual no va a poder elegir el precio al que ofrece los bienes o servicios que produce en virtud de las consideraciones esgrimidas anteriormente. Por lo tanto, bajo competencia perfecta, la firma sólo elegirá la cantidad de bienes que produce.

1064. Es decir, el problema en términos matemáticos que deberá resolver la firma será el siguiente:

$$\text{Max } x \;\; B = p^*y - c(y)$$

1065. Donde *Max B*: maximización de beneficio; *p*: precio; *y*: cantidad; *c(y)*: costo.

1066. Esto es, la firma intentará elegir una cantidad de producción tal que, multiplicada por el precio al que va a vender cada uno de los bienes en el mercado, menos el costo de producir esos bienes, maximice el beneficio que obtendrá.

1067. Nuevamente, en términos matemáticos, el resultado de esa maximización será algo que se aprende rápidamente en cualquier curso de microeconomía, pero que sin embargo, requiere de un proceso de internalización muy grande: costo marginal igual a precio.

$$p = c'(y)$$

1068. La traducción de esto es relativamente sencilla. El precio de un bien en competencia perfecta tiene que ser igual al costo de producirlo. A primera vista esta afirmación parece absurda. ¿Cómo es posible que el productor de un bien no gane dinero por producir ese bien?

1069. Esto no es así. El término "costos" en el lenguaje económico es diferente al término "costos" en lenguaje contable. Los economistas llaman "costo" a todos los costos emanados de la producción de un bien o actividad incluyendo el costo de oportunidad por llevar a cabo dicha actividad o producción de un bien.

1070. El costo de oportunidad del oferente es el costo asociado con las oportunidades que se pierde el agente por no poner los recursos de la firma en su uso más valioso.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

11461

1071. Es decir, el beneficio marginal que obtendrá un productor será cero. Parece absurdo pero no lo es. Imaginemos una situación hipotética donde existen muchos productores y muchos consumidores. Uno de esos productores fabrica cierto bien. Lo puede vender al precio que quiere. Asumamos por ejemplo que producir ese bien le cuesta al productor un precio z. Si él intenta vender ese bien a un precio z+e (asumiendo que e es un número positivo cualquiera) va a aparecer otro competidor que venda ese mismo bien a un precio entre z y z+e. Es decir, un poco más barato. De esta forma, este nuevo oferente también obtendrá ganancias por encima del costo de producción (incluyendo el costo de oportunidad) y se quedará con todos los clientes del primer oferente. Luego aparecerá un tercer oferente que venda más barato que el segundo, que se quedará con todos los clientes del segundo. Así sucesivamente hasta que el último oferente ya no pueda reducir más el precio, o mejor dicho, no pueda ofrecer el bien a un precio inferior a z.

1072. Queda un segundo aspecto. Un oferente nunca ofrecerá el bien a un precio inferior a z puesto que de esa manera estaría perdiendo dinero. Sí se quedará con toda la demanda, puesto que todo el mundo le compraría a él. Sin embargo, dado que está vendiendo a pérdida, terminaría, bajo ciertas condiciones, desapareciendo del mercado.

1073. A partir de lo sostenido anteriormente, se puede concluir lo siguiente, la cantidades de bienes o servicios que va a ofertar una firma está directamente relacionado con el precio al que se van a poder vender esos bienes o servicios. Esto es lo mismo que decir y(p). En otras palabras, la cantidad de bienes ofertados es una función del precio.

1074. Sin bien lo que sigue parecerá repetitivo, vale la pena aclararlo. Una firma bajo condiciones de competencia perfecta tiene que vender lo que produce a un precio determinado exógenamente. No puede decidir el precio, puesto que si cobra caro nadie le compra y si cobra barato pierde dinero.

1075. En definitiva, la función de oferta indica el nivel de producción maximizador del beneficio correspondiente a cada uno de los precios dados.

1076. Consecuentemente, la función de oferta del mercado, es simplemente la suma de las funciones de oferta de cada empresa en particular. Si $y_i(p)$ es la

ESCOPTA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho
148
FOLIO 1462

función de oferta de la firma i de un mercado que tiene n firmas, la función de oferta del mercado es

$$Y(p) = \Sigma\, y_i(p), \text{ con } i = i \text{ hasta } n$$

1077. Esta función indica el precio mínimo al que el mercado está dispuesto a ofrecer una cantidad de un bien. A su vez, presupone que todas las firmas tienen el mismo costo de producción marginal, puesto que si una firma tiene un costo marginal de producción mayor, entonces deberá ofrecer el bien a un precio mayor, quedando de esa manera fuera del mercado. Y si tuviera un costo marginal menor, se quedaría con toda la demanda del bien, siendo esto absurdo por las propias bases de la hipótesis (muchas firmas oferentes).

1078. Así de esta manera, la función de oferta del mercado mide la producción total ofrecida a los distintos precios. Esta función tiene pendiente positiva, o su derivada es > 0. Esto es, a mayor precio que se paga un producto, el oferente estará dispuesto a ofrecer mayor cantidad[22].

1079. En contraposición con este punto, podemos encontrar la función de demanda del mercado, la cual mide la predisposición de los agentes del mercado a demandar cierto bien o servicio a cierto precio determinado. Esta función tiene pendiente negativa o su derivada es < 0. Esto es, a mayor precio de un bien determinado, menor es la cantidad que los agentes del mercado están dispuestos a demandar[23].

$$X(p) = \Sigma\, x_i(p), \text{ con } i = i \text{ hasta } n$$

[22] Es importante tener presente que existen casos de funciones de ofertas fijas o constantes. Esto es, por características propias del mercado, es imposible en algunos casos que aumente la oferta más allá del precio ofrecido. Pero estos casos son extremos y no modifican el análisis llevado a cabo.

[23] Existe un caso teórico donde esto no ocurre. Son los llamados bienes Giffen. La teoría sostiene que estos bienes son tan escasos que a pesar que su precio aumente, también aumenta la demanda de los mismos. Nuevamente, por su propia características, no vale la pena tenerlos en cuenta en el análisis llevado a cabo.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

FOLIO 1463

1080. En este momento es posible incorporar un nuevo concepto, el precio de equilibrio. Este precio es el que logra igualar la oferta del mercado con la demanda del mercado. Es decir,

$$\Sigma x_i(p) = \Sigma y_i(p) \text{ , con } i = i \text{ hasta } n$$

1081. La importancia de este precio radica en que el mercado sólo ofrecerá y demandará productos a ese precio. Tal como fuera dicho anteriormente, si se vende más caro, existen incentivos a bajar los precios para satisfacer la demanda no satisfecha hasta ese momento. Si se vende más barato, existirán incentivos para subir los precios para no quedar fuera del mercado. Es decir, el precio de equilibrio es un punto fijo dentro de la resolución de las funciones de demanda y oferta igualadas[24] tomadas en conjunto.

1082. Recapitulando, hasta aquí se ha analizado la situación de equilibrio competitivo. Desde una perspectiva positiva o descriptiva, hemos investigado la determinación de la producción y del consumo bajo algunos mecanismos institucionales. Estos mecanismos institucionales implicaban la asunción de la existencia de un mercado o de la propiedad privada. En la economía de mercado, los consumidores individuales tienen derechos de propiedad sobre diferentes activos o bienes y son libres de comerciar esos bienes en el mercado a cambio de otros bienes. A su vez, las firmas (las cuales son propiedad de los consumidores) deciden su plan de producción y también intercambian en el mercado bienes o servicios a fin de lograr ese plan de producción. En pocas palabras, pudimos definir un equilibrio de mercado como un resultado de la economía de mercado por medio de la cual cada agente (consumidor y firma) hace lo mejor que puede hacer dada la acción de todos los demás agentes.

1083. Asumiendo que en el mercado existe intercambio puro o se dan las condiciones necesarias para que exista competencia perfecta (los bienes son negociados en el mercado a precios públicos o conocidos por todos y todos los agentes actúan como tomadores de precios), ahora queda por analizar el

[24] Esto será siempre cierto mientras se mantengan ciertas condiciones de regularidad de las funciones evaluadas.

bienestar social a partir de la situación de competencia perfecta. Tal como se demostrará a continuación, el mercado de competencia perfecta permite obtener todas las ganancias posibles del comercio.

1084. Para poder probar esto es necesario definir algunos conceptos. En primer lugar debemos definir optimalidad en sentido de Pareto[25]. Una asignación de recursos es eficiente en sentido de Pareto si no puede haber una mejora posible sin empeorar la situación de algún agente del mercado. Por implicancia, existe una mejora en sentido de Pareto cuando el bienestar de por lo menos un agente del mercado mejora sin empeorar el bienestar de otro agente del mercado.

1085. El segundo concepto a definir es el de equilibrio competitivo o Walrasiano[26]. Una asignación de bienes y un vector de precios asociado a cada uno de esos bienes constituye un equilibrio competitivo si se cumplen las siguientes tres condiciones: a) maximización de ganancias; b) maximización de utilidad; y c) market clearing (vaciamiento del mercado).

1086. La primera condición establece que cada firma debe elegir un plan de producción que maximiza sus ganancias, tomando como dado un vector de precios de equilibrio relativo a su producción y a sus insumos.

1087. La segunda condición requiere que cada consumidor elige un conjunto de bienes a consumir que maximiza su utilidad dada la restricción presupuestaria impuesta tanto por los precios de equilibrio como por su riqueza.

1088. Finalmente, la tercer condición requiere que, a los precios de equilibrio, los niveles de producción y consumo identificados en las dos condiciones previas son en realidad mutuamente compatibles, y por lo tanto la oferta agregada de cada bien (la dotación total más la producción neta) iguala la demanda agregada de esos bienes. Si hay exceso de oferta o demanda para un bien en particular a los precios ya establecidos, la economía no se encuentra en un punto de equilibrio.

1089. Sin embargo, bajo las condiciones de competencia perfecta, esto no sucederá.

1090. Una vez definidos los conceptos previos, es posible arribar una conclusión sumamente importante dentro de la economía: el primer teorema de la economía

[25] Esta noción de optimalidad recibe su nombre en honor a Wilfredo Federico Damaso Pareto.

[26] Esta noción recibe su nombre en honor a León Walras.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

FOLIO 1465

del bienestar. Este teorema garantiza que un mercado competitivo obtiene todas las ganancias derivadas del comercio. La asignación de equilibrio lograda por un conjunto de mercados competitivos es necesariamente eficiente en el sentido de Pareto[27] .

1091. En los modelos donde opera el primer teorema del bienestar, los mercados son completos en el siguiente sentido, existe un mercado para todos los bienes existentes, y todos los agentes del mercado que participan son tomadores de precios. Si estas condiciones fallan, no se llega a una situación óptima.

1092. Pero si se mantienen las condiciones esgrimidas, todos los agentes del mercado se encontrarán en una posición tal que no podrá haber una mejora que se lleve a cabo sin empeorar a uno de ellos.

X.c. El mercado monopólico.

1093. Hasta este punto se ha demostrado la conexión que existe entre competencia, precios de equilibrio, y optimalidad en sentido de Pareto. El primer teorema del bienestar establece que un equilibrio competitivo es necesariamente óptimo de Pareto.

1094. Si alguna de las condiciones necesarias del primer teorema del bienestar falla, entonces no existe un equilibrio de mercado que lleve a un óptimo de Pareto. Esto se conoce como falla de mercado. Existen muchas razones por las cuales el mercado puede no asignar correctamente (desde el punto de vista económico) todos los recursos.

1095. La falla de mercado que es necesaria analizar en el presente apartado es la relativa a la existencia de monopolios.

1096. En el modelo competitivo, todos los consumidores y productores son tomadores de precios. En efecto, se comportan como si estuvieran enfrentando una demanda o una oferta infinitamente elástica a los precios dados de los mercados. Sin embargo este presupuesto no es correcto si existe tan solo un agente en uno de los lados del mercado, puesto que ese agente poseerá poder de

[27] Esta es una expresión formal de la "mano invisible" de Adam Smith. Al respecto ver Andreu Mas-Colell, Michael Whinston and Jerry Green, Microeconomic Theory, Oxford University Press, 1995.

mercado (la habilidad de alterar los precios por encima del precio de competencia).

1097. El ejemplo más simple de poder mercado surge cuando hay sólo un vendedor (un monopolista) de un bien. Si la demanda de ese bien es una función decreciente y continua en relación al precio, entonces el monopolista podrá encontrar beneficioso elevar el precio del bien por encima del precio de competencia, incluso reduciendo un poco las ventas.

1098. Por supuesto que el monopolista puede elegir la cantidad producida en lugar del precio del bien. Sin embargo no puede elegir las dos cosas, puesto que no puede vender infinito. Entonces, la elección del precio o la cantidad está condicionada por la demanda que enfrenta.

1099. El problema de maximización de beneficio de un monopolista viene dado por las siguientes características. *P(y)* es la función inversa de demanda del mercado del bien *y*. *C(y)* es la función de costos que tiene la firma. Entonces, *i(y)=p(y)y* es la función de ingreso del monopolista. El problema que debe maximizar es el siguiente:

$$\text{Max } y_i(y) - c(y)$$

1100. La condición de optimalidad se cumple cuando el ingreso marginal es igual al costo marginal.

1101. En competencia perfecta esto también ocurre, sin embargo, el ingreso marginal ya viene dado, es el precio de mercado.

1102. En el monopolio, el término ingreso marginal se complica. El monopolista puede subir los precios. Si lo hace, gana más dinero por la diferencia de precio, pero gana también menos dinero por la diferencia en la cantidad vendida.

1103. Subirá los precios o bajará la cantidad ofrecida, siempre y cuando ese peso en la diferencia del precio (ganancia) sea mayor al peso de la cantidad en que disminuyen las ventas como consecuencia de la suba de precios (pérdida).

1104. Todo esto dependerá siempre de la curvatura o pendiente de la función de demanda (o elasticidad). Si la demanda no baja mucho cuando los precios suben, el monopolista tiene grandes incentivos a subir los precios. Si en cambio, la

demanda se ve muy afectada por la suba de precios, el monopolista no podrá hacerlo.

1105. Las firmas competitivas actúan en el punto donde el precio es igual al costo marginal. Las firmas monopólicas actúan en el punto en el que el precio es mayor al costo marginal. Normalmente, el precio es mayor y la cantidad es menor en casos de inexistencia de competencia. Por esta razón, los consumidores suelen disfrutar de un bienestar menor en las industrias monopólicas que en las competitivas. Pero a su vez, las empresas disfrutan de un bienestar mayor puesto que tienen ingresos supra-competitivos.

1106. Es muy difícil establecer si es mejor la competencia o el monopolio desde el punto de vista de la empresa y del consumidor. Sin embargo, desde el punto de vista de la eficiencia, es posible criticar la existencia de un monopolio.

1107. Dado que un monopolio vende por encima del costo marginal menos cantidad que la que vendería en una situación de competencia perfecta, deja, de alguna manera, de producir una cantidad de bienes que podría realizar hasta igualar el precio con el costo marginal. Es decir, hay personas que están dispuestas a pagar por una unidad adicional de bien más dinero de lo que cuesta producirla. Claramente, existen mejoras pareteanas realizables.

1108. Existe un segundo método de medición del bienestar de los agentes del mercado. Esto es el excedente del consumidor (y productor). Esto será analizado más adelante. Cabe adelantar, que en los casos de competencia perfecta el excedente del consumidor es el mayor posible. En cambio, en los casos de monopolio, el excedente del consumidor disminuye, crece el excedente del productor, pero aparece una pérdida irrecuperable de eficiencia provocada por el monopolio.

1109. Esta pérdida irrecuperable de eficiencia que provoca el monopolio es lo que intenta evitar el Estado Nacional a través de la sanción de las normas de defensa de la competencia.

1110. Hasta 1999 existía una sola vía para lograr esto, la sanción de conductas anticompetitivas. En el siguiente apartado se analizará la Ley N° 22.262. Como adelanto es posible decir que el análisis que efectuaba el Estado bajo la Ley 22.262 era ex post a la ocurrencia de los hechos y por tal motivo la forma de llevar

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

FOLIO 1468

a cabo la investigación debía poseer las características de un proceso persecutorio de índole penal.

X.d. El fin de la ley 22.262.

1111. Hasta aquí se ha intentado explicar dos situaciones de mercado diferentes. Por un lado el mercado competitivo donde se realizan todas las ganancias posibles.

1112. Por otro lado, se ha analizado el mercado monopólico donde quedan ganancias por realizar o donde es posible realizar mejoras de eficiencias.

1113. Ni el mercado de competencia perfecta existe en la realidad ni el mercado monopólico es siempre ineficiente en la práctica.

1114. Sin embargo, el análisis teórico de estos modelos permiten llegar a fuertes conclusiones a partir de hechos concretos de la realidad.

1115. Es importante también tener en cuenta que todos los agentes oferentes del mercado intentan maximizar beneficios. Una forma de maximizar beneficios es emular el comportamiento de los monopolios. Es decir, las firmas, si se dan ciertas condiciones, intentarán alcanzar los precios o cantidades ofrecidas en situaciones monopólicas.

1116. Recordemos que las firmas monopólicas obtienen rentas supra competitivas, por lo que sus beneficios son mayores a los obtenidos en condiciones de competencia perfecta.

1117. Para lograr esto llevarán adelante comportamientos que son sancionados por la mayoría de las normas de defensa de la competencia en el mundo.

1118. Tal como fuera dicho previamente, la vieja Ley 22.262 incorporó en sus primeros artículos los comportamientos prohibidos o las conductas que una vez llevadas a cabo, afectaban las condiciones de eficiencia.

1119. Claramente, el procedimiento para concluir que una conducta llevada a cabo por un agente del mercado afecta las condiciones de eficiencia implica la producción de prueba y el desarrollo de un profundo análisis jurídico económico. La conclusión arribada en dicho procedimiento juzgará los comportamientos previos de los agentes investigados.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

FOLIO 11469

1120. Por supuesto que, en función de los preceptos constitucionales del debido proceso y derecho a defensa en juicio, las partes deberán ser juzgadas una vez que fueron escuchadas.

1121. Vale aclarar lo siguiente. En el caso de una conducta anticompetitiva en un primer lugar existe una norma que prohíbe cierta actuación. Luego de esa norma, y por el principio de *nullum crimen nulla poena sine lege*, algún agente del mercado debe actuar contrario a la norma. Una vez ocurrido esto, el Estado Nacional, a través del órgano competente debe investigar dicha conducta para luego concluir si la misma se subsume en la norma original. Es decir, el análisis del órgano de control es ex post.

1122. Hasta aquí se ha analizado el marco de análisis que establecía la Ley N° 22.262. El mismo, reiteramos, correspondía a un juzgamiento ex post de los hechos ocurridos. Es decir, en los casos de conductas anticompetitivas los remedios aparecen una vez ocurrido el daño; sin embargo, es posible prevenirlo a través de otros mecanismos.

1123. La economía aporta herramientas conceptuales robustas para poder predecir el comportamiento de los agentes del mercado. Es una verdad de Perogrullo que si el precio de un bien sube, la gente demanda menos cantidad. También es otra verdad que si se demanda mucho un bien, por lo menos en el corto plazo, el precio tenderá a subir.

1124. En cuanto a lo que importa al análisis propio de la defensa de la competencia, la economía permite predecir que la disminución en la competencia acarrería, con grandes probabilidades, una disminución del bienestar general por efecto de la posible modificación o apartamiento de las condiciones de mayor competencia.

1125. A partir de esto, en 1999 se modificó la Ley de Defensa de la Competencia y se incorporó esta forma de análisis de las condiciones de competencia. En tal sentido, la Ley N° 25.156 incorporó el control previo de concentraciones económicas como complemento del análisis de conductas anticompetitivas.

X.e. La Ley n° 25.156. la incorporación del control de concentraciones.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

FOLIO 1470

1126. El 25 de agosto de 1999 el Congreso de la Nación sancionó la Ley N° 25.156. Esta norma modificó sustancialmente la antigua Ley N° 22.262 de dos formas diferentes.

1127. Por un lado, aportó mayor tecnicismo en aquellas conductas que son sancionadas por afectar la competencia y por alejar el comportamiento de los agentes del mercado de los paradigmas de la competencia perfecta.

1128. En este sentido y dentro del marco de las conductas anticompetitivas, el procedimiento de juzgamiento de las conductas sancionadas es similar al instaurado por la Ley N° 22.262 manteniendo su carácter penal.

1129. Sin embargo, la Ley N° 25.156 incorporó un capítulo totalmente nuevo en la legislación nacional intentando hacer coincidir la política nacional sobre la materia con la política de los principales países del mundo. De esta forma, la Ley N° 25.156 creó un procedimiento de análisis de concentraciones económicas.

1130. Si la Ley N° 22.262 tenía una mirada retrospectiva acerca de los problemas de mercado ocasionados por el comportamiento de las firmas en detrimento de los consumidores, la Ley 25.156 le agregó al Órgano de Control la posibilidad de un análisis prospectivo. Es decir, la Ley 22.262 sólo miraba para atrás. Ahora con la Ley 25.156, el Estado mira tanto para atrás como para adelante.

1131. ¿En qué consiste esta mirada? Con la nueva ley, aquellas firmas que operen en el mercado local o tengan incidencia en él y decidan concentrarse deben solicitar la autorización del estado para hacerlo, siempre y cuando cumplan ciertas condiciones cuantitativas.

1132. Ya en el mensaje ministerial que acompañaba el proyecto luego convertido en la vieja Ley 22.262 se indicaba que mediante ese proyecto "se limita la necesidad de recurrir a controles directos de precios o a otro tipo de intervención estatal directa en la economía, al promover el funcionamiento de las fuerzas del mercado, que son las que deben definir correctamente los precios"[28]

1133. Ahora esta nueva Ley terminó de cerrar el círculo de control ejercido por el Estado en pos de alcanzar los beneficios del mercado de competencia perfecta.

[28] Ver al respecto Guillermo Cabanellas de las Cuevas, obra citada.

1134. Es muy importante destacar que el procedimiento de control previo de concentraciones económicas es muy diferente al procedimiento de control de conductas anticompetitivas.

1135. Las conductas anticompetitivas implican un análisis de hechos ya ocurridos, con comportamientos ya llevados a cabo y con afectaciones a la eficiencia económica concretadas.

1136. En cambio, el procedimiento de evaluación de concentraciones económicas es totalmente diferente. En este caso, no hay un comportamiento sancionado, no hay hechos ocurridos todavía y no se afecta la eficiencia económica hasta ese momento.

1137. El análisis que realiza el órgano de control es sobre datos precisos de los mercados.

1138. El procedimiento de control de concentraciones económicas, por lo tanto, dista en mucho del procedimiento de una conducta anticompetitiva. Así ha dicho la jurisprudencia29 que: " (...) el Capítulo III de la Ley N° 25.156, conforma un sistema normativo preventivo de naturaleza administrativa y no penal..

1139. Tal es así que existe en la legislación nacional una serie de formularios ya prefijados que deben acompañar las partes notificantes a fin de facilitar el control por parte del estado. Estos formularios se denominan F1, F2 y F3.

1140. En los mismos, las partes notificantes deben aportar datos concisos entre los que se encuentran los siguientes:

a. Información precisa de las firmas notificantes (razón social, domicilio, teléfono, email).
b. Personería de los representantes de las empresas o personas notificantes.
c. Datos de inscripción ante I.G.J. y A.F.I.P.
d. Datos de los accionistas o cuotapartistas.
e. Copias de balances y documentos contables.
f. Datos de las empresas involucradas en la operación económica.

[29] Ver Voto del Dr. Bonzón en la decisión que anuló la Resolución N° 64/09-Reg.418/09 folio 581 y también su voto en autos: "INCIDENTE DE APELACIÓN DE TELEFÓNICA, S.A. Y OTROS C/ RESOLUCIÓN SCI N° 483/09, EN AUTOS PRINCIPALES: PIRELLI &C.S.p.A Y OTROS S/ NOTIFICACIÓN ARTÍCULO 8 LEY 25.156"

g. Datos de la operación económica llevada a cabo.
h. Copia de contratos.
i. Informes económicos.
j. Listados de productos ofrecidos en el mercado de las firmas intervinientes.
k. Explicación de las diferentes etapas de producción que atraviesan los productos ofrecidos por las firmas involucradas en la operación económica.
l. Datos sobre los costos de entrada de los posibles competidores.
m. Información cuantitativa del mercado (participación de las firmas en la venta o compra de los productos involucrados).
n. Datos sobre los mercados geográficos donde operan las firmas notificantes.
o. Análisis de la demanda de los bienes involucrados.
p. Datos sobre las políticas de marketing de las firmas involucradas.
q. Datos sobre los bienes sustitutos.
r. Datos sobre la conformación del mercado (existencia de Cámaras).
s. Datos sobre costos de fletes o transporte.

1141. Tal como se puede observar, los datos solicitados por el Órgano de Control se encuentran prescriptos por las normas de Defensa de la Competencia, específicamente por la Resolución N° 40/2001 de la ex Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor.

1142. Esto tiene una razón de ser. El análisis que realiza la Autoridad de Aplicación es un análisis ex ante. Por lo tanto, el método de estudio es tal que debe permitir obtener una conclusión económica de aquello que sucedería en caso de aprobarse la operación económica.

1143. No existe en los casos de análisis de concentraciones económicas una conducta anticompetitiva llevada a cabo. Todavía no ocurrió un daño al interés de los agentes del mercado. Por lo tanto no existe imputación alguna ni persecución de parte del Estado. Lo que se intenta lograr es que no se den las condiciones de mercado que faciliten el perjuicio para los administrados. Por tal razón, el Estado dispone de mecanismos que crean incentivos para que tal situación no ocurra.

1144. Por otro lado, las herramientas que brinda la economía permiten realizar estimaciones en base a los datos cualitativos y cuantitativos aportados por las partes. No hace falta que las mismas prueben un comportamiento especifico

puesto que no existe, previo a la aprobación de la concentración económica, comportamiento alguno. Vale aclarar que el presente caso esto último no es así, puesto que las partes concretaron y llevaron adelante la "Operación Telco", pese a la falta de autorización de la Autoridad de Aplicación de la Ley N° 25.156 en violación de lo dispuesto en el artículo 8 primer párrafo "in fine" de la Ley de Defensa de la Competencia[30].

1145. Así, el procedimiento del control previo de concentraciones económicas no tiene la misma naturaleza jurídica que el procedimiento de conductas anticompetitivas. El primero tiene una naturaleza de análisis técnico-económico. El segundo tiene una naturaleza penal.

1146. En el primero, en base a datos cualitativos y cuantitativos del mercado, el Estado garantiza que se alcancen las condiciones más propicias para la competencia y se obtengan todos los beneficios derivados de las condiciones de competencia perfecta.

1147. En el segundo, en base a las pruebas recabadas en el procedimiento llevado a cabo por el Estado, se establece, en caso de haberse comprobado su comisión, un comportamiento antijurídico y la consecuencia legal de tal comportamiento.

1148. En algunos casos en particular, el Estado entiende que la forma de alcanzar esas condiciones de eficiencias emanadas de la competencia perfecta es obligando a las partes intervinientes en una concentración económica a realizar ciertos actos específicos.

1149. La finalidad de la realización de esos actos específicos es garantizar que las firmas que efectúan la operación que se notifica se comporten de manera eficiente desde el punto de vista social. Si esos actos específicos que se deben realizar para lograr la eficiencia no se llevan a cabo, entonces la operación de concentración económica no tiene razón de ser porque terminará afectado el interés social.

[30] *Artículo 8, primer párrafo "in fine" de la LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA*: "...Los actos sólo producirán efectos entre las partes o en relación a terceros una vez cumplidas las previsiones de los artículos 13 y 14 de la presente ley, según corresponda..."

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

FOLIO 1474

1150. Tal como se puede inferir, la operación de concentración económica que requiere de comportamientos específicos de las firmas que intervienen en ella debe ser evaluada en su conjunto. No es posible evaluar la concentración por un lado y los actos que garantizan la competencia por otro.

1151. Un hecho viene acompañado del otro. Por un lado, la concentración, sin los actos que garanticen la competencia, en realidad afecta efectivamente la competencia. Por otro lado, los actos que intentan garantizar la competencia, sin la concentración económica, nunca se llevarían o no tendrían razón de ser. Esto es como imaginarse un efecto sin la causa que origine ese efecto.

1152. Por lo tanto, si una concentración económica posee cierto régimen procesal, este debe ser respetado a lo largo de todo el análisis de esa concentración económica.

1153. Es erróneo interpretar, tal como ocurre en el presente caso que, el hecho de que las partes contesten un traslado, tengan la posibilidad de ofrecer prueba, pues, como ya se ha dicho, el análisis de una concentración, tiene un fin diferente al del análisis de una conducta anticompetitiva.

1154. En el marco del control de concentraciones económicas es el Estado quien recaba la información pertinente en función de las atribuciones establecidas en la Ley N° 25.156. En ningún momento se prevé en la legislación que regula la materia que las partes puedan ofrecer prueba en el análisis de concentraciones económicas.

1155. El hecho de que pueda producirse prueba ofrecida por las partes desnaturalizaría el fin propio que ha querido el legislador para el análisis de concentraciones económicas, e implicaría una modificación sustancial de las atribuciones propias que tiene la Autoridad de Aplicación de la Ley N° 25.156 para determinar la información que requiere y utiliza al analizar un determinada operación.

1156. En definitiva, como ya se dijera, los procedimientos establecidos por la Ley N° 25.156 son diferentes. Uno implica un análisis *ex ante*, otro implica un análisis *ex post*.

1157. El análisis *ex ante* posee un régimen particular propio de la materia, y toda decisión que tome la Administración sobre el control previo de las concentraciones económicas y sus derivaciones debe respetar estrictamente ese régimen.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

948

FOLIO 11475

1158. El análisis *ex post* posee un régimen distinto (prácticamente penal) y el Órgano de Control debe respetar ese régimen.

1159. El origen de las presentes actuaciones no es un actuar presuntamente ilegal de las firmas notificantes sino es una concentración económica notificada ante la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Por lo tanto, el procedimiento que se debe llevar a cabo para analizar esa concentración económica y las obligaciones derivadas de ella debe estar basada estrictamente en los datos fácticos traídos por las partes en virtud de los informes presentados por ellas y/o solicitados por esta Comisión Nacional.

XI. LA PRUEBA PLANTEADA POR LAS PARTES. IMPROCEDENCIA DE LAS MISMAS.

1160. Tal como fuera expuesto a lo largo del presente, el día 25 de agosto de 2009 esta Comisión Nacional emitió el Dictamen CNDC N° 744, mediante el cual aconsejó al Señor SECRETARIO DE COMERCIO INTERIOR subordinar la autorización de la operación de concentración económica descripta en el punto 1) del presente dictamen.

1161. También esta Comisión Nacional aconsejó al Señor SECRETARIO DE COMERCIO INTERIOR que ordene la desinversión de todos los activos y la totalidad de los derechos que tuviera sobre la empresa SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. y sus controladas, incluyendo la opción de compra pactada con fecha 9 de septiembre de 2003 en el contrato denominado "Call Option Agreement", celebrado entre las empresas TELECOM ITALIA INTERNACIONAL N.V. y W DE ARGENTINA INVERSIONES S.L., todo ello de acuerdo a lo establecido en el artículo 13, inciso b) de la Ley N° 25.156, estableciéndose el plazo máximo de UN (1) año para cumplir con el proceso de desinversión por las partes. Este dictamen fue receptado por la Resolución SCI N° 483/09.

1162. Con posterioridad, y como consecuencia de los recursos de apelación interpuestos por las empresas notificantes, y por las empresas objeto de la operación, la Sala "A" de la Cámara de Apelaciones en lo Penal Económico emitió la sentencia del día 1° de febrero de 2010 en la cual resolvió anular la Resolución

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

FOLIO 11476

SCI N° 483/09, y disponer que por intermedio de quien corresponda se dicte un nuevo pronunciamiento, previa la sustanciación pertinente.

1163. Para así resolver la mayoría de los jueces de la Cámara sostuvieron que se ordenó la desinversión de activos de ciertas empresas que en rigor no tuvieron participación en el procedimiento en el que se analizó la operación cuya autorización fue subordinada, afectando el derecho de defensa en juicio de las mismas.

1164. Por mayoría, los jueces de la Cámara, afirmaron que de esa forma, las cuestiones concernientes a la afectación de la competencia en el mercado de las telecomunicaciones serían tratadas nuevamente con la seriedad que un asunto de esa envergadura requiere.

1165. Como consecuencia de dicho pronunciamiento, el día 22 de febrero de 2010, el SEÑOR MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS, emitió la Resolución N° 82/10 mediante la cual dispuso que teniendo en cuenta lo resuelto por la Sala "A" de la Cámara de Apelaciones en lo Penal Económico, el funcionario causante del acto nulo no debía entender nuevamente en esta causa, en particular en virtud de lo establecido en el artículo 173 del Código Procesal Penal de la Nación.

1166. También consideró que era necesario continuar con el trámite de las actuaciones a fin de establecer las condiciones de mercado que no perjudiquen el interés económico general y por ende estimó que resultaba imprescindible encomendar la resolución del presente expediente y sus vinculados al Señor SECRETARIO DE POLÍTICA ECONÓMICA, conforme lo prescripto por la Resolución N° 36 del MINISTERIO DE ECONOMÍA y FINANZAS PÚBLICAS dictada el día 29 de diciembre de 2008[31].

1167. Teniendo en cuenta el orden de reemplazo que prevé la Resolución MEyFP N° 36/09, en sustitución del Señor SECRETARIO DE COMERCIO

[31] El artículo 5 de la resolución N° 36 del 29 de diciembre de 2008 dictada por el Sr. Ministro de Economía y Finanzas Públicas, dispone que: "El señor Secretario de Comercio Interior será reemplazado en la firma del despacho, en caso de ausencia o impedimento, por la Señora Secretaria Legal y Administrativa. Si esta última se encontrare impedida o estuviese ausente, la reemplazará el Señor Secretario de Política Económica."

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

INTERIOR, quien actúa es el Señor SECRETARIO LEGAL Y ADMINISTRATIVO. Encontrándose dicho cargo vacante, de acuerdo a la mencionada Resolución, en caso de ausencia de éste quien actúa es el SECRETARIO DE POLÍTICA ECONÓMICA, quien, en este caso es, junto a la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, la Autoridad de Aplicación de la Ley N° 25.156.

1168. Consecuentemente, en la misma fecha el Señor SECRETARIO DE POLÍTICA ECONÓMICA dispuso, teniendo en cuenta las consideraciones vertidas en la Resolución N° 82/10 del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS, que resultaba necesario adoptar medidas conducentes para dar cumplimiento con la sentencia dictada el 1° de febrero de 2010 por la Sala "A" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, emitiendo la Resolución SPE N° 14/10.

1169. Por ello resolvió: a) instruir a esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA a abstenerse de recurrir y presentar recurso extraordinario federal contra la sentencia de fecha 1° de febrero de 2010; b) dejar sin efecto las resoluciones SCI N° 483 y SCI N° 3 de fecha 25 de agosto de 2009 y 6 de enero de 2010 respectivamente; c) instruir a esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA para que, en virtud del pronunciamiento dictado por la Sala "A" de la Cámara de Apelaciones en lo Penal Económico adopte las medidas necesarias a fin de reconducir el procedimiento.

1170. Consecuentemente en virtud de la notificación de dichas Resoluciones, esta Comisión Nacional dictó el día 25 de febrero de 2010 la Resolución N° 30, por la cual dispuso otorgar vista por el plazo perentorio de quince (15) días a las empresas TELECOM ITALIA S.p.A y TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V de las presentes actuaciones, a los efectos de que procedan a efectuar todas las manifestaciones y ejercer todos los derechos que estimen corresponder y ordenar la notificación a las empresas TELEFÓNICA S.A., ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A, SINTONÍA S.A. INTESA SANPAOLO S.A., MEDIOBANCA S.p.A., TELCO S.p.A., PIRELLI & C. Sp.A., SINTONÍA S.p.A., SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A., NORTEL INVERSORA S.A., TELECOM ARGENTINA S.A., y TELECOM PERSONAL S.A. a fin de que en el término de

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

1478

FOLIO 1478

quince (15 días) hábiles, agreguen lo que estimen pertinente al presente expediente.

1171. Como consecuencia de dicho acto, las firmas mencionadas en el acápite anterior contestaron el traslado conferido, ofreciendo en el mismo diversas medidas probatorias.

1172. Antes de referirnos a las medidas de prueba ofrecidas, y más allá de que en un procedimiento de control de concentraciones económicas como el presente, no es admisible ni procedente el ofrecimiento y la producción de pruebas a pedido de parte, tal como se manifestó en el punto anterior, efectuaremos algunas consideraciones de carácter general en torno a la prueba y luego se analizará pormenorizadamente cada medida probatoria ofrecida por las partes al contestar el traslado conferido mediante Resolución CNDC N° 30/10 y en presentaciones posteriores, como así también su procedencia.

XI.a. Consideraciones generales sobre la prueba.

1173. No obstante, no corresponder la producción de la prueba ofrecida por las partes en virtud de los fundamentos ya expuestos, referidos a la diferente naturaleza que posee el procedimiento de concentraciones económicas y el de conductas anticompetitivas, a continuación se efectuaran algunas consideraciones de carácter general sobre la prueba.

1174. En su acepción común, la palabra prueba es la acción y el efecto de probar, y probar es demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación[32]. Específicamente en el sentido jurídico, la prueba es un método de averiguación y un método de comprobación.

1175. En este caso y más allá de las consideraciones expuestas en el punto anterior sobre la diferencia y la distinta naturaleza jurídica entre el procedimiento de conductas anticompetitivas y concentraciones económicas, lo cierto es que en todo proceso las pruebas ofrecidas por las partes deben guardar determinados requisitos para poder ser producidas. Así debe tratarse de pruebas pertinentes,

[32] Couture Eduardo J., en "Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Ed. Depalma, 1958.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

esto es que guarden relación con los hechos de la causa; además la prueba debe ser conducente, esto es necesaria para demostrar la verdad de los hechos alegados y objeto de debate e imprescindible para adoptar la decisión sobre el proceso y por último debe ser admisible, esto es que el medio de prueba propuesto sea idóneo para acreditar determinado hecho.

1176. En caso de que no reúnan dichos extremos, el juez o la Autoridad que dirige el procedimiento, en esta caso la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA y la SECRETARÍA DE POLÍTICA ECONÓMICA, se encuentran plenamente facultadas para desechar o denegar las medidas de prueba propuestas por las partes.

1177. Lo expuesto, tiene fundamento normativo en el artículo 199 del Código Procesal Penal de la Nación- de aplicación supletoria en lo pertinente de acuerdo a lo establecido en el artículo 56 de la Ley N° 25.156-texto cfe. Decreto PEN 1019/99-, el que dispone: "Las partes podrán proponer diligencias. El juez las practicará cuando las considere pertinentes y útiles; su resolución será irrecurrible."

1178. La práctica de las diligencias propuestas por las partes depende de que sean pertinentes, es decir relativas al objeto procesal concreto de que se trata a la materia a investigar y útiles o conducentes, o sea, presumiblemente valiosas para alcanzar sobre ese punto la finalidad a la que se dirige la investigación. La ley deja librado al criterio de la autoridad esa valuación para evitar que mediante propuestas impertinentes, irrelevantes o superfluas, las partes puedan trabar la marcha normal de la investigación que se le ha confiado, o poner obstáculos en el camino que tiene el deber de recorrer. Se debe ponderar lo útil, lo conducente y desechar lo inútil, lo que sólo retardará la decisión ha adoptar. Ello es lo que sucede de forma particular con la prueba ofrecida por las partes de la operación al contestar el traslado.

1179. En este sentido ha dicho la jurisprudencia que: "Si el proceso es el medio para conocer la verdad, y en base a igualdad de oportunidades, incluso para fijar los hechos que serán materia luego de debate, resulta necesario dotar al imputado de la facultad de ofrecer prueba, siempre y cuando la misma fuere pertinente, útil y no superabundante (Maier Julio, "Derecho Procesal Penal, I, Fundamentos", Ed. del Puerto, p. 581 y ss.).

1180. También, en este sentido, "la selección del material comprobatorio es tarea propia del judicante, quien no está atado a la valoración de todas las especies sino de las que estime conducentes a la solución del litigio[33]".

1181. Asimismo, la doctrina ha dicho que: "... Entonces, la ley le impone al juez alejarse del error y conducir el proceso con la mayor flexibilidad posible a fin de alcanzar la verdad, desechando prueba que evidentemente resulten impertinentes -por su falta de relación con el hecho- o superabundantes -por el exceso cuantitativo de la misma" (Raúl W. Abalos, "Código Procesal Penal de la Nación", t. I, Ed. Jurídicas Cuyo, año 1994, p. 478). Asimismo, ha dicho la jurisprudencia que: "Tratándose de prueba inadmisible, corresponde rechazarla `in limine', de oficio, aunque hubiera sido propuesta por la parte a quien presuntamente ha de favorecer. Si por error hubiera sido recibida, no se considerará en la sentencia"[34].

1182. A su vez, siguiendo el mismo criterio, el artículo 356 del Código Procesal Penal establece que: "...El Tribunal podrá rechazar por auto, la prueba ofrecida que evidentemente sea impertinente o superabundante...".

1183. Los poderes que posee la Autoridad de Aplicación para hacer lugar o rechazar medidas de prueba se encuentran reflejados en las normas aplicables, antes citadas y se encuentra efectivamente corroborado por las constancias de autos, ya que las medidas de prueba ordenadas el día 13 de mayo de 2010 por esta Comisión Nacional textualmente dispusieron: "*Vistas las constancias de autos, de oficio, y como medida para mejor proveer, cítese a prestar declaración testimonial...*". De igual y manera y con el mismo tenor fue ordenada la celebración de audiencias testimoniales el día 20 de mayo de 2010, en donde textualmente se dispuso: "*Visto las constancias de autos, de oficio y como medida para mejor proveer, en virtud de lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley N° 25.156...*" (la negrita nos pertenece).

1184. Es decir que las medidas de prueba producidas en el presente procedimiento lo fueron como consecuencia de la exclusiva decisión y potestad de

[33] Lexis N°2/33101

[34] Lexis Nº 15/8775

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

FOLIO 1148

la CNDC, y porque el Organismo lo creyó pertinente en relación al análisis a efectuar y no como consecuencia de los pedidos efectuados por las partes.

1185. Por ello, más allá de las medidas de prueba ordenadas de oficio por el Organismo, a continuación se efectuará un análisis pormenorizado de las medidas de prueba ofrecidas por las partes, tanto al contestar el traslado conferido por Resolución CNDC N° 30/10, como así también en presentaciones posteriores las que por su improcedencia e inconducencia, merecen un tratamiento particular.

XI.b. Prueba ofrecida por TELECOM ITALIA S.p.A y TELECOM INTERNATIONAL N.V.

1186. Previo a hacer referencia a las medidas de prueba ofrecidas por estas empresas, corresponde decir que gran parte de la contestación de traslado efectuada por estas firmas se refiere a consideraciones vinculadas a la falta de cambio de control en el GRUPO TELECOM ARGENTINA y a la no obligación de notificar la operación bajo análisis, hechos estos que fueron ya resueltos y analizados por esta Comisión Nacional en la Resolución N° 4/09 y en el trámite de la Diligencia Preliminar N° 29.

1187. Vale decir en esta oportunidad, que todo lo atinente a la obligación de las partes de notificar la operación, ya fue resuelto por este Organismo, y las partes han tenido la posibilidad de expresar su disconformidad con dicha decisión presentando los respectivos recursos previstos por la normativa aplicable a la materia[35]. Por ende no corresponde a esta Comisión Nacional expedirse sobre este punto, pues no debe olvidarse que el objeto del presente expediente es el análisis de los efectos que la operación de concentración económica notificada posee, en este caso en el mercado de las telecomunicaciones en la República Argentina.

1188. TELECOM ITALIA S.p.A. y TELECOM INTERNATIONAL N.V. sostienen que la prueba producida en la Diligencia Preliminar N° 29 fue efectuada sin su participación y control, pero lo cierto es que la obligación de notificar la operación

[35] Dichos recursos de apelación fueron resueltos por la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, en la sentencia del día 17 de junio de 2010.

era conocida por las partes más allá de que esta Comisión Nacional iniciara la respectiva investigación de oficio a fin de determinar si las empresas en cuestión tenían o no la obligación de notificar la operación.

1189. La innecesariedad de la intervención de TELECOM ITALIA S.p.A. y TELECOM INTERNATIONAL N.V. en el trámite de la Diligencia Preliminar N° 29 y, de alguna manera en la presente causa, es reconocida por estas firmas al afirmar en la contestación de traslado efectuada: "TI y TI INT no pueden ser pasibles de las consecuencias de la OPERACIÓN TELCO dado que (...) no causaron la supuesta operación de concentración. De hecho TI y TI INT son terceros y constituyen el objeto pasivo de la OPERACIÓN TELCO...". Más adelante continúan manifestando: " Como TI y TI INT no son sujetos ni partes de la OPERACIÓN TELCO, sino objeto pasivo indirecto de la misma, no estaban obligadas a notificarla a la CNDC en los términos del artículo 8 de la LDC y tampoco a impugnarla o a recurrir la Resolución 4/09 de modo alguno." "(...) Como es de público conocimiento, ni TI ni TI INT son parte de la OPERACIÓN TELCO, siendo meramente su objeto, y tampoco son destinatarias de la Resolución 4/09..."

1190. Ello implica que las propias partes reconocen que su intervención en la Diligencia Preliminar no era necesaria, por no ser parte en la operación, esto es por no haber celebrado ningún contrato ni suscripto ningún documento de los que integran la denominada "OPERACIÓN TELCO".

1191. Vale aclarar también en esta oportunidad que el procedimiento de diligencia preliminar, esto es el inicio de oficio por parte de esta Comisión Nacional de una investigación a fin de determinar si las partes de una determinada operación se encontraban obligadas a notificarla, es algo que ocurre cuando las empresas han omitido notificar una concentración económica voluntariamente y en cumplimiento de la orden legal al Organismo. Por ello, y en resguardo del interés económico general, bien tutelado por al Ley de Defensa de la Competencia, la Autoridad de Aplicación se encuentra plenamente facultada a adoptar todas las medidas necesarias a fin de resguardar la competencia efectiva en los mercados. En este sentido el Doctor Bonzón ha expresado en un fallo que: "La diligencia preliminar tildada por TI de procedimiento híbrido carente de asidero legal, fue utilizada en variados casos anteriores al aquí analizado y tiene perfecto

basamento legal, ya que el artículo 24 de la Ley N° 25.156, autoriza expresamente a la Autoridad de Aplicación a realizar los estudios e investigaciones de mercado que considere pertinentes (inciso a) y a promover el estudio y la investigación en materia de competencia (inciso e) (...). Además la diligencia preliminar era de público y notorio conocimiento, ya que era informada profusamente por todos los medios del país(...), por lo cual nada obstaculizaba a los apelantes a impugnar el procedimiento al que ahora tildan de nulo, ya sea por la vía administrativa o judicial. Igual comentario le cabe al resultado de tal diligencia preliminar (resolución 4/09), con la diferencia de que los apelantes no pueden alegar indefensión, porque fueron notificadas de la misma y fue apelada por ante el fuero Civil y Comercial Federal[36]".

1192. Por otra parte, y de acuerdo a lo resuelto por el Señor SECRETARIO DE POLÍTICA ECONÓMICA, esta Comisión Nacional recondujo el procedimiento, éste no ha perdido su naturaleza estructural de análisis ex ante de concentraciones y no ha trasmutado su naturaleza a un procedimiento penal ni sancionatorio, dando cumplimiento a lo ordenado por la Sala "A" de la Cámara de Apelaciones en lo Penal Económico.

1193. En este sentido no pueden ser tenidos en cuenta los antecedentes de doctrina y jurisprudencia citados por estas firmas, los que hacen referencia a las garantías del imputado en un típico procedimiento penal, el que, como ya se ha explicado no se rige por los mismos principios que el análisis de concentraciones.

1194. Como corolario de estas consideraciones preliminares expuestas por TELECOM ITALIA S.p.A. y por TELECOM INTERNATIONAL N.V, puede apreciarse que estas firmas han incurrido en contradicciones al sostener por un lado que no se les dió la debida intervención en la Diligencia Preliminar N° 29 y por otro al reconocer que no son parte de la operación sino su objeto, lo que implica que están consintiendo que no se les diera intervención ni en la Diligencia Preliminar N° 29, ni, en su momento, en el trámite del presente expediente.

[36] Voto del Dr. Bonzón en la sentencia dictada el 1° de febrero de 2010 en autos: "INCIDENTE DE APELACIÓN TELEFÓNICA S.A. Y OTROS C/RESOLUCIÓN SCI N°483/09, EN AUTOS PRINCIPALES PIRELLI &C.S.p.A Y OTROS S/ NOTIFICACIÓN ARTÍCULO 8 LEY 25.156"

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

FOLIO 1484

1195. Ahora bien, corresponde avocarse al ofrecimiento concreto de las pruebas efectuadas por las firmas en cuestión.

1196. Estas solicitan la producción de prueba testimonial en relación a los veintidós (22) testigos que fueron citados en el trámite de la Diligencia Preliminar N° 29. Dicha medida de prueba resulta impertinente en los presentes actuados pues, como ya se ha dicho, en el presente expediente el análisis apunta a determinar si la operación analizada presenta problemas desde el punto de vista de la defensa de la competencia en el mercado de telecomunicaciones en Argentina, y no a determinar si la operación bajo análisis se encuentra sujeta o no al régimen de control de concentraciones. Por ende no teniendo dicha prueba vinculación con los hechos concretos que se analizan en el presente expediente, corresponde aconsejar su rechazo.

1197. Seguidamente las partes solicitan como una medida de prueba que esta Comisión Nacional ordene a las partes notificantes de la operación la presentación de un Formulario F2 y de un Formulario F3, conforme lo previsto por la Resolución SDCyC N° 40/2001.

1198. Vale decir en primer lugar que los Formularios F2 y F3 no constituyen medios de prueba. Pero además, el día 24 de julio de 2009 esta Comisión Nacional solicitó a las partes la presentación del Formulario F2, pese a que el Formulario F1 no se hallaba completo, pues luego de más de siete (7) meses de trámite las partes se negaban a presentar determinada información y documentación que resultaba vital para el análisis que este Organismo debía realizar. Además expresamente en el pedido se consignó que dicho Formulario se solicitaba teniendo en cuenta la complejidad y la envergadura de la operación notificada y las partes lo presentaron en las siguientes fechas: i) ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A, MEDIOBANCA S.p.A, SINTONÍA S.A., SINTONÍA S.p.A e INTESA SANPAOLO S.p.A respondieron el requerimiento efectuado en relación al Formulario F2 el día 30 de julio de 2009, manifestando que no contaban con la información requerida y cuestionando el pedido efectuado por el organismo; ii) TELEFÓNICA, S.A., presentó el Formulario F2 de manera incompleta, el día 7 de agosto de 2009; iii) PIRELLI &C.S.p.A presentó el Formulario F2 el día 10 de agosto de 2009 de manera incompleta y expresando su disconformidad con dicho pedido.

1199. Por lo demás la procedencia y la conveniencia de solicitar los Formularios F2 y F3 es una facultad exclusiva que posee esta Comisión Nacional, de acuerdo a la situación sustancial y procesal de cada expediente.

1200. A mayor abundamiento y si las partes lo creían conveniente al contestar el traslado tenían la oportunidad procesal para presentar toda la documentación e información que creyeran pertinente. Si dentro de esa información y documentación estimaban pertinente presentar dichos Formularios lo hubieran hecho. Y no lo hicieron.

1201. Finalmente en el punto VIII.4) de su contestación, las partes ofrecen como prueba la declaración testimonial de los Señores Jorge L. Pérez, Franco Iivini, Enrique Garrido y Jorge Firpo.

1202. En primer lugar todas esas personas ocupan o han ocupado cargos en el directorio de las firmas SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A., NORTEL INVERSORA S.A., TELECOM ARGENTINA S.A. y TELECOM PERSONAL S.A. Si bien ello es una cuestión de atendibilidad del testimonio que en todo caso será restringida, lo cierto es que en esta instancia es posible considerar que sus declaraciones no aportarán elementos que tiendan a demostrar los efectos que la operación posee en el mercado de las telecomunicaciones en la República Argentina, que es en definitiva a lo que tiende el análisis de operaciones de concentración económica.

1203. También las partes ofrecen prueba informativa a: i) la Sala II Civil y Comercial Federal, a fin de que remita copia certificada de una resolución dictada el día 10 de junio de 2009 en los autos: " TELECOM ITALIA S.p.A y otros s/ recurso de Queja"; ii) Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 17 Secretaría N° 32 a efectos de que remita copia del informe realizado por el interventor judicial Dr. Manóvil en la causa: "Werthein Gerardo y otros c/ TELECOM ITALIA S.p.A s/ Medidas precautorias"; iii) Comisión de Comunicaciones de la Nación a fin de que remita copia certificada de la nota presentada el día 12 de marzo de 2009 en la que se informó a dicho organismo el procedimiento de separación, el nuevo régimen de gobierno, la declaración del Secretario del Directorio de TI del 9 de marzo de 2009 y declaración del Señor Bernabé del 9 de marzo de 2009.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

FOLIO 1486

1204. La prueba informativa ofrecida resulta inadmisible ya que con ella no se pretende obtener un dato que obra en los archivos y registros del informante, que es el fin de esa prueba, sino a duplicar documentación que ya se encuentra acompañada a la causa. En efecto toda la documentación que se pretende agregar con la prueba informativa ya se encuentra agregada a este expediente como Anexo I, Anexo V, VI y VII de la documentación presentada por TELECOM ITALIA S.p.A y por TELECOM INTERNATIONAL N.V al contestar el traslado de la Resolución CNDC N° 30/10, no resultando controvertida su autenticidad. Además las partes acompañaron la documental "...bajo juramento de autenticidad", conforme lo expresamente manifestado.

1205. Por ello, teniendo en cuenta que la producción de dicha prueba constituiría un dispendio jurisdiccional innecesario, se aconseja su desestimación.

1206. Las partes ofrecen prueba a producirse en el extranjero, manifestando que resulta necesaria para demostrar que no existe la menor posibilidad de que TELEFÓNICA controle o ejerza influencia alguna sobre TELECOM ITALIA y sobre TELECOM INTERNATIONAL N.V. A tal fin solicitan se cite a prestar declaración testimonial ante los tribunales competentes por exhorto a los señores Julio Linares López y César Alierta Izuel, como así también a los máximos funcionarios de TELECOM ITALIA.

1207. Además ofrecen prueba informativa a: i) Registro de Empresas de la Cámara de Comercio de Milán; ii) A la Agencia Nacional de Telecomunicaciones de la República Federativa Brasil; iii) a la Comisión Europea de la Competencia; iv) al Señor Francesco GALGANO.

1208. En primer lugar corresponde decir que la prueba a producirse en el extranjero insume un tiempo considerable de realización. No obstante, en el caso de que esta fuera totalmente necesaria, correspondería ordenar su producción, lo cual no ocurre en el presente caso. En relación a la prueba ofrecida al Registro de Empresas de la Cámara de Comercio de Milán a fin de que informe si allí se encuentra inscripto el Nuevo Régimen de Gobierno de TELECOM ITALIA S.p.A, y en su caso remita copia certificada y legalizada, dicha prueba es impertinente por no tener relación con los hechos materia de análisis en el presente expediente. Se reitera que todo lo atinente al cambio de control operado en el Grupo TELECOM, ya fue analizado y resuelto por el Organismo en la Diligencia Preliminar N° 29.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

FOLIO 1487

1209. Respecto de la prueba ofrecida a la Autoridad en materia de Comunicaciones de la República Federativa de Brasil, ya obra agregada, como prueba documental, la resolución dictada por dicho órgano. Pero además, en virtud del principio de realidad económica contemplado en el artículo 3 de la LDC los efectos que pueda tener una determinada operación de concentración se limitan exclusivamente al territorio sobre el cual un organismo "antitrust" ejerce sus facultades, con lo cual su producción, se aconseja, sea desestimada.

1210. En relación a la prueba informativa a la Comisión Europea de la Competencia para requerir copia certificada de la resolución adoptada por dicho organismo el día 12 de junio de 2007, la misma ya obra agregada como prueba documental como Anexo IV de la presentación efectuada por TELECOM ITALIA S.p.A y TELECOM INTERNATIONAL N.V, y esta Comisión Nacional no ha controvertido ni desconocido su autenticidad, con lo cual la producción de dicha prueba constituiría un dispendio jurisdiccional que obstaculizaría el trámite de la causa.

1211. En relación a la prueba informativa al Señor Francesco GALGANO, para que confirme la autenticidad de forma y contenido del informe acompañado como prueba documental a Anexo VIII, dicha prueba deviene innecesaria, atento que la autenticidad de dicho informe no fue controvertida ni desconocida por esta Comisión Nacional, por lo que se aconseja su desestimación al ser totalmente innecesaria.

1212. Por último y, teniendo en cuenta que toda la prueba ofrecida para producirse en el extranjero se aconseja que sea rechazada, también deviene innecesario que se designen peritos para que traduzcan las respuestas a la prueba a producirse en el extranjero.

1213. Corresponde agregar, como última consideración, que el día 7 de mayo de 2010 las firmas TELECOM ITALIA y TELECOM INTERNATIONAL efectuaron una presentación requiriendo en el punto V que se libre exhorto diplomático al juez competente de Brasilia, a fin de que este requiera al CADE copia certificada de las resoluciones adoptadas por el organismo en relación a la Operación Telco, o subsidiariamente que, en el marco de las relaciones de cooperación con el Organismo de Brasil, esta CNDC requiera remisión de copia certificada de la decisión del CADE respecto de la Operación TELCO.

1214. Dicha prueba no solo no debe producirse por ser dilatoria, e insumir un tiempo considerable, sino también porque esta CNDC en ningún momento controvirtió la autenticidad de la decisión adoptada por la Autoridad de Defensa de la Competencia de la República Federativa de Brasil que fuera aportada por las empresas, y por ende debe aconsejarse su rechazo. De ordenarse su producción solo se ocasionaría una demora innecesaria.

1215. Asimismo el día 2 de de junio de 2010 el apoderado de TELECOM ITALIA y de TELECOM INTERNATIONAL N.V nuevamente efectuó consideraciones vinculadas a la prueba ofrecida, reiterando que se ordene su producción[37]. En dicha oportunidad los apoderados de las empresas mencionadas efectuaron una errónea interpretación, ya que asimilaron que garantizar el derecho de defensa en juicio de las partes, equivale a ordenar la producción de todas las pruebas que estas ofrecen, cuando ello no es así. Tal como se ha citado en el presente, las normas procesales aplicables a este trámite otorgan plenos poderes para quien instruye un procedimiento de estimar y desestimar las medidas de prueba.

1216. Por otro lado se efectúan consideraciones respecto de las medidas de prueba ordenadas, como medidas para mejor proveer por parte de esta Comisión Nacional, cuestionando las partes que se haya citado a ciertos testigos y no a todos los propuestos por ellos. Como ya se ha consignado esta CNDC ordenó la citación de ciertos testigos de oficio, es decir que dicha medida no fue hecha a requerimiento de parte, sino porque esta CNDC lo estimó pertinente. Ello ocurre de esa forma en todo procedimiento de análisis de concentraciones, en donde el Organismo es el que decide a que testigos llamar a prestar declaración testimonial, que informes solicitar y a que entidades u organismos hacerlo conforme lo requiera el análisis de cada expediente. Por ello deben desestimarse los planteos deducidos en torno a este punto.

1217. También en dicha presentación se efectúa una crítica del carácter con el que esta CNDC ordenó las declaraciones testimoniales antes referidas. Particularmente la crítica apunta a que dicha prueba se ordenó "como medida para mejor proveer", entendiendo el apoderado de TELECOM ITALIA y TELECOM ITALIA INTERNATIONAL, que las medidas de prueba ordenadas bajo

[37] Ello fue nuevamente reiterado el día 25 de junio de 2010.

dicho carácter se proponen rechazar toda la prueba ofrecida y que las ordenadas son probablemente las últimas, antes de que se dicte una nueva resolución. Concluye que dicho proceder resulta inaceptable, puesto que el Estado, según su entender, debe actuar con amplitud de criterio para que se garantice plenamente la defensa en juicio. Además afirma que las medidas para mejor proveer son medidas que los jueces ordenan cuando la causa está lista para ser resuelta y ya han sido producidas o desestimadas las medidas de prueba ofrecidas por las partes.

1218. La interpretación otorgada por TELECOM ITALIA y TELECOM ITALIA INTERNATIONAL a las medidas para mejor proveer es parcial, puesto que en sustancia estas responden al principio de autoridad en el proceso que entroniza la figura de quien dirige el procedimiento como rector del instituto, y trasciende y son independientes del momento el procesal en el que son ordenadas.

1219. En cuanto al rechazo de la prueba el Organismo lo está resolviendo en esta oportunidad procesal, porque así lo estima pertinente. Pues no debe olvidarse que el presente no es un procedimiento de carácter dispositivo, en el cual el Organismo provee y ordena lo que las partes solicitan, sino que de oficio se ordenan las medidas que se consideran adecuadas al análisis de cada caso en particular.

1220. Por lo demás y en la prueba que esta CNDC ordenó producir se le ha dado la debida intervención tanto a TELECOM ITALIA, como a TELECOM ITALIA INTERNATIONAL, las que han podido ejercer adecuadamente su derecho de defensa en juicio, efectuando el contralor y pudiendo fiscalizar cada prueba ordenada.

1221. El que esta CNDC no haya ordenado las medidas de prueba que las partes han ofrecido específicamente, no significa que haya violado la garantía de defensa en juicio. Es decir que en este punto, las manifestaciones tanto de TELECOM ITALIA como de TELECOM ITALIA INTERNATIONAL resultan una mera disconformidad de las partes con el criterio adoptado por esta CNDC para ordenar ciertas medidas de prueba.

1222. En cuanto al desarrollo concreto de las audiencias, lo cierto es que tal como ocurre en toda audiencia celebrada en el Organismo, y luego del interrogatorio efectuado por esta CNDC, es esta la que decide que preguntas son

admisibles y pertinentes relación a la operación analizada, teniendo la facultad de rechazar las que sean impertinentes, inconducentes y superfluas. Ello no implica en modo alguno que el Organismo conculque o vulnere el derecho de defensa en juicio de TELECOM ITALIA y de TELECOM ITALIA INTERNATIONAL., sino que solo se limita a actuar dentro de sus facultades y marco de actuación.

1223. Por las razones expuestas a lo largo del presente, se aconseja el rechazo de la prueba ofrecida por TELECOM ITALIA y TELECOM ITALIA INTERNATIONAL

XI.c. Prueba ofrecida por TELCO S.p.A

1224. La mencionada firma también efectúa en su contestación de traslado, como parte de su defensa, consideraciones vinculadas a la ausencia de cambio de control en las firmas del GRUPO TELECOM en Argentina

1225. Ofrece como prueba la remisión del expediente caratulado: "TELCO S.p.A s/ Recurso de queja" en trámite ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Dicho expediente judicial es consecuencia de los diversos recursos que TELCO S.p.A presentó contra la Resolución CNDC N° 4/09 en la Diligencia Preliminar N° 29, y por ende no tienen vinculación intrínseca con el objeto de los presentes actuados, esto es el análisis jurídico-económico de la "Operación TELCO" ya descripta en el punto 1) del presente, con lo cual se aconseja su rechazo.

1226. Luego esta firma ofrece prueba informativa a: i) TELECOM ITALIA S.p.A a fin de que remita copia de actas de asambleas, curriculum vitae de directores designados, detalles de accionistas y tenencias accionarias de cada uno, durante los años 2007, 2008 y 2009, procedimiento para ratificar y garantizar la separación de actividades en la República Argentina entre el Grupo TELECOM ITALIA y el GRUPO TELEFÓNICA.

1227. Vale decir que la documentación a la que se hace referencia ya se encuentra agregada en la Diligencia Preliminar N° 29 a fs. 2157/2170, habiendo sido incorporado dicho expediente a las presentes actuaciones, con lo cual de hacerse lugar a la prueba informativa solicitada, ello importaría una duplicidad en la información que carece de sentido.

1228. También las partes ofrecen prueba informativa a TELECOM ARGENTINA y a TELEFÓNICA DE ARGENTINA S.A., a fin de que informen detalle de los accionistas durante los años 2007, 2008 y 2009. Esta información se encuentra agregada en el presente expediente, atento a que las partes han presentado organigramas del que surge la estructura de control de las empresas involucradas con anterioridad a la "Operación TELCO" y luego de ella, con lo cual la producción de dicha prueba se aconseja, sea desestimada.

1229. En relación a la prueba informativa ofrecida al Estudio Chiometi, para que se expida sobre la autenticidad de las opiniones legales vertidas en el presente expediente, su producción no corresponde, ya que no se encuentra controvertida la autenticidad de los informes por él presentados.

1230. Respecto de la prueba ofrecida al Consulado de Italia para que remita traducción de ciertos artículos del Código Civil Italiano, es decir prueba del derecho extranjero, el mismo no es un hecho y como tal no debe ser probado, pese a lo dispuesto por el codificador en la nota al artículo 13 del Código Civil, con lo cual la producción de dicha prueba resulta improcedente, aconsejándose su rechazo.

1231. Por último, respecto de la prueba informativa al Director de Información, Comunicación y Medios de la Comisión Europea, Dirección General de la Competencia y Registro de Fusiones, de Bruselas, Bélgica, la misma está relacionada con la decisión emitida por dicho organismo el día 12 de junio de 2007, la cual se encuentra agregada en varias oportunidades en el presente expediente. Además esta Comisión Nacional no ha controvertido la autenticidad de este documento, sino que le otorgó un valor relativo a la decisión en si misma, atento al principio de realidad económica receptado en el artículo 3 de la Ley N° 25.156.

XI.d. Prueba de ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A, MEDIOBANCA S.p.A e INTESA SANPAOLO S.p.A

1232. Las mencionadas firmas ofrecen idénticas medidas probatorias que las propuestas por TELCO S.p.A., con lo cual, por razones de brevedad y economía

procesal nos remitimos a las consideraciones precedentemente expuestas, las que damos por reproducidas en el presente.

1233. Vale aclarar que estas firmas, además solicitan que se libre oficio a TELCO S.p.A. para que se expida sobre la autenticidad de las actas de asamblea y directorio acompañadas en el presente expediente, las que no se encuentran controvertidas, correspondiendo aconsejar la desestimación de dicha prueba.

1234. Asimismo en la presentación del día 24 de junio de 2010, los apoderados de las partes supra mencionadas, volvieron a reiterar su solicitud de que se produzca toda la prueba relativa verificar si se está o no frente a una operación de concentración económica y si TELEFÓNICA, S.A. ejerce o no influencia sustancial sobre TELCO S.p.A., y/o TELECOM ITALIA S.p.A.

1235. También solicitó que se ordene la citación de todos los testigos que prestaron declaración en la Diligencia Preliminar N° 29, cuyo rechazo se impone conforme los argumentos vertidos al rechazar idéntica medida de prueba para TELECOM ITALIA y TELECOM ITALIA INTERNATIONAL.

XI.e. Prueba ofrecida por la firma PIRELLI & C. S.p.A.

1236. Esta firma solicita que se reproduzca la prueba que esta Comisión Nacional utilizó para fundar la Resolución N° 4/09, ya que el hecho de que dicha firma sólo pueda revisarla durante el período de quince(15) días otorgado por esta Comisión Nacional en la Resolución N° 30/10 no cumple con lo ordenado por la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico.

1237. Más allá del equivocado enfoque y de la errónea interpretación efectuada por los apoderados de esta firma, lo cierto es que las conclusiones y las pruebas utilizadas por esta Comisión Nacional para resolver la Diligencia Preliminar N° 29, no pueden ser objeto de cuestionamiento en esta oportunidad, pues lo que se persigue en el presente expediente es determinar los efectos que la operación bajo análisis posee en el mercado de las telecomunicaciones en la República Argentina.

1238. Todo lo relacionado con la Diligencia Preliminar N° 29 resulta ajeno y extemporáneo en esta oportunidad. En este sentido damos por reproducidas las

consideraciones vertidas al referirnos a este punto en el acápite titulado "PRUEBA OFRECIDA POR TELECOM ITALIA S.p.A y TELECOM INTERNATIONAL N.V."

1239. En el punto III de su presentación, PIRELLI argumenta que se afectó su derecho de defensa en juicio al no permitirle tener intervención en el marco de la Diligencia Preliminar N° 29 y por ende no poder discutir si la "Operación TELCO" implicó un cambio de control o no, en los términos de los artículos 6 y 8 de la Ley N° 25.156. Por ello solicita que se vuelva a realizar la prueba con los imputados para que puedan colaborar, participar y controlar su elaboración. Argumenta que cuando la Sala A de la Cámara de Apelaciones en lo Penal Económico resolvió "que se dicte un nuevo pronunciamiento, previa la sustanciación pertinente", esto no puede más que referirse a la Diligencia Preliminar N° 29 y a la Resolución N° 4/09. En este sentido los apoderados de PIRELLI le hacen decir a los jueces algo que los jueces en ningún momento dicen. Los jueces de la Cámara en ningún momento ordenan la producción de prueba en el presente expediente, y mucho menos sostienen que se vuelva a producir la prueba de la Diligencia Preliminar N° 29.

1240. En el punto V esta firma sostiene que resultaba fundamental revisar los libros societarios de TELCO S.p.A. y de TELECOM ITALIA S.p.A. para determinar si existió cambio de control en TELECOM ITALIA S.p.A. y que resultaba fundamental conocer que derechos y obligaciones tiene realmente TELEFÓNICA sobre TELECOM ITALIA, ya que únicamente son esos derechos y obligaciones los que determinan si se está frente a una operación de concentración. Para acreditar dichos extremos solicita a esta Comisión Nacional que tome las medidas de prueba necesarias en el seno del directorio de TELECOM ITALIA y de TELCO para verificar si efectivamente TELEFÓNICA ejerce algún tipo de influencia sobre dichas sociedades y sobre TELECOM ARGENTINA.

1241. Dichas consideraciones son defectuosas desde dos ópticas: por un lado las medidas de prueba que se solicitan deben ser concretas, claras y correctamente individualizadas, no pudiendo efectuarse de manera genérica y abierta tal como pretende la firma PIRELLI. Por otra parte aquellas medidas necesarias para determinar si la "OPERACIÓN TELCO" era notificable en los términos de los artículos 6 y 8 de la Ley N° 25.156 ya fueron tomadas, practicadas y analizadas en la Diligencia Preliminar N° 29. Respecto de esto último, damos

por reproducidas las consideraciones vertidas en el acápite referido a "PRUEBA OFRECIDA POR TELECOM ITALIA S.p.A. y TELECOM INTERNATIONAL N.V.".

1242. Por último esta firma cuestiona la oportunidad procesal en la que esta Comisión Nacional solicitó la presentación del Formulario F2, como así también que no se haya solicitado la presentación de un Formulario F3. Cabe recordar, como ya se expuso, que el día 10 de agosto de 2009 la firma PIRELLI & C.S.p.A. presentó el Formulario F2 de manera incompleta y manifestando su disconformidad con dicho requerimiento, por lo que en esta instancia no se entiende el pedido de solicitud de dichos Formularios. Asimismo, corresponde recordarle a las partes que es facultad privativa de la Autoridad de Aplicación de la Ley N° 25.156 el solicitar dichos formularios, como así también determinar la oportunidad procesal en la que dicho requerimiento se efectúa, todo ello de acuerdo a lo establecido en el artículo 11 del Decreto PEN N° 89/2001 y al Anexo I de la Resolución SDCyC N° 40/2001.

XI.f. Prueba ofrecida por el señor Franco Alfredo Agustín Pablo LIVINI invocando su carácter de presidente del directorio de SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. y DE NORTEL INVERSORA S.A. y por Jorge L. Pérez invocando su carácter de presidente de TELECOM PERSONAL S.A. Prueba ofrecida por el señor Adrian WERTHEIN en su carácter de vicepresidente en ejercicio de la presidencia de SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. Prueba ofrecida por el señor Ricardo Alberto FERREIRO en su carácter de vicepresidente en ejercicio de la presidencia de NORTEL INVERSORA S.A.

1243. En ocasión de contestar el traslado conferido mediante resolución CNDC N° 30/10, el Señor Livini manifestó que por una medida cautelar dictada en los autos: "W DE ARGENTINA INVERSIONES S.L. c/ TELECOM ITALIA S.p.A y otros s/ MEDIDAS CAUTELARES ", en trámite ante el Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal N° 6, se suspendieron sus funciones como director de SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A., aunque, en su presentación, sostuvo que dicha medida colisiona con decisiones dictadas por la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal. Por ende sostuvo que su cargo se

encuentra avalado por dichas decisiones y en dicho carácter contesta el traslado conferido mediante Resolución CNDC N° 30/10.

1244. La medida cautelar antes referida disponía la suspensión en sus funciones del Presidente de TELECOM ARGENTINA S.A. y de los directores designados a instancias de TELECOM ITALIA S.p.A. en el GRUPO TELECOM ARGENTINA y fue confirmada por la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

1245. Atento a su incumplimiento, la actora inició la ejecución de la misma habiéndose dictado el día 8 de marzo de 2010 una resolución disponiendo la intimación a los obligados a cumplir la cautelar ordenada[38].

1246. Por ello, esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA intimó en varias oportunidades al Señor Franco LIVINI a que presentara la documentación que acreditara la vigencia del cargo invocado, efectuando en todas sus contestaciones, similares consideraciones que las referidas en los acápites precedentes.

1247. Asimismo, el día 6 de abril de 2010 el Dr. Carlos Zubiaur en representación de TELECOM ARGENTINA S.A. y TELECOM PERSONAL S.A. acompañó en copia simple cedula de notificación dictada en el expediente supra mencionado en donde textualmente el Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal N° 6 ordenó el día 12 de marzo de 2010, notificar a la totalidad de quienes desempeñan funciones gerenciales en SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A., NORTEL INVERSORA S.A., TELECOM ARGENTINA S.A. y TELECOM PERSONAL S.A., que los directores designados a instancias de TELECOM ITALIA S.p.A. en esas sociedades (Franco Alfredo Agustín Pablo Livini, Jorge Alberto Firpo, Jorge L. Pérez, entre otros), se encontraban suspendidos en el ejercicio de sus funciones, no pudiendo participar, deliberar, ni votar en las reuniones de directorio, ni adoptar decisión alguna en representación de tales sociedades, ni impartir instrucciones o indicaciones al personal, apoderados, representantes o funcionarios de esas sociedades; salvo exclusiva y solamente

[38] La copia de dicha resolución se encuentra agregada en el expediente a fs. 7210/7211 y fue acompañada el día 18 de marzo de 2010.

aquellas que le competen en su caso como integrantes del Comité de Auditoría o Consejo de Dirección.

1248. El día 8 de abril de 2010 esta Comisión Nacional intimó al representante de TELECOM ARGENTINA S.A. a que acompañe copia certificada de dicha cédula, la cual fue presentada el día 15 de abril de 2010.

1249. Por su parte el Señor Adrián Werthein en su carácter de Vicepresidente en ejercicio de la Presidencia de SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A., conforme la decisión del Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal N° 6 del día 8 de marzo de 2010, en los autos caratulados: "W DE ARGENTINA INVERSIONES S.L. c/ TELECOM ITALIA S.p.A y otros s/ MEDIDAS CAUTELARES" al contestar el traslado conferido mediante Resolución CNDC N° 30/10 no ofreció ninguna medida de prueba.

1250. Se aclara que teniendo en cuenta que las presentaciones efectuadas por el Señor LIVINI en representación de esta firma y las efectuadas por el Señor Werthein en su calidad de Vicepresidente en ejercicio de la Presidencia de SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. eran contradictorias, esta Comisión Nacional los intimó a que unificaran personería.

1251. Por su parte el Señor Ricardo Alberto Ferreiro en su carácter de Vicepresidente en ejercicio de la Presidencia de esta firma conforme la decisión del Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal N° 6 del día 8 de marzo de 2010, en los autos caratulados: "W DE ARGENTINA INVERSIONES S.L. c/ TELECOM ITALIA S.p.A y otros s/ MEDIDAS CAUTELARES" al contestar el traslado conferido mediante Resolución CNDC N° 30/2010 no ofreció ninguna medida de prueba.

1252. Teniendo en cuenta que su presentación resultaba contradictoria con la efectuada por el Señor Franco LIVINI, esta Comisión Nacional los intimó a que unifiquen personería.

1253. Lo cierto es que más allá de las controversias antes apuntadas el día 31 de agosto de 2010, el Dr. Enrique Garrido en su carácter de Presidente del Directorio de TELECOM ARGENTINA S.A. efectuó una presentación en la cual informó que la parte actora en los autos "W DE ARGENTINA-INVERSIONES S.L. C/TELECOM ITALIA Y OTRO S/ PROCESO DE CONOCIMIENTO" desistió de la acción y del derecho, solicitando el archivo de las actuaciones y que las

codemandadass en dicho proceso, TELECOM ITALIA S.p.A. y TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V. prestaron conformidad al desistimiento supra mencionado. Asimismo acompañó copia de la resolución dictada por el Juez a cargo del Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal N° 6 el día 13 de agosto de 2010 donde efectivamente se recepta y se hace lugar al desistimiento de la acción y del derecho antes referido.

1254. En consonancia con ello, el día 6 de agosto de 2010 NORTEL INVERSORA S.A., SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A., TELECOM ARGENTINA S.A. y TELECOM PERSONAL S.A. efectuaron presentaciones, todas del mismo tenor, en las cuales manifestaron que W DE ARGENTINA INVERSIONES S.L. y TELCOM ITALIA celebraron un acuerdo que importa modificaciones estructurales en la conducción de la empresa y que ello constituye una solución superadora del conflicto y que desisten de planteos y peticiones formulados ante el Organismo.

1255. Teniendo en cuenta lo expuesto por las empresas supra mencionadas, los planteos efectuados y las medidas de prueba por estas pedidas han perdido virtualidad, y por ello no cabe expedirse acerca de su procedencia.

XI.g. Prueba ofrecida por TELEFÓNICA, S.A.

1256. Si bien esta parte no ofreció ninguna medida de prueba al contestar el traslado conferido mediante Resolución CNDC N° 30/2010, lo cierto es que si lo hizo en la presentación del 24 de junio de 2010. En dicha oportunidad: a) requirió que se provea la prueba ofrecida en la Diligencia Preliminar N° 29; b) aportó cierta prueba documental; c) solicitó se libre exhorto diplomático a fin de requerir a TELCO S.p.A. que remita copia de las actas de asamblea y Consejo de Administración en la que participaron los representantes designados por TELEFÓNICA, S.A., desde la constitución de dicha empresa hasta la recepción del pedido; d) pidió se libre exhorto diplomático a fin de que se oficie a la Comisión Europea de Defensa de la Competencia, a fin de requerir determinada información vinculada a la decisión que emitió el día 12 de mayo de 2007, en relación a la Operación Telco. En relación a la prueba a producirse en el extranjero corresponde su rechazo por idénticas consideraciones a las efectuadas

en el acápite " PRUEBA OFRECIDA POR TELECOM ITALIA S.p.A y TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V".

1257. Asimismo requirió que se citara nuevamente a prestar declaración testimonial a los testigos respecto de los cuales el Organismo rechazó ciertas preguntas. También aquí se reitera lo expuesto al referirnos a idéntico planteo efectuado por TELECOM ITALIA S.p.A. y TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V.

1258. En relación a la solicitud de que se corra traslado de la documentación requerida en el marco de la audiencia, lo cierto es que el apoderado de TELEFÓNICA, S.A. puede tomar vista del expediente y examinar y analizar la documentación requerida en el marco de las audiencias, tal como acontece en todo procedimiento en el cual se le requiere a los testigos cierta información y/o documentación, por lo que el traslado de esta no corresponde.

XI.h. Prueba ofrecida por SINTONIA S.A.

1259. En su contestación de traslado esta firma manifiesta que no es más accionista de TELCO S.p.A. y la prueba informativa que ofrece tiende a acreditar la autenticidad de la documentación que acompaña a fin de acreditar dicho extremo. Es decir que la prueba no tiene ninguna vinculación con los efectos que la "OPERACIÓN TELCO" tiene sobre la competencia en el mercado de las telecomunicaciones, siendo suficiente la prueba documental adjunta a la contestación de traslado a fin de acreditar la salida de SINTONIA de TELCO. Por ende se aconseja que la prueba informativa ofrecida sea rechazada.

XI.i. Conclusiones.

1260. Teniendo en cuenta en primer lugar que la producción de prueba en el procedimiento de concentraciones no corresponde en virtud de tener una naturaleza y un fin diferente al de conductas anticompetitivas y que de hacerse lugar a la producción de pruebas solicitadas la Autoridad de Aplicación estaría actuando *contra legem*, atento a que ello no está contemplado por la Ley N° 25.156, corresponde aconsejar su rechazo. Ello sin perjuicio de las medidas de

prueba que esta Comisión Nacional ordenó producir de oficio y como medida para mejor proveer, las cuales en virtud del principio de adquisición de la prueba, se han incorporado al procedimiento y forman parte de él.

1261. Además, y de manera subsidiaria, luego del análisis pormenorizado de cada prueba propuesta por las partes, esta Comisión Nacional puede concluir que las medidas probatorias propuestas ya se encuentran producidas en la Diligencia Preliminar N° 29 que se encuentra agregada al presente expediente.

1262. Por último cable concluir que la prueba ofrecida no tiene vinculación con el objeto del presente expediente, que es determinar los efectos en la competencia en el mercado de las telecomunicaciones de la "operación TELCO".

1263. Por todo ello corresponde aconsejar el rechazo de la prueba ofrecida por las partes.

XII. CAMBIO DE CONTROL. ARGUMENTOS MANIFESTADOS EN LA DILIGENCIA PRELIMINAR NÚMERO 29.

1264. En el presente apartado, esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA analizará los argumentos presentados por las partes en lo atinente al cambio de control operado en la operación bajo análisis.

1265. Básicamente, los argumentos brindados por las firmas notificantes, salvo las firmas SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. y NORTEL S.A. (en las presentaciones realizadas por sus Vicepresidentes en ejercicio de la presidencia), sostienen que la operación analizada no implicó un cambio de control, por lo que no corresponde ser analizada por la Autoridad de Competencia.

1266. En primer lugar, el mencionado tema no corresponde ser tratado aquí, puesto que ya fue decidido en la Diligencia Preliminar N° 29 a través de la Resolución número 4/09 emitida por esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

1267. En segundo lugar, el día 1° de febrero de 2010, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Sala A, al momento de resolver sobre el procedimiento llevado a cabo en las presentes actuaciones, implícitamente confirmó lo resuelto por esta Comisión Nacional en la Resolución N° 4/09. Esto porque al analizar el procedimiento ulterior al dictado de la mencionada

Resolución, necesita suponer la legalidad del procedimiento previo. Entender de otra manera la cuestión, resultaría ilógico.

1268. Por último el día 17 de junio de 2010 la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Sala A, confirmó parcialmente la Resolución CNDC N° 4/09 en lo que tiene que ver con la obligación de notficar la operación bajo análisis en cabeza de las firmas concentradas[39].

1269. También es necesario hacer mención a lo sostenido por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico en los autos caratulados "INCIDENTE DE APELACIÓN TELEFÓNICA S.A. Y OTROS CONTRA RESOLUCIÓN SCI N° 483/09 (EN AUTOS PRINCIPALES: "PIRELLI & C. S.p.A. Y OTROS S/ NOTIFICACIÓN ART. 8 LEY 25.156)". Al respecto esta Comisión Nacional hace suyos los fundamentos esgrimidos por el Dr. Bonzón en su fallo en minoría donde textualmente dice: "(...) Llama la atención que a esta altura de la situación procesal, en la cual la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación está entendiendo en la cuestión de competencia planteada, se siga opinando de tal manera. Considero que la resolución 4/09 ha devenido abstracta, en virtud de los términos de la resolución apelada; los insistentes, reiterados y repetitivos reclamos sobre el tema, sólo implican producir un enredo aún mayor al ya existente (...)"

1270. Y más aún llama la atención que tanto las firmas TELECOM S.p.A. y TELECOM INTERNATIONAL N.V. le dediquen a tal punto más de la mitad de la extensión de su presentación, dado que como ellos mismos refieren optaron por no interponer recurso legal alguno contra la misma puesto que no estaban obligadas a impugnarla o a recurrirla, cosa que sí hicieran con motivo de las apelaciones contra las Resoluciones CNDC 123/08, 44/09 y 64/09.

1271. Por último, si bien la cuestión no puede ser debatida por los argumentos ya enunciados, esta Comisión entiende que corresponde hacer mención a los principales puntos tenidos en cuenta al momento de decidir la obligatoriedad de la notificación.

1272. Esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

[39] Ver al respecto Sentencia recaida en autos caratulados "SINTONÍA S.A. Y OTROS S/ REC. DE QUEJA POR APELACIÓN DENEGADA".

procedió a la apertura de la Diligencia Preliminar N° 29, al tomar conocimiento el día 3 de mayo de 2007, a través de medios periodísticos, de la operación económica por medio de la cual TELEFÓNICA S.A. (España) adquirió activos de la firmas italianas PIRELLI & C. S.p.A, SINTONÍA S.p.A y SINTONÍA S.A., el 100% de la empresa europea OLIMPIA S.p.A., quien poseía activos en TELECOM (Italia) S.p.A., a fin de determinar si dicha operación debía ser notificada ante esta Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, de acuerdo a los términos establecidos en los artículos 6° y 8° de la Ley N° 25.1456.

1273. Esta Comisión Nacional ordenó a las firmas PIRELLI & C. S.p.A., SINTONÍA S.p.A. y SINTONÍA S.A., -como los "Vendedores" - y a TELEFÓNICA S.A., ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., INTESA SANPAOLO S.p.A., SINTONÍA S.A. y MEDIOBANCA S.p.A. - como "compradores" -, a tenor del acuerdo celebrado, con las mencionadas PIRELLI & C. S.p.A., SINTONÍA S.p.A. y SINTONÍA S.A., por medio del cual vendían el 100% de las acciones de OLIMPIA S.p.A., cuyo principal objetivo eran acciones de TELECOM ITALIA S.p.A., y se ejecutaban otros acuerdos que incluían el aporte a TELCO S.p.A de otras acciones de TELECOM ITALIA S.p.A., a que procedieran a dar cumplimiento con lo dispuesto en el artículo 8° de la Ley N° 25.156, bajo apercibimiento de ley, y sin perjuicio de aplicar el artículo 9° del mismo cuerpo legal, por el tiempo transcurrido desde la efectiva concreción de la operación indicada hasta la fecha en que se de cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 8°.

XII.a. Antecedentes de la presente operación económica: la compra de PIRELLI & C. S.p.A. y EDIZIONE HOLDING S.p.A. del 26,98 % de acciones de OLIVETTI. El análisis de la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

1274. A fines del año 2001, PIRELLI & C. S.p.A. y EDIZIONE HOLDING S.p.A., adquirieron el control de OLIVETTI S.A. A tal efecto constituyeron OLIMPIA S.p.A. (80% PIRELLI & C. S.P.A. y 20% EDIZIONE HOLDING S.p.A.). Luego de una serie de transacciones y a través de OLIMPIA S.p.A., PIRELLI & C. S.p.A. y EDIZIONE HOLDING S.p.A. adquirieron una participación del 6,98% de las acciones de OLIVETTI S.A., adquisición que en Argentina, fue oportunamente informada a esta Comisión Nacional, en fecha 27 de septiembre de 2001, ya que

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

- 148

11502

la misma involucraba a OLIVETTI S.A. que entonces era titular del 54,94% del capital social de TELECOM ITALIA S.p.A., y dicha operación implicaba la transferencia de control directo de TELECOM ITALIA S.p.A. a PIRELLI & C. S.p.A. y EDIZIONE HOLDING S.p.A.

1275. En nuestro país, TELECOM ITALIA S.p.A., por sí y a través de una de sus controladas – STET INTERNATIONAL NETHERLANDS N.V. - poseía el 50% del capital social con derecho a voto de NORTEL INVERSORA S.A., la cual a su vez era controlante del 54,74% de TELECOM ARGENTINA S.A., razón por la cual, PIRELLI & C. S.p.A. ejercía el co-control indirecto sobre TELECOM ARGENTINA STET- FRANCE TELECOM S.A.

1276. La operación de concentración económica mediante la cual PIRELLI & C. S.p.A., a través de la compra de OLIVETTI S.A., en el exterior, adquirió en la Argentina el 50% de la acciones representativas del capital social de NORTEL INVERSORA S.A., otorgándole el control conjunto sobre la misma, fue aprobada de acuerdo a lo previsto en el artículo 13 inciso a) de la Ley N° 25.156, mediante la Resolución N° 5/2002, del día 7 de febrero de 2002, emitida por el Ministro de Producción, Dictamen N° 304.

1277. En el antecedente mencionado *ut supra*, ésta Comisión observó la relevancia de la firma OLIMPIA S.p.A. sobre TELECOM ITALIA S.p.A., ya que OLIMPIA S.p.A. al adquirir el 26,98% pasó a constituir la primer minoría de un capital ampliamente disperso en el público, siendo entonces el accionista más relevante.

1278. Por otra parte, y en fecha 17 de octubre de 2003, las firmas W. DE ARGENTINA INVERSIONES SL; FRANCE TELECOM S.A.; FRANCE CABLE ET RADIO S.A. y ALTAS SERVICES BELGIUM S.A., notificaron a esta Comisión Nacional, la adquisición por parte de W. DE ARGENTINA INVERSIONES SL del 48% de las acciones de SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. y una opción de compra de un 2% adicional, propiedad de FRANCE CABLE ET RADIO S.A. y ALTAS SERVICES BELGIUM S.A., operación aprobada por medio de la Resolución SCDC N° 103/2003 de fecha 15 de diciembre de 2003, Dictamen N° 373/03.

1279. En el caso mencionado, esta Comisión Nacional aconsejó autorizar la operación económica descripta y le hizo saber a las partes que, en caso de

ejercer las opciones establecidas en el "Call Option AGREEMENT", de fecha 09 de noviembre de 2003, ello debería ser notificado conforme los artículos 6 y 8 de la Ley N° 25.156.

1280. Respecto a las restricciones sobre las transferencias de acciones acordadas entre TELECOM ITALIA S.p.A. y EL GRUPO WERTHEIN, esta Comisión destacó que:

a. Hasta el 31 de diciembre de 2008 EL GRUPO WERTHEIN no podía vender, ceder, gravar ni disponer, directa o indirectamente, de su participación en SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A.

b. Hasta el 31 de diciembre de 2013 EL GRUPO WERTHEIN debería mantener al menos una participación en SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. del 2%.

c. En ningún caso, el Grupo Werthein podía vender su participación en SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. a un "Competidor de Telecomunicaciones" (es decir, una persona -incluyendo afiliadas - que no sea TELECOM ITALIA S.p.A. o sus afiliadas que directa o indirectamente (i) compitieran o estuvieran en el proceso de comenzar a competir con una compañía del grupo TELECOM ARGENTINA S.A. en el área de servicios de telecomunicaciones en que éstas estaban activas o (ii) que compitieran con todo o parte de los negocios de telecomunicaciones principales de TELECOM ITALIA S.p.A o sus afiliadas en Europa y/o América del Sur.

d. Las partes acordaron un derecho de compra preferente.

e. EL GRUPO WERTHEIN tenía derecho de participar en la venta de acciones que SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. acuerde TELECOM ITALIA S.p.A .

XII.b. Análisis de los documentos que formalizaron la operación económica.

1281. Esta Comisión Nacional analizó los instrumentos jurídicos que dieron basamento a la operación bajo estudio, a saber:

I. *Co-Investement Agreement* (en adelante "Acuerdo de Co-Inversión"), de fecha 28 de abril de 2007, celebrado entre TELEFÓNICA S.A.; ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A.; SINTONÍA S.p.A. y SINTONÍA S.A.; INTESA SANPAOLO S.p.A. y MEDIOBANCA S.p.A.

II. *Shareholders' Agreement* (en adelante "Acuerdo de Accionistas") de fecha 28 de abril de 2007, celebrado entre TELEFÓNICA S.A.; ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A.; SINTONÍA S.p.A. y SINTONÍA S.A.; INTESA SANPAOLO S.p.A. y MEDIOBANCA S.p.A.

III. *"By-Laws"* (en adelante "Estatuto de Telco S.p.A."), celebrado entre TELEFÓNICA S.A.; ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A.; SINTONÍA S.p.A. y SINTONÍA S.A.; INTESA SANPAOLO S.p.A. y MEDIOBANCA S.p.A.

IV. *Stock Sale Purchase Agreement* (en adelante "Acuerdo de Compraventa de Acciones"), de fecha 28 de abril de 2007, celebrado entre PIRELLI S.p.A. y SINTONÍA S.p.A. y SINTONÍA S.A., en su carácter de vendedores, y TELEFÓNICA S.A.; ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A.; SINTONÍA S.p.A. y SINTONÍA S.A..; INTESA SANPAOLO S.p.A. y MEDIOBANCA S.p.A., en su carácter de futuros accionistas de TELCO S.p.A.

1282. Del estudio exhaustivo de los instrumentos mencionados, como así también de las constancias obrantes en la Diligencia Preliminar N° 29 caratulada "TELEFÓNICA DE ESPAÑA, OLIMPIA Y OTROS S/ DILIGENCIA PRELIMINAR ART. 8° DE LA LEY 25.156", ésta CNDC efectuó una serie de consideraciones, a saber:

1283. Acuerdo de Co-Inversión: A través de la instrumentación del Acuerdo se acordó la constitución de una sociedad denominada TELCO S.p.A., compuesta por TELEFÓNICA S.A. (42,3%), MEDIOBANCA S.p.A. (10,6%), SINTONÍA S.p.A y SINTONÍA S.A. (8,4%), ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A. (28,1%) e INTESA SANPAOLO S.p.A. (10,6%), por medio de la cual se establecerían los términos y condiciones para la presentación de una oferta para la compra a PIRELLI & C. S.p.A., SINTONÍA S.p.A. y SINTONÍA S.A. del 100% del capital accionario de una compañía holding llamada OLIMPIA S.p.A., que a su vez poseía una participación del 17,99% del capital accionario con derecho a voto de TELECOM ITALIA S.p.A..

1284. Por su parte, ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A y MEDIOBANCA S.p.A. poseían una participación directa en TELECOM ITALIA S.p.A. del 4,06% y del 1,54% respectivamente, las cuales serían canjeadas por acciones de TELCO S.p.A.

1285. En razón de lo expuesto, TELCO S.p.A. pasó a tener un total del 23,6% de acciones con derecho a voto de TELECOM ITALIA S.p.A.

1286. La cláusula 1, en su punto iv), establece: *"...(iv) la Newco adoptará los nuevos estatutos que se adjuntan a la presente como Anexo C ("los Estatutos de la Newco") que en el mayor grado posible, contienen los principios rectores de la Newco, mientras que los acuerdos restantes entre los accionistas con relación al gobierno de la Newco y/ O (que no se pudieron incluir en la estatuto de la Newco) están contenidos en el acuerdo de accionistas que se adjunta al presente como Anexo D ("el Acuerdo de Accionistas")".*

1287. De este modo, el Acuerdo de Co-Inversión estableció como presunción fundamental que, los Grupos TELECOM ITALIA S.p.A. y TELEFÓNICA S.A. *serían administrados de manera autónoma e independiente, sin perjuicio, no obstante, de los derechos y prerrogativas de las partes que resulten de este Contrato de Co-Inversión y del Acuerdo de Accionistas.*

1288. Más allá de la presunción establecida, en cuanto a la autonomía e independencia con que ambos grupos serían administrados, tal afirmación pasa a tener carácter declarativo en la medida de que a renglón seguido, se dejan a salvo los derechos y prerrogativas de las partes que resulten del citado acuerdo y del acuerdo de accionistas.

1289. Por otra parte, se observó que en la cláusula 3 y bajo la denominación *Financiación y Capitalización de Newco*, se fijó un aumento del capital en cinco etapas. Las partes acordaron que, previo a adquirir las acciones de OLIMPIA S.p.A., la asamblea extraordinaria de accionistas debería decidir, sobre un primer, segundo, tercer y cuarto aumento de capital.

1290. El primer aumento de capital tenía como destinatarios a ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A. y MEDIOBANCA S.p.A., correspondiendo un valor de 2,53 Euros por acción, y mediante el aporte en especie de las acciones directas que ambas firmas poseían en relación a TELECOM ITALIA S.p.A.

1291. El segundo aumento de capital previó que *"...(ii) tras la resolución de transformar a la Newco, según se define en el artículo 1(iii) "ut supra", un segundo aumento de capital accionario a TE, que TE compromete a suscribir e integrar en su totalidad, por la cantidad de suma xxxx m de Euros (equivalentes a 2,82 Euros por acción), xxxx de m de Euros equivalentes al valor nominal y xxxxx*

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

de m de Euros a la prima, a ser suscriptos e integrados completamente por TE en efectivo con fondos de inmediata disponibilidad o mediante la conversión del préstamo de accionista otorgado por TE..."

1292. El tercer aumento del capital accionario se reservó para *"... IS, que IS se compromete a suscribir y abonar en su totalidad, por la cantidad de xxx m de Euros (equivalentes a 2,53 Euros por acción), xxx m de Euros equivalentes al valor nominal y xxx m de Euros a la prima, a ser suscriptos y abonados por IS en efectivo con fondos de disponibilidad inmediata o mediante la conversión del préstamo del accionistas otorgado por IS..."*.

1293. Por último, *"... se reserva un cuarto aumento del capital accionario a SI, que SI se comprometa a suscribir e integrar en su totalidad, por la xxx m de Euros equivalentes a 2,53 Euros por acción), xxx m de Euros equivalentes al valor nominal y xxx m de Euros a la prima, a ser suscriptos e integrados completamente por SI en efectivo con fondos de inmediata disponibilidad o mediante la conversión del préstamo del accionistas otorgado por SI..."*

1294. De lo expuesto surge que no todos los inversores de TELCO S.p.A. suscribirían el aumento de capital pagando la misma prima por acción.

1295. En efecto y al momento de prestar declaración los Sres. Dr. José Manuel SIPOS GALVES, en su carácter de Director de Competencia de TELEFÓNICA S.A y Dr. Enrique MEDINA MALO, Director de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información de TELEFÓNICA S.A., ambos prestandores de servicios en España, manifestaron que habían sido responsables directamente de la asesoría legal y de la preparación de toda la documentación relacionada con el derecho de la competencia derivado de la operación bajo análisis, aclarando que no participaron directamente en la negociación. Ante la pregunta de si todos los socios de TELCO S.p.A. pagan el mismo valor por acción en la presente operación económica y en caso negativo, porque, el Dr. MEDINA, dijo *"los socios no pagan el mismo valor por acción. Las cuantías están establecidas en los documentos aportados a la Comisión. Los motivos vienen determinados en primer lugar por el simple cruce de la oferta y la demanda en un mercado libre. Y en segundo por la naturaleza de esta operación para Telefónica que constituye un posicionamiento interesante ante hipotéticos movimientos que se puedan producir en el sector de las telecomunicaciones en Europa equiparable a otras*

operaciones similares realizadas por la compañía como la adquisición, hace casi 10 años de aproximadamente un 10% de PORTUGAL TELECOM o un 5% de CHINA NETCOM, resulta así evidente que la valuación de esta operación viene determinada por el precio fijado por los vendedores, en un mercado en concurrencia y respecto de unas acciones cuya compra resultaba interesante para otros operadores de telecomunicaciones que finalmente no resultaron adjudicatarios de esas acciones."

1296. Por su parte el Dr. SIPOS manifestó *"me adhiero a lo manifestado por el Sr. Medina en su totalidad queriendo destacar que las dos participaciones citadas en PORTUGAL TELECOM y en CHINA NETCOM, al igual de la que es objeto de las presentes diligencias no confieren a Telefónica ni control individual, ni control conjunto sobre las citadas compañías..."*.

1297. Por ende, ésta Comisión entendió que ni del Acuerdo de Co-Inversión, ni de las manifestaciones vertidas por los especialistas españoles surgió específicamente la razón por la cual TELEFÓNICA S.A. pagaría una prima para ingresar a TELCO S.p.A. superior a la que abonarían sus restantes socios, no siendo ello justificado a excepción de los especiales derechos políticos y económicos que detentaría dentro del grupo inversor, como ser entre otros, el de único operador de telecomunicaciones, y en especial, las particulares ventajas que podría obtener como accionista indirecto de TELECOM ITALIA S.p.A., a punto de poder evaluarla como una *"prima de control"*.

1298. Dentro de la misma cláusula 3 y mediante el quinto aumento de capital, se previó la incorporación de nuevos socios al consorcio, quienes debían ser necesariamente inversores italianos y no podían ser operadores de telecomunicaciones o tener una participación de control en una empresa privada de telecomunicaciones o una participación superior al 10 % en una empresa pública de telecomunicaciones o que se le permitiera designar a uno o más miembros del directorio de dicha empresa. Ello sin perjuicio del consentimiento previo de los restantes socios y de TELEFÓNICA S.A. para su ingreso.

1299. Especificamente acordaron que:*"...A los efectos de este Quinto Aumento de Capital Accionario: (i) "Inversor del Quinto Capital Accionario" significará cualquier persona física o jurídica, distinta de un Operador de Telecomunicaciones (según se define a continuación), que sea un inversor*

italiano institucional o privado calificado de buena reputación, a ser seleccionado por IS con el consentimiento de los otros accionistas Clase A, consentimiento que no podrá ser demorado sin razón, y subsecuentemente presentado para la aprobación de TE aprobación que no podrá ser demorara sin razón, que luego de adquirir cualquier acción en la Newco, deberá suscribir el presente Acuerdo de Co Inversión y el Acuerdo de Accionistas, y estará sujeta a las obligaciones de los mismos y no tendrá derechos especiales en el gobierno de la Newco, salvo aquello inherentes Clase A, conforme a los estatutos y al Acuerdo de Accionista, y aquellos que resultan de las leyes aplicables; y (ii) "Operador de Telecomunicaciones" significará cualquier persona física o jurídica que opere en el sector de telecomunicaciones, y cualquier persona física o jurídica que tenga (x) una participación mayoritaria que no cotice en bolsa, que opera el sector de telecomunicaciones o (y) una participación que cotice en bolsa en el sector de telecomunicaciones que supere 10% del capital accionario o que, incluso siendo menor al 10% del capital accionario permita al tenedor designar uno o más miembros del directorio que cotiza en bolsa...".

1300. En efecto, dicha restricción referida a "Operadores de Telecomunicaciones" sólo tiene como beneficiario directo a TELEFÓNICA S.A. De otra manera, no se justificaría la restricción de acceso.

1301. Conjuntamente con lo expuesto y para completar el plexo normativo a analizar por esta Comisión Nacional, se consideró lo establecido en la cláusula 5° del Acuerdo de Co-Inversión, denominada "Negocio de la Newco", que textualmente expresó *"...Las Partes acuerdan que (I) la actividad comercial de Newco sólo podrá ser la inversión, titularidad y desinversión, directa o indirecta, de acciones de TI, (II) sin embargo el espectro societario de Newco permitirá, en principio, la ejecución de ciertos servicios en el área de la actividad de TI, pero, con el objeto de llevar a cabo dichos servicios, se requeriría la previa autorización de la asamblea de Newco... y dicha autorización deberá ser aprobada con el voto afirmativo de al menos el 95% del capital accionario de Newco."*

XII.c. El acuerdo de accionistas de TELCO S.p.A.

1302. Asimismo, este organismo analizó la cláusula 6 del Acuerdo de Co-

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

FOLIO 11509

Inversión, referida al Acuerdo de Accionistas, y en donde se estableció la forma en que TELEFÓNICA S.A., ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., SINTONÍA S.p.A., SINTONÍA S.A., INTESA SANPAOLO S.p.A. y MEDIOBANCA S.p.A. regularían su participación en TELCO S.p.A. acordando los siguientes principios: *"...Las Partes reconocen y convienen que (i) el Acuerdo de Accionistas contiene disposiciones relativas a, entre otros, (x) el gobierno de la Newco, (y) el (ii) el gobierno de Olimpia, incluyendo la definición de los criterios relacionados al nombramiento de los directores de TI, en el mayor grado posible y (z) la transferencia de las acciones de la Newco, O y de TI, (ii) que el Estatuto de la Newco ha sido redactado con el fin de reflejar en el mayor grado posible los principios rectores de la Newco y la transferencia de las acciones de Newco y (iii) que los principios rectores restantes de la Newco y de O, que no pudieron incluir en los Estatutos de la Newco, se encuentran incluidos en el Acuerdo de Accionistas..."*

1303. Concordantemente, el Acuerdo de Accionistas en su encabezamiento reza: *"...Las Partes desean acordar los principios relacionados entre otras cosas con (i) el gobierno societario de Newco, (ii) el gobierno de O, (iii) el nombramiento de directores de TI y (iv) la transferencias de las acciones de Newco y las acciones de Olimpia S.p.A. y TI que Newco tiene directa o indirectamente...."*

1304. Analizada que fuera la composición y elección del Directorio de TELCO S.p.A. se llegó a la conclusión de que la integración del mismo se basó en el principio de proporcionalidad.

1305. El número de directores es equivalente a 10 (diez) y la elección de los mismos se llevará a cabo mediante el sistema de listas, a fin de garantizar el principio establecido. En este sentido, el Estatuto (cláusula 15.2) estableció que los tenedores de acciones Clase A que en forma individual o conjunta representaran al menos 20% del capital de TELCO S.p.A. tendrán derecho a presentar una lista de candidatos para integrar el directorio. El mismo requisito aplica para los tenedores de acciones Clase B.

1306. Sin embargo, los accionistas de cada clase sólo pueden votar sobre la lista presentada por uno o más accionistas de su clase. En este sentido, y conforme la tenencia accionaria vigente al 9 de enero de 2009:

a. los accionistas tenedores de acciones Clase A (MEDIOBANCA S.p.A., INTESA

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

- 148

11510

SANPAOLO S.p.A., ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., SINTONÍA S.p.A. y SINTONÍA S.A.), mientras mantengan un porcentaje superior al 50% más una acción del capital de TELCO S.p.A., pueden designar 6 directores (entre los cuales se elegiría el presidente de TELCO S.p.A.). La lista deberá ser confeccionada por unanimidad o en caso de que no se logre, en base a un criterio de proporcionalidad, es decir: ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A. 2 directores, INTESA SANPAOLO S.p.A. 1 director, SINTONÍA S.p.A. y SINTONÍA S.A. 1 director y MEDIOBANCA S.p.A. 1 director. El principio de unanimidad se mantiene para el supuesto del Presidente será aplicable para las designaciones directas o indirectas de OLIMPIA S.p.A o TELECOM ITALIA S.p.A.; y

b. el accionista tenedor Clase B es TELEFÓNICA S.A., con lo cual mientras mantenga un porcentaje de al menos el 30% de capital de TELCO S.p.A., podrá elegir 4 directores incluyendo el Vicepresidente. Para el caso de que el porcentual sea menor al 20% del capital de TELCO S.p.A., tendrá derecho a designar 2 directores.

1307. En consecuencia, si los tenedores de la Clase A de acciones tendrían en algún momento, menos del 50% más una acción de TELCO S.p.A., y/o TELEFÓNICA S.A., como tenedor de acciones Clase B, tuviera 50% más una acción de TELCO S.p.A., los principios arriba referidos se verían invertidos.

1308. En la misma línea, si cualquiera de las clases accionarias llegasen a tener más del 70% del capital accionario, tendrían derecho a designar 7 de los 10 directores. Asimismo y para el caso de que cualquier clase de accionista se diluya por debajo de los porcentajes indicados, deberían renunciar los directores excedentes que correspondan.

1309. De la documentación obrante, surge que los asuntos considerados materias reservadas son: a) la adquisición, enajenación y gravamen (directa o indirectamente de cualquier forma o manera) de las acciones de OLIMPIA S.p.A. de TELECOM ITALIA S.p.A. o cualesquiera derecho que les correspondan; b) la realización de inversiones que no sean en OLIMPIA S.p.A. y en TELECOM ITALIA S.p.A.; c) las decisiones sobre erogaciones de capital y sobre la estructura financiera por sumas superiores a los 75 millones de Euros; d) las decisiones sobre el voto a ser emitido en la Asamblea Extraordinaria de TELECOM ITALIA S.p.A., convocadas según el artículo 2365 del Código Civil Italiano, para aprobar

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

- 148

FOLIO 1151

resoluciones sobre transacciones extraordinarias; e) las decisiones sobre el voto a ser ejercido en la asamblea de accionistas de OLIMPIA S.p.A. y f) la aprobación y modificación del presupuesto de TELCO S.p.A.

1310. De este modo y de acuerdo al análisis realizado acerca de la conformación del directorio, en todos estos casos se requerirá para su aprobación, el voto favorable de al menos 7 directores, con lo cual resulta necesario al menos un voto de los directores designados por TELEFÓNICA S.A., para arribar a la mayoría agravada.

1311. Ahora bien, si 3 o más directores se ausentaran o abstuvieran de votar respecto de las materias señaladas, la mayoría requerida sería del voto favorable de 6 directores. Pero si los directores de TELEFÓNICA S.A. ausentes o que se abstuvieran fueran tres o más, el tratamiento y resolución se pospondría hasta una reunión posterior, en la cual regirán las mayorías especiales.

1312. Asimismo, del análisis llevado a cabo por este organismo respecto de los documentos societarios no surgió que se hubiese previsto en forma clara y detallada, el quórum al que debía someterse el directorio de TELCO S.p.A. en el supuesto de que se torne operativo el principio de autolimitación establecido en el Acuerdo de Co-Inversión y en la cláusula 5º del Acuerdo de Accionistas.

1313. Dicho principio establece el compromiso de TELEFÓNICA S.A. a que los directores por ella designados en TELCO S.p.A. no deben participar ni votar en las sesiones del Directorio, donde se puedan tratar temas relacionados con las políticas, gestión y operación de las compañías directa o indirectamente controladas por TELECOM ITALIA S.p.A. que prestasen sus servicios en países en los cuales estuvieran vigentes restricciones o limitaciones regulatorias o legales para el ejercicio del derecho de voto por parte de TELEFÓNICA S.A. como accionista indirecto y final de dichas sociedades.

1314. Para ello, fue necesario analizar la cláusula 5° del acuerdo y las previsiones relativas a TELECOM ITALIA S.p.A. y TELEFÓNICA S.A., que reza *"Disposiciones sobre TI y TE. Las Partes reconocen y acuerdan que los grupos de TI y TE se administrarán en forma autónoma e independiente, sin perjuicio, sin embargo, de los derechos y prerrogativas de las partes que surjan de este Convenio de Accionistas. Las Partes además reconocen y ratifican que, sin perjuicio del perjuicio de la independencia y autonomía de cualquier decisión*

administrativa de TI, la inversión de Newco implica una visión y perspectiva estratégicas. Por lo tanto, las Partes considerarán en forma favorable cualquier iniciativa estratégica que las respectivas gerencias de TI y TE puedan llevar adelante conjuntamente, dentro de su autonomía e independencia. Tan pronto como sea posible después del cierre (según se defina en la Oferta) y por todo el plazo del Convenio de Accionistas, el directorio de Newco o de O, según sea el caso, aprobará la lista que se presentará ante la asamblea de accionista de TI, para el nombramiento de los directores de TI, según los siguientes criterios: i). TE – en la medida en que tenga por lo menos el 30% del capital accionario de Newco – tendrá derecho respecto de las demas Partes de designar dos directores de TI (x) que serán incluidos como candidatos para el nombramiento en el directorio de TI en la lista presentada por O o Newco (según sea el caso) e (y) en la medida que sea factible, de acuerdo con el artículo 2386, primer párrafo, del Código Civil Italiano ("cooptazione"); y (ii) los accionistas Clase A que sean Parte de este Convenio – en la medida en que tengan por los menos el 50% más una acción del capital accionario de Newco – designarán los otros miembros de la lista de la siguiente manera: (x) tres miembros por unanimidad e (y) el resto de los miembros mutatis mutandis sobre la base de la misma proporcionalidad aplicada en el Artículo 1.1 (b) (i) precedente entre los accionistas Clase A que sea parte de este Convenio. Los directores designados por TE en Newco, O y TI recibirán instrucciones de TE de no participar ni votar en las reuniones del directorio (y TE, en la medida que corresponde, no asistirá, ni votará en ninguna asamblea de accionistas de Newco o la entidad que surja de la fusión de O con Newco, según sea el caso) en la cual se consideren y propongan resoluciones relacionadas con las políticas, gerenciamiento y operaciones de las sociedades directa o indirectamente controladas por TI que presten sus servicios en países donde rigen restricciones o limitaciones regulatorias para el ejercicio de los derechos de voto de TE (como accionista indirecto y final de dichas sociedades). Si bien a la fecha del presente TE no prevé la imposición sobre TE de ningún gravamen, restricción o desinversión por parte de ninguna autoridad regulatoria o de defensa de la competencia en relación con la Adquisición ni una vez que la Adquisición haya sido implementada, las Partes acuerdan que si alguna autoridad competente en materia de defensa de la competencia o regulatoria en cualquier país impusiera a

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

TE o a TI algún gravamen o desinversión que sea confirmado por las autoridades competentes (el " Gravamen") a consecuencia de la inversión de capital de TE en Newco e indirectamente en TI, entonces TE, si el gravamen es impuesto a TE o como cada una de las partes, en el caso de que el gravamen sea impuesto a TI, tendrá el derecho de solicitar una Des-fusión según lo establecido en el artículo 1.2 (cc) de este Convenio de Accionistas. Las Partes acuerdan que en el supuesto de que la Adquisición queden sujetas a condiciones suspensivas por parte de las autoridades competentes en materia de defensa de la competencia o regulatorias requiriendo que TE reduzca sus prerrogativas y derechos en términos de gobierno de Newco y/o en O y/o en TI, entonces TE estará obligada a satisfacer dichas condiciones suspensivas y las Partes acordarán de buena fe las modificaciones de este Convenio de Accionistas, que a la vez que conserva el cumplimiento de dichas condiciones suspensivas, conserven en la mayor medida posible el espíritu general que yace bajo este Convenio de Accionistas...".

1315. En este caso, el Acuerdo de Accionistas establece, al igual que el Contrato de Co-Inversión, que las partes acordaron que los grupos TELECOM DE ITALIA S.p.A. y TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A. serían administrados en forma autónoma e independiente, sin perjuicio de los derechos y prerrogativas que resultasen para las partes del mismo Acuerdo de Accionistas.

1316. Sin embargo y como consecuencia de los derechos adquiridos por TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A., esta Comisión Nacional no encontró plenamente garantizada la administración independiente de TELECOM ITALIA S.p.A.

1317. Adicionalmente se tuvo en consideración que el Acuerdo de Accionistas estableció que las partes reconocían que, sin perjuicio de la independencia y autonomía de cualquiera de las decisiones de administración de TELECOM ITALIA S.p.A., la inversión en TELCO S.p.A. implicaba una visión y perspectiva estratégica, con lo cual las partes considerarían favorablemente cualquier iniciativa estratégica que los *managements* de TELECOM ITALIA S.p.A. y TELEFÓNICA DE ESPAÑA llevaran adelante en forma conjunta.

1318. Con relación al directorio de TELCO S.p.A. y de OLIMPIA S.p.A., el Acuerdo de Accionistas dispuso que luego del cierre de la Operación, y por el plazo completo de vigencia del Acuerdo de Accionistas, tales directorios deberían aprobar la lista de directores a ser designados, la cual debería ser presentada a la

asamblea de accionistas de TELECOM ITALIA S.p.A., conforme a los siguientes criterios:

a. TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A., siempre que fuera titular de al menos el 30% del capital social de TELCO S.p.A., tendría derecho a designar 2 directores de TELECOM ITALIA S.p.A.;

b. los accionistas Clase A que fuesen parte del Acuerdo de Accionistas y siempre que fuesen titulares de al menos el 50% más una acción de TELCO S.p.A., designarían los restantes miembros de la lista del siguiente modo:

   i. 3 miembros en forma unánime; y

   ii. los restantes miembros sobre la base de; *mutatis mutandi*, de la misma proporcionalidad antes explicada -conf. Cláusula 1.1(b)(i)-.

1319. Por otra parte, el Acuerdo de Accionistas estableció que TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A. no podrá asistir ni votar en ninguna asamblea de accionistas de TELCO S.p.A. o de la entidad resultante de la fusión entre OLIMPIA S.p.A. y TELCO S.p.A.; como asimismo debe ordenar a los directores que ella hubiese designado en TELCO S.p.A., OLIMPIA S.p.A. y TELECOM ITALIA S.p.A. que no participen ni voten en aquellas reuniones de directorio, en las que se discutan y/o propongan soluciones relacionadas con las políticas, administración y operaciones de compañías directa o indirectamente controladas por TELECOM ITALIA S.p.A., y que provean servicios en países en donde se encuentren vigentes restricciones regulatorias, legales o limitaciones al ejercicio de los derechos de voto por parte de Telefónica de España (como accionista indirecto y último de tales compañías).

1320. Esta Comisión Nacional observó que no obstante dicha limitación, no existen restricciones regulatorias que impidan a TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A. votar indirectamente en cuestiones relacionadas con TELECOM ARGENTINA S.A.

1321. En este sentido, se destacó que en cualquier caso, la auto-limitación impuesta por vía convencional entre los accionistas de TELCO S.p.A. no es automática, en el sentido que TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A. se abstendría de votar en temas atinentes a TELECOM ARGENTINA S.A. En consecuencia se trata de una autolimitación condicionada y cuya condición resulta incierta, en la medida en que no se estableció el modo en el que tornarían operativa tal cláusula.

1322. Para corroborar lo expuesto y al ser interrogados los representantes

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

- 148

FOLIO 11515

españoles, Sres. SIPOS GALVES y MEDINA MALO, respecto a la cláusula 5 y cómo operaba manifestaron: "... *PREGUNTADO PARA QUE DIGA EL TESTIGO como opera la cláusula 5°. El Sr. MEDINA, dijo "en cuanto a la forma de operar, a nuestro leal saber y entender, establece un doble principio u obligación de abstención a nivel personal e institucional que vincula a TELEFÓNICA en cuanto al voto que manifieste en las asambleas de accionistas y a los miembros del directorio designados por Telefónica, en cuanto a la participación y voto en decisiones. Cuando estas decisiones del directorio o de la asamblea general, se refieran a políticas de gerenciamiento u a operaciones sobre sociedades controladas que presten servicios en países de donde rigen limitaciones regulatorias y legales para el ejercicio de los derechos de voto de Telefónica. La cláusula debe entenderse como una cautela general sin limitación de ningún tipo que se aplica a todos los países en el que se den las circunstancias que en ellas se detallan, ya que debe entenderse el concepto de limitación legal como un bloque que se refiere a la totalidad del ordenamiento jurídico, y a las restricciones que de ellas se deriven pudiéndose destacar a los efectos de esta comparecencia la legislación societaria o de regulación del mercado de valores en lo que a los conflictos de intereses de miembros del directorio se refiere o en términos generales la normativa relativa a la defensa de la competencia. Debe tenerse en cuenta que esta cláusula garantiza que los partícipes en NEWCO adopten siempre sus decisiones con el único fin de beneficiar los intereses generales de la compañía y no sus propios intereses particulares por lo que ampara en una dimensión superior a los socios minoritarios de NEWCO y no a TELEFÓNICA." El Sr. SIPOS, dijo "me adhiero a lo manifestado por el Sr. Medina."* A renglón seguido, y a contrario sensu de lo manifestado por los dicentes se les efectúo la siguiente repregunta: *PREGUNTADO LOS TESTIGOS PARA QUE DIGAN si salvo las excepciones referidas por los comparecientes, "ut-supra", entonces TELEFÓNICA S.A. sí participará en las decisiones estratégicas, políticas, de gestión y operaciones de TELECOM ITALIA S.p.A. El Sr. SIPOS, dijo "TELEFÓNICA S.A. participará en las decisiones estratégicas de las empresas subsidiarias de TELECOM ITALIA S.p.A. en la proporción que le corresponde a su participación en la matriz de esta (TELECOM ITALIA HOLDING), es decir, 2 directores de los 19 de TELECOM ITALIA S.p.A., en aquellos países donde al no*

existir presencia simultánea con empresas del grupo TELEFÓNICA, las limitaciones antedichas, no tengan efecto." Sr. MEDINA, dijo "quiero añadir a los que he dicho en mi respuesta anterior que la cláusula que venimos analizando se refiere en mi opinión, a la participación en las sesiones del directorio de TELCO S.p.A. y que todo lo relativo a las sesiones del directorio de TELECOM ITALIA S.p.A., viene determinado para los directores designados por TELEFÓNICA S.A. por lo que digan los estatutos de la propia TELECOM ITALIA S.p.A., por la normativa relativa al conflicto de intereses en empresas cotizadas que resulte de aplicación tanto a TELEFÓNICA S.A. , como TELECOM ITALIA S.p.A. y por el hecho incontrovertido de que la participación de TELEFÓNICA en el directorio de TELECOM ITALIA S.p.A. está limitada a 2 directores de un total de 19. Entiendo,. por tanto, que la participación de dichos directores en la toma de decisiones de TELECOM ITALIA S.p.A., si es que a este punto se refiere la pregunta nada tiene que ver con lo establecido en la cláusula 5° que se refiere a NEWCO...".

1323. Sin perjuicio de la independencia y autonomía de cualquiera de las decisiones del gerenciamiento de TELECOM ITALIA S.p.A., la inversión en TELCO S.p.A. es considerada por las partes como estratégica.

1324. No obstante ello, a esta Comisión Nacional no le resultó claro cuál fue la estrategia a la que apuntaban las partes cuando establecieron *"...Por lo tanto, las Partes [Telefónica y sus socios italianos] considerarán en forma favorable cualquier iniciativa estratégica que las respectivas gerencias de TI y TE puedan llevar adelante conjuntamente, dentro de su autonomía e independencia."*

1325. Esta previsión resulta dificultosa de comprender si se prescinde de un dato fundamental que, aunque obvio, las partes se cuidaron de explicitar: a través de la transacción, TELEFÓNICA S.A. adquirió una participación accionaria indirecta que le otorgó al menos, una posición de influencia en su nueva relación con TELECOM ITALIA S.p.A.

1326. Tal es así que al prestar declaración testimonial el Presidente de ese momento, del Directorio de TELECOM ARGENTINA S.A, Sr. Carlos FELICES, manifestó *"... PREGUNTADO PARA QUE DIGA, si sabe como operará la llamada "auto-limitación" que efectuaría TELEFÓNICA S.A., la cual garantizaría el gerenciamiento independiente de ambos grupos, DIJO, yo no tengo más información que la que he mencionado. Sin embargo hay una mención en el*

informe elaborado por el Dr. Juan Carlos CASSAGNE, donde él analiza la auto-limitación de Telefónica S.A. y sus efectos. En él señala que "en otros términos, aunque se postule hipotéticamente que Telefónica controla en abstracto a Telco y que Olimpia controla a Telecom Italia, lo que podría eventualmente obligar a notificar la operación porque se habría producido la transferencia del control de Telecom Italia a Telco, de ello, no resultaría necesariamente que Telefónica controle o ejerza influencia decisiva sobre Telecom Argentina (cuestión que podría repercutir sobre el mercado local de las telecomunicaciones). A ello se opondría una auto-limitación decidida por Telefónica SA quien se excluyó de participar y votar en cuestiones que involucren a Telecom Argentina en el acuerdo de Accionistas de Telco. En virtud de esa decisión, la eventual influencia de Olimpia sobre materias que involucren a Telecom Argentina, en todo caso, podrá provenir de los restantes socios de Olimpia pero no de Telefónica. Es justamente, esta auto-limitación la que impedirá en cualquier caso la verificación de la situación que postula el otro informe recibido por la compañía, realizado por el Sr. Winograd, cuando anticipa, como un hecho cierto, la posibilidad de que Telefónica de España, utilice su poder en la conducción de Telecom Italia, para orientar las políticas de la filial argentina hacia un escenario de menor competencia en el mercado local. Y prevé más adelante que "Telefónica de España, podría limitar las políticas de inversión de las filiales locales de Telecom Italia". De la misma manera, como la auto-limitación incluye la restricción voluntaria a participar en las reuniones de Directorio o Asambleas donde se traten estas cuestiones, tampoco existirá el acceso a la información estratégica de Telecom Argentina, que eventualmente vaya a ventilarse en el Directorio de Telecom Italia (si ese fuera el caso). Esa auto-limitación de Telefónica, asumió inicialmente la forma de un compromiso privado frente a los futuros socios de Telco en el marco del acuerdo de accionistas de Telco, pero fue incluida luego específicamente entre la información presentada por Telefónica S.A. ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores Española y posteriormente comunicada a la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, por nota del 30 de abril del 2007 y nota a la Bolsa de Comercio del 18 de julio del 2007. Allí se dijo claramente, que no obstante la toma de participación minoritaria ambas compañías (Telefónica S.A. y Telecom Italia) se gestionarán autónoma e independientemente y que se previó que Telefónica

instruirá a sus representantes para que se abstengan de participar y votar en reuniones de directorio o asambleas, según el caso , en las que se debata o se proponga la toma de decisiones relacionadas con políticas administración, u operación de compañías controladas directa o indirectamente por Telecom Italia S.p.A, que provean servicios en países donde existan restricciones o limitaciones legales o regulatorias para el ejercicio de los derechos de voto de Telefónica. PREGUNTADO PARA QUE DIGA EL TESTIGO si se ha firmado algún documento relativo al acceso a la información respecto a TELECOM ARGENTINA S.A. y sociedades en las que participa, por parte de sus directores, gerentes y/o accionistas, con sus accionistas DIJO, Telecom Argentina es una compañía pública, nosotros informamos trimestralmente a nuestros accionistas la evolución de los resultados de la compañía en el periodo pasado... PREGUNTADO PARA QUE DIGA EL TESTIGO si el presupuesto y la información necesaria para la conformación del mismo, al que hizo referencia anteriormente, es información pública y en caso contrario, si hay algún documento que restrinja el acceso a dicha información, a los gerentes, directores y/o accionistas DIJO. El presupuesto no es información pública. El presupuesto se distribuye a determinadas gerencias o direcciones de la sociedad quienes son responsables de su cumplimiento. El presupuesto se comparte también con los miembros del directorio de la sociedad, quienes lo aprueban antes de iniciarse el ejercicio. En cinco años de gestión en la gerencia general nunca hice PRESENTACIÓNes del presupuesto fuera del ámbito de la compañía. Hubo algunas excepciones en el momento de la reestructuración de la deuda, donde fue necesario presentar y discutir con nuestros acreedores nuestras proyecciones de negocio a los efectos de que ellos entendieran la evolución de la compañía y pudieran aceptar las propuestas de pago que les estaba haciendo la compañía. Respecto de los accionistas, yo no he participado pero sé que se han discutido fuera de la empresa y en ámbito de responsabilidad de esos accionistas temas relacionados a nuestras proyecciones. Pero deseo aclarar que la decisión final respecto del presupuesto de la compañía ha estado en manos del directorio de Telecom Argentina S.A., quien ha aprobado por unanimidad los presupuestos presentados durante los años de mi gestión ejecutiva. Quiero aclarar que durante el año se hacen revisiones presupuestarias, que no son sometidas al directorio, en la medida que estas no modifiquen

sustancialmente las cifras aprobadas en el presupuesto. Estas revisiones, se discuten en las gerencias de la compañía y en muchas de ellas participan los miembros del consejo de dirección..." Y continúo :"...PREGUNTADO PARA QUE DIGA EL TESTIGO si el lanzamiento de nuevos productos o de campañas del desarrollo de los servicios que presta la compañía y la información necesaria para la conformación de las mismas, es información pública y en caso contrario, si hay algún documento que restrinja el acceso a dicha información a los gerentes, directores y/o accionistas DIJO, los nuevos lanzamientos son una información privada que se mantiene cuidadosamente así, reservada, en la compañía por razones de competencia. Ejemplo de ello ha sido el lanzamiento de la tercera generación en el mes de diciembre del 2006, donde la compañía se anticipó a los restantes operadores del mercado. El acceso a la información está restringido, no es público, esta restringido a determinado grupos de gerentes, en el área de marketing, operaciones y de venta y se tiene el cuidado de que esta operación no se transparente al mercado a los efectos de no perder la ventaja que significa para la compañía presentarse como el innovador en el producto que se está lanzando. Los directores no están restringidos a esa información, aunque no se comparte con ellos el mismo grado de detalle que se comparte con el consejo de dirección. Asimismo deseo aclarar que cualquier director que hiciera pública una información que pueda afectar los intereses de la compañía, estaría expuesto a las sanciones de los organismos de control...." En otro punto de su declaración el Sr. Felices, manifestó "...concluyo que si la operación se instrumenta en los términos mencionados más arriba, y si se respetan las limitaciones auto impuestas por Telefónica S.A. en sus comunicaciones esta operación no debería tener impacto sobre Telecom Argentina S.A. y, al ser independiente en mis opiniones, si detectara que impacta a Telecom Argentina S.A. lo denunciaría ya que mi obligación está con todos los accionistas de la compañía y no con parte de ellos...."

1327. Esta Comisión Nacional pudo observar que ambos grupos, vendedores y compradores, reconocieron que la transacción planteaba un problema de defensa de la competencia, ya que de otro modo, TELEFÓNICA S.A. no hubiera acordado la cláusula de auto restricción.

1328. Asi, el deber de abstención sólo aplicara para los casos referidos, los

cuales fueron considerados problemáticos incluso por las partes de la transacción. Caso contrario y como surge de las declaraciones testimoniales de los representantes españoles, TELEFÓNICA (o sus directores) sí participará en la adopción de decisiones estratégicas, políticas de gestión y operaciones del resto de TELECOM ITALIA S.p.A.

1329. En consecuencia, este organismo entendió que se trató de un compromiso privado que se redujo a una simple declaración de intención de las partes, sin ningún mecanismo efectivo de supervisión posible para las autoridades locales, por lo que la eventual infracción a la "autolimitación" hubiese sido indetectable en el mercado local.

1330. Al respecto, el testigo Sr. Gerardo WERTHEIN, Vicepresidente de TELECOM ARGENTINA S.A., manifestó: "... *La autolimitación de TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A. en ciertos temas no es suficiente, ya que es ineficaz. Nadie puede imponerse controles asimismo que pueda revocar por decisión propia. Telefónica S.A., tiene ciertos derechos de veto, conforma supermayorías y se requiere su voto positivo para toda asamblea extraordinaria de TELECOM ITALIA S.p.A.. Los otros socios, de Telco S.p.A., o sea los inversores financieros, en mi opinión es que los restantes socios acompañarán favorablemente las propuestas de TELEFÓNICA S.A. Además TELEFÓNICA S.A. es el operador en telecomunicaciones más grande de Europa y Latinoamérica. Siendo así, ¿podemos ver a Telefónica, siendo el operador más grande de Europa y Latinoamérica, como un mero inversor financiero?¿Será creíble que Telefónica, siendo el mayor accionista de Telco S.p.A. y habiendo pagado una prima cercana al 40%, que en el mundo empresario se llama prima de control, sea y se comporte como un inversor financiero más? El hecho que TELEFÓNICA se autoexcluya de las reuniones en donde se traten, temas específicos de la Argentina, carece de significancia, ya que participa en reuniones de directorio, comités y otras, donde se tratará por ejemplo el presupuesto de TELECOM ITALIA S.p.A, que obviamente incluye a todas las compañías y claramente tendrá influencia significativa a título de ejemplo de cuanto se invierte en Europa y cuanto afuera. Generando esto, en el mediano plazo, un flujo anticompetitivo. En Telecom Argentina S.A., por ejemplo, se podría decir la política de dividendos y que el pago de dividendos sea el máximo admitido (sea el 90% del flujo de fondos libres). Esto*

en apariencia, suena muy atractivo para los accionistas y dado el control que Telecom Italia tiene sobre Telecom Argentina S.A., podría imponer esta política a Telecom Argentina. Que inicialmente sería muy bien recibida por los accionistas, pero por otro lado podría causar que Telecom Argentina carezca de los recursos necesarios para poder invertir en nuevas tecnologías, en un mercado tan dinámico como el de las telecomunicaciones. Porque también Telecom Italia S.p.A. podría imponer a Telecom Argentina la política de endeudamiento. Aquí vemos como dos decisiones que en principio parecen inocuas pueden afectar severamente el futuro de Telecom Argentina, de su competitividad y en definitiva de los usuarios. Telecom Italia S.p.A. es el operador de Telecom Argentina SA, y como tal además de accionista controlante, define las decisiones en lo que a tecnología se refiere, compras, entre otras cosas. Las compañías de telecomunicaciones, deciden primero su estrategia global, en esas estrategias Telefónica tendrá, claramente influencia significativa y de esta forma le serán impuestas, directa o indirectamente a Telecom Argentina SA, limitaciones severas. Telefónica de España SA, accederá a información estratégica, información sensible, tendrá influencia significativa, control indirecto y un gran conflicto de intereses en relación a Telecom Argentina SA, de la cual es su principal competidor. Con la asimetría competitiva que todo esto implica. Y el consumidor, el mercado, el país, ¿cómo quedará? ¿O acaso podemos pensar que si alguien controla directa o indirectamente el 96% de la telefonía fija, alrededor del 70% del mercado de telefonía celular y alrededor del 70% de Internet, va a estar generosamente interesado en promover una competencia artificial entre empresas que están bajo control del mismo grupo, afectando sus precios, en beneficio del país, del mercado o del consumidor? Sin duda, sería muy lindo pero lamentablemente es una ficción. La competencia artificial no existe, solo existirá la vocación de maximizar resultados y usufructuar tan grande poder para consumar ese objetivo. Pirelli sin duda controla Telecom Italia, como ya fuera dicho por esta CNDC en su dictamen N° 304. Claramente estamos frente a un cambio de control, que sin duda ,debe ser notificado, evaluado para evitar que se consume una transacción que solo servirá para fomentar la anticompetencia, el monopolio , que sin duda alguna nos perjudicará gravemente a todos los argentinos. Telefónica es el principal competidor de Telecom Italia en Argentina, Telefónica de España

controla casi el 99% de Telefónica de Argentina e indirectamente controlará a Telecom Argentina. Sin duda privilegiará la primera, degradando lentamente de contenido a Telecom Argentina para consolidar, el monopolio al cual nos referimos antes.

1331. Las partes no explicaron claramente cómo se evitarían los graves riesgos que implicaría la participación de TELEFÓNICA S.A. en el directorio de TELECOM ITALIA S.p.A. y su influencia en las asambleas de accionistas de TELECOM ITALIA S.p.A. a través de TELCO S.p.A.

1332. En ese contexto, esta Comisión Nacional, no puede dejar librada la protección del interés económico general a una cláusula contractual nacida de un acuerdo celebrado en el extranjero.

1333. Con respecto a TELECOM ITALIA S.p.A. la cláusula analizada, afirma que los grupos TELECOM ITALIA S.p.A. y TELEFÓNICA S.A. serán manejados en forma autónoma e independiente, sin perjuicio de los derechos que las partes se otorgaron mutuamente en el acuerdo. Dado que TELEFÓNICA S.A. no se estaba *"fusionando"* con TELECOM ITALIA S.p.A. ni celebrando con ella ningún acuerdo, no quedó claro cuál era la intención de las partes al respecto ni el sentido o finalidad de la aclaración, más aún si en la redacción del principio general se aclaraba que ello era así excepto por lo dispuesto en el acuerdo de accionistas.

1334. Por ende, el párrafo mencionado no aclaró la ambigua redacción del último párrafo de la cláusula 4 cuando dice *"...En el caso de la fusión de O y Newco, el gobierno de O (o la entidad que se constituye según sea el caso) será el de Newco, según lo establecido en el Artículo 1 del presente, disponiéndose sin embargo que TI no estará sujeta a la actividad de dirección y coordinación de Newco u O (o la entidad que se constituya según sea el caso)..."*

1335. Es dable destacar que al momento en que se firmó la Resolución 4/09 TELECOM ITALIA S.p.A. era una única empresa que operaba globalmente con lo cual y a pesar de actuar en distintos mercados, el desarrollo tecnológico y las economías de escala imponen que las decisiones estratégicas se adopten y tengan impacto global; es decir, en todos los mercados en los que opera sin hacer distingos de aquellos en que tuviera o no una relación horizontal con TELEFÓNICA S.A.

1336. Por ende, esta Comisión entendió que tales decisiones estratégicas

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

- 148 -

FOLIO 1523

globales de TELECOM ITALIA S.p.A., aún cuando no se refiriesen específicamente a mercados en los que existía una relación horizontal con TELEFÓNICA S.A. y la restricción al voto ya referida, tendrían impacto en dichos mercados o al menos, del Acuerdo no surgieron mecanismos que bloquearan a TELEFÓNICA S.A. para ejercer su derecho de voto y acceder a dicha información estratégica de su competidor a través de directores por ella designados.

1337. Por su parte, TELEFÓNICA S.A. era, al momento del dictado de la Resolución, uno de los principales operadores globales de telecomunicaciones, siendo su experiencia decisiva para sus socios italianos en el proceso de toma de decisión. Por ello, resultó a todas luces previsible que su opinión tenga *influencia sustancial* a la hora de tomar decisiones estratégicas en TELECOM ITALIA S.p.A.

1338. El dinamismo del mercado de las telecomunicaciones, también cobró relevancia. Los representantes de TELEFÓNICA S.A. manifestaron "... *PREGUNTADOS PARA QUE DIGAN LOS TESTIGOS si el mercado de comunicaciones es dinámico y en su caso explique en qué medida. El Sr. MEDINA, dijo: en mi opinión el mercado de telecomunicaciones es un mercado muy dinámico, en los países y regiones en los que Telefónica opera, caracterizado por la presencia de numerosos operadores, de diverso tamaño, con diversos nichos o expectativas de mercado. El Sr. SIPOS, dijo remitirse a lo dicho y además añadió que, estrictamente del derecho de la competencia, que no se puede hablar de un mercado de las telecomunicaciones, sino más bien de un sector compuesto por diferentes mercados, el mercado de las comunicaciones fijas, las comunicaciones móviles, contenidos on line, acceso a internet en banda ancha o en banda estrecha, etc....*".

1339. A su turno, el Presidente de TELECOM ARGENTINA S.A., ante el mismo requerimiento manifestó "... *el mercado de comunicaciones es sumadamente dinámico especialmente, en todo lo que es telefonía móvil y banda ancha, y es un mercado con menor dinámica en lo que es la telefonía fija. Pese a ello, es conveniente aclarar que el mercado de telefonía fija está en competencia, desde el año 2000, fecha a partir de la cual, se otorgaron licencias a otros operadores para que actúen en el mercado de telefonía fija. También actúan en el mercado de la telefonía fija entidades cooperativas, dando servicio de carácter local o regional...*". Y en otra oportunidad al ser consultado respecto a cómo desarrollará

TELECOM ARGENTINA S.A. sus actividades a partir de la participación en TELEFÓNICA S.A. en TELECOM ITALIA S.p.A. dijo *"... no puedo contestar sobre la participación de TELEFÓNICA S.A. en TELECOM ITALIA S.p.A. Lo que puedo opinar es que la actuación de Telecom Argentina S.A., continuará de la misma manera que hasta la fecha, a no ser que se produzcan cambios o que se generen informaciones que puedan llevar a una opinión contraria a la que tengo a la fecha."*

XII.d. Disposición de los activos materiales de TELECOM ITALIA S.p.A. o cambios en su estrategia (cláusula 6 del acuerdo de accionistas)

1340. Esta Comisión Nacional pudo observar en el Acuerdo de Accionistas que las partes acordaron que, en el supuesto de que:

1. se realice una transferencia, de cualquiera de los activos extranjeros que TELECOM ITALIA S.p.A. posee directa o indirectamente y que tengan un valor superior a €4bn por transacción (o series de transacciones que ocurran dentro de un período de 12 meses y se refieren a los mismos activos), o
2. se celebre una significativa alianza estratégica entre TELECOM ITALIA S.p.A. y cualquier "Operador de Telecomunicaciones", es decir, con cualquier persona, compañía o entidad que opere en el sector de telecomunicaciones y cualquier persona, compañía o entidad que posea:

   (i) una participación controlante en cualquier compañía que no cotice en bolsa y que opere en el sector de telecomunicaciones; o

   (ii) una participación mayor al 10% en una compañía que cotice en bolsa y que opere en el sector de telecomunicaciones o que, sin ser mayor al 10%, permita al titular designar uno o más miembros del directorio de la compañía que cotiza en bolsa.

1341. Mientras TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A., dentro de los siguientes 30 días calendarios, tendrá derecho a presentar una notificación de escisión a las demás partes.

1342. Para la asambleas de Accionistas y de acuerdo a lo pactado en la cláusula 1d) del Acuerdo de Accionistas, este organismo concluyó que resultaba necesario el voto favorable de al menos:

a. En las asambleas de Telco S.p.A. :

- 75% del capital de Telco S.p.A. para (1) aumentos de capital con exclusión del derecho de opción, de conformidad con los párrafos 4to y 5to del artículo 2441 del Código Civil Italiano, (2) fusiones y escisiones (excepto la fusión entre Olimpia y Telco S.p.A.) que resulte en una dilución de los accionistas, y (3) modificaciones al estatuto de Telco S.p.A. con relación a la designación de directores y el quórum para reuniones de directorio y asambleas de accionistas. Se observó que sólo TELEFÓNICA S.A. y ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A. podían ejercer este derecho a veto en forma individual.
- 65% del capital de TELCO S.p.A. para (1) cualquier otro tema que corresponda a la asamblea extraordinaria de Telco S.p.A., (2) política de dividendos; aunque si uno o más accionistas que representen más de 30% se ausenta o abstiene de votar respecto de los temas indicados en (1) y (2) anterior, el quórum y mayoría se reduce a 50% del capital más una acción. Se examinó que sólo TELEFÓNICA S.A. podía ejercer este derecho a veto en forma individual.

1343. En cuanto a la sindicatura colegiada y del análisis conjunto del Acuerdo de Accionistas (cláusula 1.2) y del estatuto, se pudo concluir, que estaría compuesto por tres síndicos titulares y dos suplentes. La elección de sus miembros, al igual que los Directores, se efectuaría en base a listas, divididas en dos partes, una para los candidatos al cargo de síndico titular y la otra para los candidatos suplentes. Los accionistas clase B, es decir TELEFÓNICA S.A., tendrán derecho a elegir un titular, quien se desempeñaría como presidente, mas un suplente. Los restantes miembros serán elegidos por los accionistas clase A.

1344. Por otro lado, la cláusula 1.2 estableció la forma de dirimir una situación de bloqueo, tanto en las reuniones de directorio como en asamblea de accionistas, a saber:

a. Si hubiera una situación de bloqueo a nivel directorio respecto de (i) la adquisición, enajenación y gravamen de las acciones de OLIMPIA S.p.A. o de TELECOM ITALIA S.p.A. o (ii) decisiones sobre el voto a ser ejercido en la asamblea extraordinaria de TELECOM ITALIA S.p.A., convocada para tratar transacciones extraordinarias o sobre cualquier asamblea de accionista de

OLIMPIA S.p.A.

b. En el supuesto que dicha situación se produzca dentro del seno de la Asamblea, cuyas mayorías agravadas ya fueron reseñadas (excepto la política de dividendos), en ambos casos, las partes deberían intentar en primera instancia arribar a un acuerdo amigable dentro de los 15 días siguientes y luego convocar una nueva reunión de directorio o asamblea de accionistas, según sea el caso y en ella la decisión se tomaría por mayoría simple.

1345. Si la decisión a la que se arribe resultará serlo por mayoría simple de los votos y el voto negativo de cualquier accionista/director, el/los accionista/s disidente/s podría/n requerir, y los otros accionistas deberán hacer todo lo necesario para fusionar, en un plazo máximo de seis meses, OLIMPIA S.p.A. con TELCO S.p.A. y provocar la inmediata escisión parcial a favor del disidente del equivalente a su porcentaje de participación en TELCO S.p.A. post-fusión con OLIMPIA S.p.A.

1346. De este modo, la sociedad no podrá ejecutar la resolución arribada hasta tanto la escisión sea efectiva.

1347. El mencionado procedimiento tiene una excepción para el supuesto de que la decisión arribada por mayoría simple fuere sobre la disposición de acciones de OLIMPIA S.p.A. - TELECOM ITALIA S.p.A., y el accionista disidente fuere TELEFÓNICA S.A.. En este supuesto TELEFÓNICA S.A. puede optar entre (a) adquirir las acciones de OLIMPIA S.p.A. ó TELECOM ITALIA S.p.A. en las condiciones propuestas por el tercero oferente, o (b) requerir la fusión-escisión de OLIMPIA S.p.A.-TELCO S.p.A. arriba referida.

1348. En consecuencia, sólo TELEFÓNICA S.A. podría ejercer esta opción de compra de acciones en OLIMPIA S.p.A. y/o TELECOM ITALIA S.p.A., no surgiendo del documento analizado la razón por la cual los restantes accionistas no tienen este derecho. Asimismo, dicha opción dificulta cualquier operación con un tercero interesado.

1349. Por ende, si el quórum respecto de otras materias reservadas no se alcanzara, el asunto se entendería desaprobado y no se llevarían adelante acciones al respecto, aplicando esto al Veto sobre el Presupuesto, entre otros.

1350. Sin embargo y de ocurrir una situación de bloqueo a instancias de

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

FOLIO 1527

TELEFÓNICA S.A., bajo las pautas de inversión vigentes al momento de emitirse la Resolución 4/09, TELEFÓNICA S.A. pasaría a ser el titular directo del 10% del capital con derecho a votos de TELECOM ITALIA S.p.A., transformándola en la primer minoría, a excepción de que los accionistas de la Clase A mantuvieran la estructura de TELCO S.p.A. – OLIMPIA S.p.A., que tendría post-escisión de TELEFÓNICA S.A., un 13,6% de TELECOM ITALIA S.p.A.

1351. Al respecto, cabe mencionar la declaración testimonial correspondiente al Sr. Gerardo WERTHEIN, Vicepresidente de TELECOM ARGENTINA S.A., quien dijo: "*...El consorcio adquirente está constituido por un grupo de empresas que son de público conocimiento. Quisiera resaltar que TELEFÓNICA S.A. es la primera minoría con el 42,5% y el único y exclusivo, tal cual lo expresan los contratos, operador telefónico. Es muy conocido y es doctrina pacífica de defensa de la competencia que forzar a los restantes accionistas a llegar un acuerdo a través del veto es una de las formas, características en que las minorías ejercen el control, mediante actos de bloqueo. La auto limitación de TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A. en ciertos temas no es suficiente, ya que es ineficaz. Nadie puede imponerse controles asimismo que pueda revocar por decisión propia. Telefónica S.A., tiene ciertos derechos de veto, conforma supermayorías y se requiere su voto positivo para toda asamblea extraordinaria de TELECOM ITALIA S.A.. Los otros socios, de Telco S.p.A., o sea los inversores financieros, en mi opinión es que los restantes socios acompañarán favorablemente las propuestas de TELEFÓNICA S.A....*"

XII.e. Acuerdo de compraventa de acciones.

1352. En cuanto al gobierno societario de OLIMPIA S.p.A., las partes acordaron en el punto 4 del citado Acuerdo de Accionistas que "*...los principios de gobierno societario a los que se refiere el Artículo 1 del presente también se aplicarán mutatis mutandis a OLIMPIA S.p.A.. Como consecuencia de ello TELEFÓNICA S.A. tendrá derecho a designar un porcentaje de los directores, incluido el Vicepresidente, a ser nombrados por Newco en OLIMPIA S.p.A. y reflejando su tenencia accionaria en el capital accionario de Newco y a nombrar uno de los tres miembros de la Sindicatura de OLIMPIA S.p.A. a ser nominado como Presidente,*

y un miembro suplente (Collegio Sindicale)...".

1353. Por su parte, la cláusula 2.3. del citado instrumento, dispuso *"...La concreción de la compraventa de las Acciones de la Sociedad se encuentra supeditada a la aprobación antimonopólica de la Comisión Europea o cualquier Autoridad antimonopolio de la UE, conforme la ley aplicable (la/s "Aprobación/es de la UE). Las partes cooperaran de buena fe con el fin de obtener la/s Aprobación/es de la UE. El Comprador informará a los Vendedores de todas las PRESENTACIÓNes, notificaciones y otras formalidades realizadas, o a realizarse con respecto a la transacción contemplada en el presente, ante cualquier autoridad antimonopolio o regulatoria dentro de los 30 días de la ejecución del presente Acuerdo (las "PRESENTACIÓNes"). Las Partes convienen que si dentro de los 180 días a partir de la fecha del presente Acuerdo: (aa) la/s Aprobación/es de la UE no es /son obtenidas/s y /o (bb) cualquier autoridad regulatoria competente prohibe la concreción de la compra por parte de la Newco y/o cualquier de los Inversores de las Acciones de Olimpia S.p.A. y/o (directa o indirectamente) de las acciones de TI (la "Compra");y/o (cc) cualquier autoridad competente o cualquier autoridad antimonopolio (distinta de la Comisión de la UE) en países donde TE y/o TI tengan operaciones sustanciales con las que se realiza una presentación, adopta una decisión que supedita la Compra (es decir, el Cierre) y, por lo tanto, pueden no cumplirse después de la concreción de la Compra; y (ii) no pueden satisfacerse o cumplirse, únicamente mediante acciones, medidas o decisiones de TE y sus subsidiarias, entonces el presente acuerdo será rescindido y dejará de tener vigencia entre las Partes, sin responsabilidad para ninguna de las mismas, salvo las Partes acuerden, por escrito la implementación o el Cierre o la extensión del período mencionado con anterioridad. Para evitar cualquier tipo de duda, en caso de que las condiciones y/o prescripciones inherentes a una decisión, según se define en la cláusula (cc) anterior, a ser cumplidas con anterioridad al Cierre no pueden concretarse o cumplirse mediante acciones, medidas o decisiones de TE y sus subsidiarias, y sin participación de TI y sus subsidiarias; entonces el presente acuerdo no será rescindido y el Comprador estará obligado a proceder al Cierre..." "...2.5 La compraventa y transferencia de las Acciones de la sociedad por parte de los Vendedores al Comprador (el Cierre) tendrá lugar a partir de los 15 días de haber*

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

- 148

FOLIO 11529

obtenido la/s Aprobación/es, siempre que, no obstante: - la Aprobación/es haya/n sido obtenida/s en una fecha anterior a los 180 días luego de la fecha del presente y – a esa fecha cualquier autoridad antimonopolio o regulatoria ante la que se haya realizado una Presentación y que tenga la facultad, conforme las leyes en vigencia, de emitir decisión acerca de la transacción (una "Decisión Regulatoria") no haya emitido dicha Decisión Regulatoria; el Comprador tendrá derecho a solicitar mediante notificación a los Vendedores la postergación del Cierre hasta la emisión de las Decisiones Regulatorias; siempre que, en caso de que no se haya efectuado ninguna Decisión Regulatoria dentro de los 180 días a partir de la fecha de ejecución del presente Acuerdo, el Cierre tendrá lugar, de cualquier modo, dentro de los 15 días a partir del vencimiento del plazo de 180 días. La fecha en que tendrá lugar el Cierre, determinada conforme el presente Artículo 2.5, será en adelante, denominada "Fecha del Cierre". El Cierre se efectuará en las oficinas de Medio Banca S.p.A. ubicadas en Piazzeta Cuccia, 1, Milán (...)".

1354. Sobre la base de los principios sentados en las cláusulas referidas, los representantes españoles manifestaron en la audiencia testimonial: *"(...) PREGUNTADO PARA QUE DIGA EL TESTIGO cómo opera la cláusula 2.3 del ACUERDO DE COMPRAVENTA DE ACCIONES, a la cual se da lectura. El Sr. MEDINA, DIJO, "la cláusula tiene tres párrafos, en el 1er párrafo, se establece como una condición necesaria para completar el acuerdo y la compra de las acciones, la aprobación de la autoridad de la competencia de la Comisión Europea. El segundo párrafo, establece un plazo de 180 días para que en su caso, 1) no se consiga la aprobación de la Unión Europea antes citada y/o 2) tenga lugar la promulgación de una prohibición para completar la adquisición por una autoridad competente y/o 3) tenga lugar la promulgación de una decisión por una autoridad regulatoria o de la competencia de países en que se haya realizado una Notificación que sujete la adquisición a condiciones que deben ser satisfechas antes del cierre y nunca después y que no puedan ser satisfechas por TELEFÓNICA. Transcurrido ese plazo, habiéndose cumplido los requisitos anteriores, se permite la resolución del acuerdo, salvo voluntad de las partes en contrario. Y con la clarificación que se hace en el párrafo cuarto de dicha cláusula. Todo lo anteriormente expuesto quiere decir, que dicha cláusula rescisoria no es de aplicación en aquellos países en que la Notificación no es necesaria, ya sea*

desde el punto de vista de derecho de la competencia o desde el punto de vista regulatorio." El Sr. SIPOS, "me adhiero a lo manifestado por el Sr. Medina. Y quiero agregar en relación con la manifestación de que esta cláusula no opera en aquellos países en los que no se ha presentado una Notificación, siempre y cuando en dichos países TELEFÓNICA S.A. Y/O TELECOM ITALIA S.p.A. no tengan operaciones sustanciales."

1355. Así fue que las partes condicionaron con carácter suspensivo la operación, a la aprobación de la Comisión Europea o cualquier autoridad antitrust de la Unión Europea, más no resultó contemplar aquellas situaciones en países en donde haya otra autoridad antimonopólica distinta de la Unión Europea y dejaron de lado dicha condición en jurisdicciones en las cuales pudiera tener efectos la operación.

1356. Por ello, las partes no condicionaron la operación a la aprobación o la mera intervención anticipada (OPI) de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, ni tampoco que la operación quede sin efecto si no era autorizada o fuera prohibida, por cuanto la operación no tendrá efectos en nuestro país, hasta tanto se exprese la Autoridad de Competencia, por aplicación de la Ley N° 25.156.

XII.f. Cadena de control.

1357. De todo lo hasta aquí expuesto, ésta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA concluyó:

1358. Designación de Directores en TELECOM ITALIA S.p.A.: Mientras TELEFÓNICA S.A. mantenga un porcentaje de al menos el 30% del capital de TELCO S.p.A. tendrá el derecho a designar al menos 2 directores en TELECOM ITALIA S.p.A. Los accionistas Clase A, mientras mantengan el 50% más una acción de TELCO S.p.A. bajo su titularidad, tendrán derecho a designar a los otros miembros de la lista de la siguiente manera: 3 por unanimidad, y los restantes según el criterio de proporcionalidad establecido para TELCO S.p.A. y OLIMPIA S.p.A. (es decir, 2/5 para ASSICURAZZIONI GENERALI S.p.A., y 1/5 para INTESA SANPAOLO S.p.A., SINTONÍA S.p.A., SINTONÍA S.A. y MEDIOBANCA S.p.A., respectivamente).

1359. Al respecto, los representantes españoles manifestaron: "... *PREGUNTADO PARA QUE DIGA EL TESTIGO qué participación tiene OLIMPIA*

S.p.A. en la designación de directores de TELECOM ITALIA. El Sr. MEDINA, dijo "OLIMPIA S.p.A., ahora mismo, de acuerdo a la designación por lista previsto para los directores en los estatutos de TELECOM ITALIA S.p.A., corresponde a OLIMPIA S.p.A., la presentación de una lista con 19 candidatos, de esos 19, TELEFÓNICA S.A., designará 2 y los accionistas de la Clase A (accionistas italianos cualificados) designaran 17 candidatos, tres por unanimidad entre ellos y el resto por aplicación del sistema proporcional previsto en el acuerdo de accionistas y en el proyecto de estatuto para el directorio de NEWCO. Así a mi mejor entender correspondería ASSEGURAZZIONE GENERALI S.p.A., proponer 5 candidatos, a INTESA SANPAOLO S.p.A., MEDIOBANCA S.p.A. y SINTONÍA S.p.A. Y SINTONÍA S.A., proponer 3 a cada uno. Dado que de una misma lista solo pueden ser elegidos el 80% de los candidatos propuestos, entiendo que la designación final vistos los precedentes en las últimas asambleas de TELECOM ITALIA S.p.A., TELEFÓNICA S.A. elegirá de manera efectiva 2 de los 19 miembros del Directorio y los accionistas de clase A designará efectivamente 3 por unanimidad y 4 en el caso de ASSECURAZIONE GENERALI. S.p.A. y 2 en el caso de MEDIOBANCA S.p.A., INTESA SANPAOLO S.p.A. y SINTONÍA S.p.A. Y SINTONÍA S.A. Quiero destacar que a los efectos de la determinación de control efectivo o influencia decisiva debe tenerse en cuenta que de la aplicación del procedimiento referido, resulta que a TELEFÓNICA S.A., accionista mayoritario de NEWCO e indirectamente de OLIMPIA S.p.A., le corresponde participar en la designación de menos miembros del directorio que a accionistas minoritarios, tales como SINTONÍA S.p.A. Y SINTONÍA S.A., con escasamente un 8% del capital, que además de los 2 directores que nombra de manera efectiva, participa en el nombramiento de los 3 que los accionistas italianos cualificados designan por unanimidad, que INTESA SANPAOLO S.p.A. y MEDIOBANCA S.p.A., con participaciones de alrededor del 10% están en este mismo caso y que ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., cuya participación es muy inferior (28,1%) , a la participación de TELEFÓNICA S.A. (42,3%), le corresponde el nombramiento efectivo de más del doble de miembros del directorio de TELECOM ITALIA S.p.A. El Sr. SIPOS, dijo "me adhiero a lo manifestado por el Sr. MEDINA"

1360. Estatuto de TELECOM ITALIA S.p.A.: las asambleas ordinarias de TELECOM ITALIA S.p.A. quedaran válidamente constituidas en primera

convocatoria con la presencia de al menos el 50% de las acciones ordinarias de TELECOM ITALIA S.p.A., y cualquiera fuese la presencia de accionistas en segunda convocatoria. En ambos casos, las resoluciones requerirán de la aprobación de los titulares de la mayoría de las acciones presentes en la asamblea. En segunda convocatoria TELCO S.p.A. - OLIMPIA S.p.A. podría causar la aprobación de las decisiones que se sometieran a consideración de la asamblea ordinaria de accionistas, a menos que el resto del capital disperso de TELECOM ITALIA S.p.A. se agrupe en una posición común contraria, lo cual no ocurrió en las asambleas de TELECOM ITALIA S.p.A. celebradas en 2006 y 2007 y resulta ciertamente improbable, dada la alta atomización del capital de TELECOM ITALIA S.p.A. y la falta de incentivos que tienen los pequeños inversores accionistas no involucrados en la gestión de la sociedad para tomar una actitud activa (de hecho, en general se abstienen o votan conforme lo sugiere el *management*).

1361. Las asambleas extraordinarias quedaran válidamente constituidas con la presencia de accionistas que representen al menos la mitad o más de un tercio o al menos un quinto del capital ordinario de TELECOM ITALIA S.p.A., en primer, segunda y tercera convocatoria. Las decisiones se deberán adoptar por el voto favorable de al menos 2/3 de las acciones ordinarias presentes en la asamblea (excepto para casos de aumentos de capital con exclusión o limitación al derecho de suscripción que requiere la aprobación de al menos 50% de las acciones emitidas). Es dable destacar que la tenencia de TELCO S.p.A. en TELECOM ITALIA S.p.A. resulta fundamental a efectos de permitir el quórum y lograr la mayoría requerida en las asambleas extraordinarias de TELECOM ITALIA S.p.A.

1362. En cuanto al directorio de TELECOM ITALIA S.p.A., el mismo estará compuesto entre una franja de 7 a 23 miembros. En la asamblea de abril de 2007, se decidió que el número de miembros del directorio de TELECOM ITALIA S.p.A. se redujera a 19 (antes 21) y que su cargo dure sólo hasta la aprobación de los estados contables anuales correspondientes al ejercicio cerrado a diciembre de 2007. Del resultado de las elecciones, OLIMPIA S.p.A. obtuvo la designación de 15 de los 19 miembros elegidos. Por otra parte, y conforme el reporte anual ante la SEC para los ejercicios cerrados a diciembre de 2004, 2005 y 2006, TELECOM ITALIA S.p.A. destacó que OLIMPIA S.p.A. ha logrado la designación de la

mayoría de los miembros del directorio.

1363. La elección de los directores se deberá realizar mediante el sistema de votos de lista. En virtud de este mecanismo, 4/5 de los miembros serán elegidos de la lista que haya obtenido más votos, y el 1/5 restante, de las otras listas. En este contexto de la transacción, el sistema de lista le garantizaba a TELCO S.p.A. lograr 4/5 del directorio, y en caso de que TELEFÓNICA S.A. se retirase de TELCO S.p.A. y pasase a ser la primera minoría de TELECOM ITALIA S.p.A., le permitirá al menos lograr 1/5 del directorio de la operadora italiana, o la mayoría si el resto se dispersa.

XII.g. Informe de los veedores.

1364. Esta Comisión Nacional tuvo en considración para el análisis de la operación los informes realizados por el Dr. Marcelo Alejandro Golberg y el Cr. Guillermo Banegas, en cumplimiento de tareas encomendadas mediante Resolución CNDC Nº 4265/07 de fecha 16 de octubre de 2007, y que fuera dictada como consecuencia de la Resolución CNDC Nº78/2007.

1365. Conforme fuera manifestado por ellos, las conclusiones a las que arribaron se encontran solventadas en base a las entrevistas mantenidas, documentación solicitada en distintas oportunidades a la firma TELECOM ARGENTINA S.A., así como de la propia y directa impresión que les han causado las distintas reuniones de Directorio y Consejo de Administración, a las que concurrieron.

1366. Del informe final presentado, resulta pertinente la transcripción de ciertos extractos de sus conclusiones, a través de las cuales expusieron que: *"...corresponde tener presente, que la cadena de co-control sobre TELECOM ARGENTINA S.A., no termina en TELECOM ITALIA S.p.A., OLÍMPIA S.p.A. y TELCO S.p.A. TELCO, se encuentra a su vez sujeta a la influencia sustancial de TELEFÓNICA DE ESPAÑA (controlante en Argentina de TELEFÓNICA DE ARGENTINA). Tal circunstancia se encuentra, entre otros elementos, corroborada por los especiales derechos que TELEFÓNICA DE ESPAÑA tiene en TELCO S.p.A., que no los tienen sus restantes socios en la misma."*

1367. *"(...) Debe tenerse presente, que el liderazgo que, como único y exclusivo socio operador en telecomunicaciones de TELECOM ITALIA S.p.A., reviste*

TELEFÓNICA DE ESPAÑA.(...)"

1368. *"Por su parte, no menos importante que TELEFÓNICA DE ESPAÑA, se ha reservado en cierta forma para sí, el carácter de único socio especialista u operador en telecomunicaciones, ya que los restantes provienen de las finanzas."*

1369. *"Así es, que debe tenerse presente lo declarado públicamente por la máxima autoridad de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, CESAR ALIERTA, en cuanto a que "la inversión realizada en TELCO S.p.A. (y a través de esa holding en TELECOM ITALIA S.p.A.), como estratégica" (sic), no tratándose en consecuencia de una mera inversión financiera."*

1370. *"Podemos comenzar a decir que de las entrevistas realizadas hasta el día 09 enero de 2009, tanto con directores como personal jerárquico de los dos primeros niveles del organigrama, se puede deducir que TELECOM ARGENTINA S.A., a través de su personal como del directorio, tiene una relación con TELECOM ITALIA S.p.A., quien es el operador técnico, a la fecha mencionada precedentemente, pudiéndose ya adelantar, que esta última tiene un grado de conocimiento y/o participa de los proyectos que se realizan en TELECOM ARGENTINA S.A., así como que también, en algunos casos define opinando sobre la conveniencia o no de determinada adquisición de materiales y tecnología, ya sea por tener experiencia con dicho proveedor o por resultar más conveniente, que TELECOM ARGENTINA S.A. se sume a las adquisiciones que realiza el GRUPO TELECOM ITALIA."*

1371. *"Dicha sinergia, en algunos casos, genera un beneficio para TELECOM ARGENTINA S.A., no pudiéndose determinar desde nuestra óptica, si también lo hace en TELECOM ITALIA S.p.A. Pero se puede inferir, que desde el momento que esta capitanea el tema, deberá ser así, ya que ninguna persona ha manifestado que el rol sea distinto."*

1372. *"Se ha observado por su parte, en las reuniones de Directorio, que cuanto se tratan temas, que por distintos motivos podrían afectar los intereses de TELECOM ITALIA S.p.A., se producen planteos por parte de los directores que son representantes de dicha compañía, como ser el doble voto del presidente, lo que hace que las propuestas de otros directores sean anuladas o rebatidas con facilidad."*

1373. *"En el Comité de Auditoría, se plantea la circunstancia que para la toma*

de decisiones debe existir la unanimidad, y siendo que en dicho órgano, hay un representante de TELECOM ITALIA S.p.A., éste tiene la posibilidad de anular cualquier propuesta, que debería ir, luego de no ser aceptada la segunda propuesta, al Directorio para que este se expida si aprueba o lo informa a la Comisión Nacional de Valores."

1374. *"Lo cierto es que más allá de lo consignado en los instrumentos legales, el gobierno de una sociedad comercial está dado por la representatividad y desempeño que ejercen sus directores, en su órgano volitivo."*

1375. *"Que las estrategias comerciales y tecnológicas que una empresa como TELECOM ARGENTINA S.A., puede desarrollar, pasan primero por los niveles antes mencionados, y en muchos casos con contactos, aunque meramente pudieran ser telefónicos, con áreas centrales de TELECOM ITALIA S.p.A. Que ello bien pueden direccionar la toma de decisión, sin que sea menester elevarlo a consideración del los órganos de gobierno."*

1376. *"Otro elemento observado hasta la fecha, consiste en que aquellas cuestiones que resultan elevadas a conocimiento y/o decisión del Comité de Dirección, también cuentan con cierto tipo de limitación en el trato, y cuando son analizadas en el seno del Directorio, ocurre lo mismo, en razón a que en uno u otro órgano, existen representantes de TELECOM ITALIA S.p.A. que valiéndose en su caso, en el Directorio, del doble voto del presidente, para el caso de resultar necesario, genera un nivel de neutralización de los criterios que en contrario pudieran plantearse. Ello ha quedado evidenciado en las ultimas reuniones cuando se trataban temas relacionados o que tenían como eventual responsable de hechos a TELECOM ITALIA S.p.A., donde en forma muy particular y prolija se buscaba neutralizar la toma de decisión, que pudiera llegar a afectar a uno de los socios."*

1377. *"Lo cierto es que en cierta manera, los Señores WERTHEIN, actúan por sí y en representación directa de sus intereses, cuando en realidad quienes fueran designados por TELECOM ITALIA S.p.A., lo hacen en el cumplimiento de un mandato."*

1378. *"A esta altura de los acontecimientos, es de importancia tener presente que a la fecha tanto el presidente de TELEFÓNICA (España), como su segundo, han ingresado al directorio de TELECOM ITALIA S.p.A., por cuanto habrá de*

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

- 148

1536

analizarse por donde corresponda la incidencia, en la toma de decisiones, aún adoptando estos un rol pasivo."

1379. *"Hay que tener presente que en el mercado de las comunicaciones tienen mucha incidencia los avances tecnológicos, por el peso que ello significa en el mismo y dada competencia existente entre las empresas operadoras, puede llevar a desplazar en la participación a una empresa del mercado, máxime cuando una de ellas cuenta, conforme lo indicaran los entrevistados, con un laboratorio de excelencia (TELECOM ITALIA S.p.A.), del cual bien podría valerse, su accionista, que también participa como competidora."*

1380. *"Resulta más significativo contar con información sensible de la empresa, con respecto al mercado, los avances y los lanzamientos de productos de la misma, que incidir en la toma de decisiones económicas y/o financieras dentro de ella."*

1381. *"También es cierto que como se manifestara al cabo de las entrevistas, la toma de decisiones en la aprobación o no del presupuesto de TELECOM ARGENTINA S.A., puede llevar a que ella sea adoptada por una persona en TELECOM ITALIA S.p.A.*

1382. *"Así también, hay que tener presente que de concretarse adquisición por parte de TELEFÓNICA (ESPAÑA), se vulneraría el Decreto 62/1990, en su Capitulo III, en cuanto a la participación y precalificación (ver punto 3.1.1. del Pliego de Bases y Condiciones)."*

1383. *"El mismo cuerpo legal, en su punto 8.7 "SERVICIO DE RADIOCOMUNICACIONES MÓVIL CELULAR (S.R.M.C.), expresa que "Ninguna sociedad licenciataria u operador independiente podrá ser titular, ni controlar, directa o indirectamente, más de una licencia en una misma área de servicios de S.R.M.C.", contemplándose un régimen de penalidades que llega a la caducidad de la licencia (13.10.4)."*

1384. *"El Decreto 264/1998, en sus considerando ha contemplado asegurar a los consumidores la libertad de elección, previniendo conductas monopólicas."*

1385. *"Así también el Art. 5 "in fine", del mencionado Decreto, contempla las condiciones a tener presente, desprendiéndose de ellas que el mismo requería que "Las citadas sociedades, deberán acreditar, antes de la adjudicación de las respectivas licencias, no tener vínculos societarios o accionarios, ni sujeción*

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

- 148

SECRETARIA NACIONAL DE COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

FOLIO 1537

económica ó jurídica con las LSB entre sí, sus accionistas directos ó indirectos, sus operadores, y, en todos los casos, las sociedades controladas por aquellos. La verificación de la existencia de cualquiera de las circunstancias precedentemente vedadas, dará derecho a declarar la caducidad de la licencia previa intimación a regularizar la situación, conforme al artículo 38 del Decreto N°1185/90".

1386. *Así también el mismo cuerpo normativo, en su Art. 20, contempla: "Dispónese que a efectos de garantizar una efectiva competencia, a partir de la finalización del período de transición, las LSB no podrán tener negocios comunes ente sí, a cuyo fin deberán haber escindido los que actualmente compartieren".*

1387. *"En tal sentido, corresponde señalar que en las reuniones del Consejo de Dirección, como del propio Directorio, se presenció el tratamiento de la venta de dos inmuebles que en condominio, TELECOM ARGENTINA S.A. posee con TELEFÓNICA DE ARGENTINA S.A., significando que por una parte se da cumplimiento con la norma, pero corresponderá ser analizada la cuestión atinente a la injerencia, cuyo impedimento es de tipo legal."*

1388. *"Habrá de considerarse también la Resolución N° 90/1999, de la SECRETARÍA DE COMUNICACIONES DE LA NACIÓN, que en su Art. 48 – Cambios de Titularidad Accionaria, dice que "Se aplicaran a este convenio las previsiones que al respecto contenga el Decreto N° 62/90, sus modificatorios. Asimismo, la Sociedad se obliga por el término de su licencia a respetar la condición establecida en el punto 1, inciso (iii) del Artículo 5 del Decreto N° 264/98".*

1389. *"Así también no es menos de considerar que el Decreto 764/2000, en sus considerandos contempla que "la Ley de Reforma del Estado y Emergencia Administrativa, calificada por la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, como el "estatuto para la privatización", en su artículo 10, dispuso la exclusión de todos los privilegios o cláusulas monopólicas y/o prohibiciones discriminatorias, aunque deriven de normas legales cuyo mantenimiento obste a los objetivos de la privatización ó que impida la desmonopolización ó desregulación de los servicios públicos ... Que el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones se encuentra sometido al cumplimiento estricto de cláusulas constitucionales, de tratados internacionales y de normas legales, tendientes a*

garantizar los derechos de opción de los usuarios y a establecer definitivamente la competencia evitando toda forma de distorsión de los mercados".

1390. *"El artículo 13.3, de la norma indicada, dice que "... los prestadores Históricos, conforme al Decreto Nº 62/1990 y sus modificatorias, deberán respetar las normas que sobre la materia les rige, según las licencias oportunamente otorgadas por el Poder Ejecutivo Nacional".*

1391. *"Hay que considerar a las sociedades controladas en contraposición a las vinculadas. Las primeras están sujetas a la voluntad social de la sociedad controlante. En cambio en las sociedades vinculadas lo único que existe es una participación en el capital social de una sociedad por otra. Superior al 10% del capital total de aquella."*

1392. *"La Ley N° 22.903, reforzó las consideraciones en torno de la verificación del denominado "control interno" en la figura de las sociedades controladas, agregando como suficiente dato en torno de la configuración del control, el hecho de poseer votos necesarios para formar la voluntad social en simples reuniones sociales o asambleas ordinarias. "*

1393. *"Dicha ley, también ha denominado al "control externo", es decir, la influencia dominante que se ejerce sobre una persona jurídica mediante particulares relaciones económicas o contractuales."*

1394. *"Es de considerar también que siendo el único proveedor de insumos, materias primas, etc., o en los condicionamientos en que se pacte una concesión de una licencia, otorgamiento o concesión de créditos excesivos, etcétera, se genera también una forma de control sobre una sociedad."*

1395. *"Que es de vital importancia la tutela a la información, en tiempo y forma que se debe suministrar al mercado inversionista, y no en forma tardía, ya que ello puede en algún grado servir para desvirtuar o desdibujar las condiciones naturales del mercado, dando particular protección al accionista minoritario."*

1396. *"Como quedara evidenciado en el seno de la empresa TELECOM ARGENTINA S.A., la información de los hechos, consistentes en la adquisición efectuada por TELEFÓNICA (ESPAÑA), no han sido informados a aquellas personas que no tienen acceso a las reuniones aún del directorio, y por haberse adoptado un criterio negativo en tal sentido, por aquellas que representan a quien fuera objeto de la operación que realizara TELEFÓNICA (ESPAÑA)."*

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

FOLIO 11539

1397. *"En tal sentido, es de señalar que recién con el tratamiento del balance del tercer trimestre del corriente año, en forma oficial, la empresa TELECOM ARGENTINA S.A., ha informado en notas adjuntas al mismo, lo acontecido a posteriori del cierre del ejercicio trimestral."*

1398. *"No debe ser analizado como un tema menor, que TELECOM ARGENTINA S.A., es una empresa cuyas acciones cotizan no sólo en la Bolsa de Buenos Aires, sino también en el exterior, y que su capital se encuentra también en un porcentaje cercano al cinco por ciento (5 %) en propiedad proporcional participada (PPP), sin tener representación, por ser inferior al diez por ciento en el directorio."*

1399. *"Por su parte, la significación de las tenencia pública de las acciones alcanza el cuarenta y un por ciento (41%) de las mismas, por cuanto no es insignificante, que unos pocos accionistas tengan en sus manos, el gobierno y dirección de la empresa."*

1400. *"En la República Argentina, TELECOM ARGENTINA S.A. y TELEFÓNICA DE ARGENTINA, concentran casi el cien por ciento del mercado de telefonía fija – y juntos- resultan las empresas indiscutiblemente dominantes en el mercado de Internet y telefonía celular. Los otros prestadores de servicios de telecomunicaciones tienen una gran dependencia operativa (interconexión, por ejemplo), de TELECOM ARGENTINA S.A. y TELEFÓNICA ARGENTINA S.A., por lo que una eventual concentración económica de esas dos empresas, en una sola, atentaría contra la defensa de la competencia."*

1401. *"Siendo ello así, la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, es el ámbito donde deberá analizarse, toda vez que de ello depende la posibilidad de operar de otras empresas restantes y un sin número de cooperativas que prestan el servicio en distintas localidades, donde las grandes empresas no lo hacen por resultarles antieconómico."*

1402. *"Aún, prescindiendo del co-control que TELCO S.p.A. ejerce sobre TELECOM ARGENTINA S.A., y la influencia dominante y sustancial de TELEFÓNICA DE ESPAÑA en TELCO S.p.A., es evidente que la operación de concentración económica en análisis permitirá que una de las compañías, para el caso TELEFÓNICA DE ARGENTINA, acceda asimétricamente a información sensible y estratégica de su principal competidor en Argentina (TELECOM*

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

ARGENTINA S.A.). Este dato insoslayable de la realidad económica de los negocios, conllevaría graves riesgos a la libre competencia y provocaría un daño a la economía general y al consumidor por sobre todo, ya que en estas circunstancias, las ganancias de eficiencia no llegarían para beneficio del mismo."

1403. *"De lo analizado hasta el mes de enero de 2009, surge con claridad meridiana, que en los más relevantes aspectos que hacen a la toma de decisiones en TELECOM ARGENTINA S.A. y su controlada TELECOM PERSONAL (aspectos tecnológicos, de lanzamiento o no de nuevos productos y servicios, su oportunidad y condiciones), la opinión y decisión de TELECOM ITALIA S.p.A. resulta determinante. Ello así, por la influencia indiscutida que TELECOM ITALIA S.p.A., valiéndose de sus funcionarios radicados en Italia y en otros lugares –incluso en Argentina-, ejerce en TELECOM ARGENTINA S.A.; sea como principal socio co-controlante y/o como operador. En tal sentido, la prueba colectada por los suscriptos, demuestra claramente, que los directores y funcionarios de TELECOM ARGENTINA S.A., consultan en forma constante y reiterada, por distintas cuestiones, a TELECOM ITALIA S.p.A., las principales decisiones que deben adoptar y, además en líneas generales, no toman decisiones en contra de las directivas que desde TELECOM ITALIA S.p.A. les hacen llegar."*

1404. *"Existe un flujo de información real y mensual hacia TELECOM ITALIA S.p.A., así como presupuestaria."*

1405. *"Toda la información relevante y estratégicamente sensible existente en TELECOM ARGENTINA S.A., llega a TELECOM ITALIA S.p.A. Considerando que directores de TELECOM ITALIA S.p.A. (fueron designados por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, donde ya revestían la calidad de directores de la misma, como quedara plasmado en las noticias periodísticas de estos tiempos, primero y luego en los hechos, su presidente y vicepresidente); solamente acceden a la misma, este hecho, evidencia que se generaría una situación de información asimétrica y anticompetitiva."*

1406. *"La sola existencia de condiciones de no injerencia, en distintas cuestiones, no llega a ser un elemento suficiente para actuar como muralla suficiente para proteger la libre competencia, ya que hasta resultaría casi ingenuo, llegar a pensar que miembros de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, a través del conocimiento de la información, que se conozca en el seno de TELECOM ITALIA*

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

-148

FOLIO
11541

S.p.A., puedan llegar a utilizarla como información relevante, para su subsidiaria en mercados donde compiten, en el caso de Argentina, TELEFÓNICA DE ARGENTINA S.A.."

1407. No menos importante, es la circunstancia de la influencia dominante de TELECOM ITALIA S.p.A. en TELECOM ARGENTINA S.A., al ser quien define el presupuesto para esta última, la política de dividendos, y política de compras.

1408. "La tecnología, sistemas, política de inversiones y lanzamiento de productos de TELECOM ARGENTINA S.A., está hoy en día en manos de TELECOM ITALIA S.p.A. (si bien tal vez no en forma directa, sí por medio de quienes designara en TELECOM ARGENTINA S.A.), o – al menos, depende en un importante grado de la misma -."

1409. "La operación presenta al principal competidor (TELEFÓNICA DE ARGENTINA, subsidiaria de TELEFÓNICA DE ESPAÑA), de TELECOM ARGENTINA S.A.; ejerciendo su influencia sustancial y determinante en TELECOM ITALIA S.p.A. Además, dicha influencia se podrá ejercer en y desde el exterior, lejos del alcance inmediato y control directo que pudiera efectuar la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, por cuestiones de tipo territorial. Sin embargo sus consecuencias, se producen en nuestro territorio, vulnerando la libre competencia y la debida protección del interés económico general y del consumidor argentino."

1410. "No puede pasarse por alto, que hoy los sistemas de comunicaciones son un factor y elemento sensible en cuanto respecta al desarrollo y la seguridad de la nación y sus habitantes, ciudadanos o no."

1411. "No menos importante, resultará a nuestro criterio, analizar en el ámbito de las autoridades del sector de las comunicaciones la conducencia, de la operación, habiendo pasado ya diecisiete años (1990 a 2007) desde la privatización de la vieja empresa estatal ENTEL, y la entrega de la misma en forma directa a las empresas que han acreditado, a criterio de los suscriptos, su capacidad técnica y operativa; para pasar a ser "operadores del servicio básico telefónico".

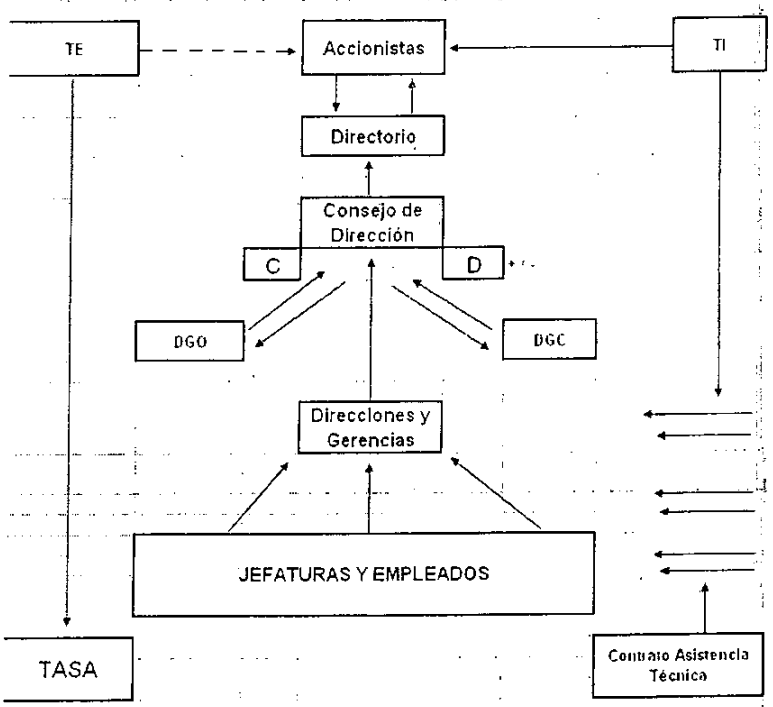
1412. "Se acompaña un cuadro que indica el Flujo de Información de la compañía en el mes de enero de 2009, con la influencia lógica de quien es socio y operador (TELECOM ITALIA S.p.A.), como también con una línea punteada el ingreso de TELEFÓNICA DE ESPAÑA al directorio de la antes mencionada y su

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

FOLIO 1542

relación directa con TELEFÓNICA DE ARGENTINA S.A.".

TELECOM ARGENTINA S.A.
FLUJO DE LA INFORMACIÓN



1413. *"Desde el punto de vista jurídico societario, habrá de tenerse presente que un análisis más profundo respecto a la utilización desviada de la personalidad jurídica societaria, donde los actos que pudiera llevar adelante TELEFÓNICA DE ESPAÑA, valiéndose de la sociedad que conformara con sus otros socios (TELCO S.p.A.), para adquirir TELECOM ITALIA S.p.A., la cual participa con el cincuenta por ciento del capital accionario en la que tiene el co-control sobre (NORTEL), TELECOM ARGENTINA S.A.; no necesariamente contrarios a la legislación vigente, ocasionarían eventuales perjuicios a terceros."*

1414. *"Las sociedades, debemos decirlo, no fueron constituidas con un objeto ilícito al decir de la ley de sociedades comerciales (19.550), sino que merced a la personalidad conferida por la legislación para el logro de fines útiles, son utilizadas en un modo desviado, provocando perjuicios a terceros (para el caso*

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

-148

FOLIO 11543

TELECOM ARGENTINA S.A, sus accionistas presentes en el directorio – entiéndase Grupo Werthein- y quienes no tiene representatividad, inversionistas en los mercados de valores, así como los usuarios del servicio que esta presta), a favor o utilidad de una persona diferente (TELEFÓNICA DE ESPAÑA – TELEFÓNICA DE ARGENTINA) de quien lleva adelante tales actos (TELECOM ITALIA S.p.A.). Frente a ello, es que habrá de profundizarse el análisis de la operación en trato, en orden a quién resulta ser el beneficiario de la operatoria, donde muchas de las "empresas medio y fin", tienen muy atomizado su capital en cotizaciones públicas, y el gobierno de las mismas en manos de quienes poseen una parte del capital social, pero suficiente para regir los destinos de los intereses económicos de los anteriores."

1415. *"En función a lo indicado precedentemente, corresponde "correr el velo" societario, a fin de determinar quién resulta en sí la persona jurídica, en principio que tiene el control respecto de las empresas que se encuentran aguas abajo; y más allá a los intereses económicos de particulares que existen, el Estado debe contemplar y proteger el interés económico general, así como también tratándose de una empresa de servicio público, el que tienen los consumidores."*

1416. *"Ha de considerarse que los Señores CRISTIANCI, FELICES y FIRPO, fueron designados por TELECOM ITALIA S.p.A., como directores en TELECOM ARGENTINA S.A., de allí que ellos actúen como mandatarios de la misma o de las empresas "vehículo", por cuanto sus decisiones, deben entenderse como producto, de las posibles instrucciones que les remitan, no pudiendo ser tomadas, como consecuencia de un temperamento libre, directo e independiente.*

1417. *"Otra consideración de importancia, que se ha tenido, es que dentro del esquema societario, ha quedado evidenciado que las estructuras funcionales no han desarrollado un estudio preventivo respecto del impacto que sobre la empresa podría recaer, como consecuencia de la operación realizada en Europa. En tal sentido, habremos de manifestar que se ha notado que el análisis se ha desarrollado, hasta cierto punto, en el seno del Directorio, en orden a que allí se encuentran los "representantes legales" de TELECOM ITALIA S.p.A., y los de su socio el denominado "GRUPO W".*

1418. *"El deber de investigar está relacionado con el art. 8º, inc. a) III, del Decreto 677/2001, que establece que los directores, administradores y*

fiscalizadores de sociedades admitidas al régimen de la oferta pública deberán: "Organizar e implementar sistemas y mecanismos preventivos de protección del interés social, de modo de reducir el riesgo de conflicto de intereses permanentes u ocasionales en su relación personal con la emisora o en la relación de otras personas vinculadas con la emisora respecto de ésta".

1419. *"Como ha quedado evidenciado, ha existido una clara división en el seno del directorio, al igual que en lo que compete al Comité de Auditoría, la situación relacionada con la operación no fue adoptada en el primero por unanimidad, sino por simple mayoría; y en el segundo, la situación frente a la preocupación de los Señores MACEK y NAVEIRA, fue neutralizada por el Dr. GARRIDO, merced a la unanimidad requerida por la normativa que lo rige."*

1420. *"A nivel gerencial, la cuestión no fue analizada, conforme se expresaran los Directores Generales, así como también en cuanto respecta a las áreas técnico y legal internas de la empresa, habiéndose expresado que ello competía al nivel del Directorio."*

1421. *"De lo dicho precedentemente, se arrima a interpretar que nunca, más allá de la actividad desplegada por los representantes del GRUPO W en el directorio y los Señores MACEK y NAVEIRA en el ámbito del COMITÉ DE AUDITORIA, el resto, ha adoptado una posición pasiva respecto a las implicancias que pudieran acaecer sobre TELECOM ARGENTINA S.A., habiéndose adoptado una actividad positiva, recién cuando se produjo el cierre de la operación, oportunidad en la que se decidiera en el seno del directorio remitir notas a TELEFÓNICA S.A., advirtiendo que accionaría ante eventuales perjuicios que se produjeran como consecuencia de la operación de ingreso de TELEFÓNICA S.A. en TELECOM ITALIA S.p.A., circunstancia ésta, que cumplimentara el Señor CARLOS FELICES, como Presidente de TELECOM ARGENTINA S.A."*

1422. *"A la fecha, no menos importante de lo ya indicado precedentemente, es hacer hincapié en que el GRUPO WERTHEIN, conforme nos manifestara el Señor ADRIÁN WERTHEIN, ha hecho efectiva su opción de acrecentar el dos por ciento (2%) que tenía a su favor al momento en que compraran el cuarenta y ocho por ciento, situación esta que los coloca en igualdad de condiciones que TELECOM ITALIA S.p.A."*

1423. *"Sin embargo, no resulta un dato menor que la Call Option con que cuenta*

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

-148

FOLIO 11545

TELECOM ITALIA S.p.A., no fue aprobada por la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, cuestión ésta de relevancia, dado que TELECOM ITALIA S.p.A. podría llegar a intentar ejercer la misma, la posicionaría en una situación de control exclusivo de TELECOM ARGENTINA S.A. y bajo la influencia de TELEFÓNICA DE ESPAÑA."

1424. *"Sin embargo, con respecto a la "call opcion", con que cuenta TELECOM ITALIA S.p.A., no fuera aprobada por la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, cuestión que habrá de tenerse presente al momento de analizar las actuaciones en que fuera ordenada la presente veeduría, en orden a que ello tiene especial significancia, dado que la misma, ha quedado dentro de los eventuales derechos que puede llegar a peticionar TELECOM ITALIA S.p.A."*

XII.h. Situación de TELECOM ARGENTINA.

1425. De acuerdo a las constancias obrantes en la diligencia preliminar, ésta Comisión Nacional concluyó que:

a. TELECOM ITALIA S.p.A. tenía una participación directa de 32,5% en SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A., y a través de su subsidiaria TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V., una participación adicional del 17,5%. En conjunto, TELECOM ITALIA S.p.A. era titular del 50% del capital de SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. Los otros accionistas eran el GRUPO WERTHEIN, en un 48% y ATLAS SERVICES BELGIUM S.A., con un 0,7% y FRANCE CABLES ET RADIO S.A. con un 1,3%. Como se indicara oportunamente, el Grupo WERTHEIN habría hecho uso de la opción que tenía respecto de FRANCE CABLE ET RADIO S.A. y ATLAS SERVICES BELGIUM S.A., por lo que su participación actual alcanzaría el 50%.
b. SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. era titular del 67,79% del capital y del 83,38% de los votos de NORTEL INVERSORA S.A. El resto del capital social de NORTEL INVERSORA S.A. estaba distribuido entre los tenedores de acciones preferidas "A" (13,51%) y acciones preferidas "B" (18,7%).
c. A su vez, NORTEL INVERSORA S.A. era titular de 54,74% del capital

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

- 148 -

FOLIO 11546

social de TELECOM ARGENTINA S.A. El resto del capital social de TELECOM ARGENTINA S.A. se encuentraba distribuido entre el Programa de Propiedad Participada (4,21%) y acciones que cotizaban en la Bolsa de Comercio de Buenos Aires (41,05%).

1426. Por su parte y a modo de síntesis del Acuerdo de Accionistas existente entre TELECOM ITALIA S.p.A. y el GRUPO WERTHEIN, y relativo al mecanismo aplicable para la elección de miembros del directorio y comisión fiscalizadora de SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A., NORTEL INVERSORA S.A. y TELECOM ARGENTINA, en la forma en que se ejercerá el voto en las citadas sociedades, se puede observar que:

SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A.

- TELECOM ITALIA S.p.A. designó tres de los seis directores de SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A.; los otros tres fueron designados por el GRUPO WERTHEIN.
- TELECOM ITALIA S.p.A. nombró al presidente de SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A.
- TELECOM ITALIA S.p.A. designó dos de los tres síndicos de SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A.; el otro síndico fue designado por el GRUPO WERTHEIN.

NORTEL INVERSORA S.A.

- De los seis directores de NORTEL INVERSORA S.A., cinco fueron designados por SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. y el restante por los accionistas preferidos de NORTEL INVERSORA S.A.
- De los cinco directores de NORTEL INVERSORA S.A. que propuso SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A., dos fueron designados por TELECOM ITALIA S.p.A. y dos por el GRUPO WERTHEIN el quinto director fue designado en conjunto por TELECOM ITALIA S.p.A. y el GRUPO WERTHEIN.
- TELECOM ITALIA S.p.A. nombró al presidente de NORTEL INVERSORA S.A., quien tuvo voto doble en caso de empate.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

FOLIO 11547

- TELECOM ITALIA S.p.A. designó dos de los tres síndicos de NORTEL INVERSORA S.A.; el otro síndico fue designado por el GRUPO WERTHEIN.

TELECOM ARGENTINA S.A.

- De los seis directores de TELECOM ARGENTINA S.A., cinco fueron designados por NORTEL INVERSORA S.A. y el restante por los accionistas minoritarios, en su caso (en la práctica es designado de común acuerdo por el GRUPO WERTHEIN y TELECOM ITALIA S.p.A.). En la última asamblea, éste sexto director, fue designado a instancia de TELECOM ITALIA S.p.A. conforme se desprende del propio acta de fecha 29de abril de 2008, publicada en www.cnv.gov.ar.
- De los cinco directores que propone NORTEL INVERSORA S.A., tres fueron designados por TELECOM ITALIA S.p.A. y dos por el GRUPO WERTHEIN.
- TELECOM ITALIA S.p.A. nombra al presidente de TELECOM ARGENTINA S.A., quien tiene voto doble en caso de empate.

MAYORÍAS Y DERECHOS DE VOTO

- En SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A., NORTEL INVERSORA S.A.y TELECOM ARGENTINA S.A., las reuniones de directorio requerirán del voto favorable de la mayoría de los miembros del directorio presentes. En NORTEL INVERSORA S.A.y en TELECOM ARGENTINA S.A. el presidente que era designado por TELECOM ITALIA S.p.A., tendrá doble voto, en caso de empate.
- Sin perjuicio de ello, en caso de tratarse de cuestiones (i) a ser presentadas en asamblea de accionistas, (ii) referidas a los accionistas preferidos de NORTEL INVERSORA S.A. o (iii) referidas a materias reservadas, el GRUPO WERTHEIN y TELECOM ITALIA S.p.A. deberán realizar una reunión previa y sólo votar conforme lo resuelto en dicha reunión.
- En las reuniones previas participan tres miembros, dos de los cuales

representaban a TELECOM ITALIA S.p.A. y uno a el GRUPO WERTHEIN; y se requiere la presencia de al menos un representante de cada parte, aunque si no hubiese quórum se celebraría otra reunión que sería válida con la presencia de la mayoría de los representantes.

- Las decisiones en las reuniones previas se adoptará con el voto favorable de la mayoría de los miembros presentes, excepto que se trate de materias reservadas en cuyo caso el GRUPO WERTHEIN tendrá derecho de veto. Las disputas que surjan a partir del ejercicio de derecho de veto el GRUPO WERTHEIN se deberán resolver por medio de arbitraje, salvo que se tratese del presupuesto, en cuyo caso decidiría la cuestión el CEO de TELECOM ITALIA S.p.A.

XII.i. Conclusiones.

1427. Resultó indudable para esta Comisión Nacional que la transacción en análisis implicó un cambio de control en TELECOM ARGENTINA S.A.; TELCO S.p.A. controla TELECOM ITALIA S.p.A. Es más, TELCO S.p.A., fue constituida con el propósito de controlar TELECOM ITALIA S.p.A., como se desprendió del Acuerdo de Co-Inversión y del Acuerdo de Accionistas. El estatuto de TELCO S.p.A., tuvo por objeto entre otros, ejercer la administración y coordinación de la actividad de las sociedades que controla y TELECOM ITALIA S.p.A. fue una de esas sociedades controladas y sin duda la más emblemática.

1428. Las circunstancias reseñadas y analizadas demostraron que TELEFÓNICA S.A., ejerció cuanto menos una influencia sustancial en TELCO S.p.A.

1429. A tenor de todo ello, esta Comisión Nacional consideró que existieron elementos suficientes para encuadrar la operación dentro de las previsiones de obligación de notificación que trae aparejada la Ley N° 25.156, tales como el carácter de único operador técnico que TELEFÓNICA S.A. detentaba sobre TELECOM ITALIA S.p.A., su conocimiento y participación sobre los mercados de telecomunicaciones nacional y extranjeros, la posibilidad que la misma accediera a la información no pública de su principal competidor en la República Argentina, TELECOM ARGENTINA S.A., relacionada con la estrategia comercial, tecnológica y de negocios.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

11549

1430. Siguiendo el mismo orden de ideas, esta Comisión Nacional pusó de resalto que el mercado de la telecomunicaciones es muy dependiente de la introducción de nuevas tecnologías, inversiones y de estrategia comercial inteligente y la mera posibilidad que TELEFÓNICA S.A. accediera a dicha información de su principal competidor, sumado a los aspectos anteriormente reseñados, hicieron que no se la pueda considerar como un simple inversor.

1431. Se sostuvo que adicionalmente el volumen de negocios de las empresas TELECOM ARGENTINA S.A. y TELEFÓNICA ARGENTINA S.A. superaban el umbral establecido en el artículo 8° de la Ley N° 25.156, no advirtiéndose que resultaran procedentes alguna de las excepciones previstas en la normativa aplicable indicada.

1432. Respecto de TELECOM ARGENTINA S.A., el último eslabón local de la cadena de control es SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A., cuyos accionistas controlantes son TELECOM ITALIA S.p.A. y TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V.

1433. Por todo lo dicho, y hasta tanto esta Comisión Nacional se expidiese, en los términos del artículo 13° de la Ley N° 25.156 sobre la operación que se ordenara notificar, todas las partes involucradas debieron observar en forma estricta lo dispuesto en la última oración del primer párrafo del artículo 8°.

XIII. EVALUACIÓN DE LOS EFECTOS DE LA OPERACIÓN DE CONCENTRACION SOBRE LA COMPETENCIA.

XIII.a. Naturaleza de la operación.

1434. En virtud de las actividades principales de las empresas involucradas previamente descriptas, esta Comisión Nacional identifica en la presente operación de concentración tanto relaciones horizontales como verticales. Existen relaciones horizontales en los servicios de: a) telefonía móvil, b) telefonía fija local, c) telefonía de larga distancia nacional e internacional, d) servicios de telecomunicaciones al sector corporativo, e) acceso a Internet, f) data center, y servicios de provisión de infraestructura, como: g) mercado de acceso mayorista a

la red de internet, h) mercado transporte de larga distancia i) la provisión de enlaces locales j) telefonía pública.

1435. Asimismo en vista de las mencionadas relaciones de complementariedad entre las redes de los diversos prestadores y al hecho de que resulta habitual que los prestadores complementen su red o presten sus servicios utilizando insumos provistos por otros prestadores, la operación también presenta diversas relaciones verticales las cuales se analizarán de acuerdo a su relevancia en el contexto de la presente operación.

1436. En este sentido, esta Comisión Nacional verifica relaciones de naturaleza vertical entre los Mercados mayoristas y los Mercados minoristas, tales como; el Mercado de acceso mayorista a la red de Internet de mayor jerarquía y otros operadores de red de jerarquía menor; el mercado mayorista de transporte y los mercados de acceso local; y mercados de infraestructura y mercados minoristas aguas abajo.

1437. A su vez existen relaciones verticales entre la infraestructura de acceso de última milla de las incumbentes y el servicio de acceso a Internet y servicios de telefonía pública; y entre el mercado de Data Center y los servicios de Internet dedicado (mercado de servicios corporativos).

1438. Por otra parte, la operación bajo análisis presenta relaciones verticales en el mercado de telefonía móvil en términos de servicios de roaming y terminación de llamadas en red de destino.

XIII.a.1. Breve reseña sobre la industria.

1439. Siguiendo conceptos vertidos por esta Comisión Nacional en el Dictamen N° 417 correspondiente a la concentración entre Telefónica Móviles y Bellsouth, se hará una breve reseña de las características específicas de esta industria previas a la definición de los mercados relevantes donde tiene efectos la presente operación.

1440. Como se ha indicado, el mercado de las telecomunicaciones esta regulado

por decreto 764/2000 y sus normas complementarias. Esta norma define a las telecomunicaciones como "toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza, por hilo, radioelectricidad, medios ópticos y/u otros sistemas electromagnéticos".

1441. De la anterior definición se desprende que las telecomunicaciones abarcan un conjunto amplio y variado de servicios que posibilitan las comunicaciones y el envío de información entre individuos.

1442. Los pasos que sigue una telecomunicación a grandes rasgos pueden clasificarse como: emisión de la información a través de la terminal del usuario originador, codificación del mensaje y transporte a través de la red de telecomunicaciones y finalmente la decodificación y recepción de la información a través de la terminal del usuario de destino[40].

1443. Este tipo de comunicaciones van a tener una tipología especial dependiendo de las características de la información enviada y recibida por los usuarios (originador y terminador), por la naturaleza de la interfaz (terminal) a través de la cual éstos se contactan (por ejemplo: PC, teléfonos móviles, teléfonos fijos, receptores de TV, etc.) y por el tipo de red a través de la cual se cursa la comunicación. Entre estos tipos de telecomunicaciones se pueden resaltar: la telefonía, las comunicaciones de datos (que incluyen comunicaciones multimedia – sonido, imágenes, texto-) y las comunicaciones de Internet (que también incluyen la posibilidad de comunicaciones multimedia y de voz). Dichas diferencias básicas se reconocen a nivel del consumidor de los servicios.

1444. La prestación de los servicios antes mencionados requiere de determinada infraestructura que comprende los elementos de red y la infraestructura de interfaz. La primera tiene la función de gestionar y transmitir la información y está compuesta por las redes de transmisión conformada por equipos y medios de transporte y la segunda por las terminales que permiten la conexión de los usuarios con la red.

1445. Si las telecomunicaciones se analizan a nivel de las redes de transmisión, muchas de las diferencias entre los distintos tipos de servicios antes citadas se desdibujan debido a que el desarrollo tecnológico ha permitido la convergencia, es

[40] Estos pasos se aplican tanto a las comunicaciones unidireccionales como bidireccionales.

decir, que se utilicen los mismos medios físicos para la transmisión de la información enviada y recibida de distinta naturaleza y bajo distinto tipo de interfaces (por ejemplo las redes de cobre y fibra óptica utilizadas tradicionalmente para telefonía soportan el transporte de información tipo IP para prestar servicios de Internet).

1446. Se puede hacer una diferenciación bastante clara en cuanto a los niveles de la red[41]. Por un lado se pueden clasificar a las redes troncales y por el otro a las redes de acceso local. Las primeras tienen la característica de soportar grandes niveles de capacidad y tienen como función unir grandes conmutadores (switches) que vinculan el tránsito agregado entre distintas áreas. Las segundas son las que soportan bajas capacidades de transmisión y tienen la función de unir los switches con los consumidores.

1447. Los niveles de red mencionados anteriormente a su vez están asociados al alcance que puede tener la competencia entre las redes. El grado de competencia entre redes va a estar determinado por los costos de construir la red, y por el flujo de tráfico, que en general es función de la densidad poblacional del área y de variables socioeconómicas. Por lo tanto, para medios de transporte con iguales capacidades de transmisión y costos, el mayor tráfico determinará menores costos de entrada al mercado y por ende sería esperable la aparición de un mayor número de firmas, lo que en general se vincula con un mayor nivel de competencia. De esta forma es esperable que en los tramos de red troncales exista un mayor número de oferentes en el mercado si se lo compara con la cantidad de oferentes que existirían en el tramo de oferta de redes para acceso local[42]. Asimismo las zonas más densamente pobladas y con mayor flujo de tráfico van a experimentar mayores niveles de competencia.

1448. Los medios de transporte que conforman una red pueden ser tanto alámbricos como inalámbricos. Los medios alámbricos pueden ser hilos de par de cobre (xDSL), fibra óptica (FTTH, FTTB y FTTC) o cable coaxil de redes CATV (HFC). Mientras que los inalámbricos están compuestos por redes celulares,

[41] La OCDE, en algunos artículos sobre el tema, marca esta diferenciación en cuanto a las funciones y capacidades de los distintos tramos de la red.

[42] Una excepción a esta apreciación ocurre en las áreas locales de muy alta densidad de población y con clientes corporativos, donde pueden concurrir al mercado un número más elevado de oferentes.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

radioenlaces del tipo WLL, WiMAX, LMDS y MMDS y por enlaces satelitales.

1449. En cuanto a las tecnologías utilizadas para la transmisión de la información existen distintos modos de transmisión de información que están asociados a ellas, entre ellos se destacan: transmisión por conmutación de circuitos (para el caso de la voz), transmisión por conmutación de paquetes (para el caso de datos y voz IP), transmisión por paquetes tipo cuadros (Frame Relay) y por paquetes tipo celdas (ATM).

1450. La naturaleza de los servicios de telecomunicaciones, donde es determinante la posibilidad de comunicarse con otros usuarios y de estar disponible para las comunicaciones enviadas por éstos, da a los activos de red un rol muy importante. La valoración de los usuarios respecto de los servicios de telecomunicaciones aumenta en la medida en que puedan comunicarse con una mayor cantidad de usuarios, es decir que, en la medida en que la red de telecomunicaciones tenga mayor alcance, mayor será el bienestar del consumidor43.

1451. Con base en los efectos anteriores, los operadores deben tener la capacidad de poner en contacto potencial a sus usuarios entre ellos y con el resto de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones. Este objetivo lo pueden llevar adelante a través de la ampliación de la cobertura de sus redes (ya sea mediante tramos de red propia o alquilados) y a través de la interconexión (funcional y física) de su red con las redes de otros operadores.

1452. Los trazados geográficos de las redes y sus funciones pueden transformarlas a la vez en activos sustitutos y complementarios. Por ejemplo si existieran dos redes independientes que conectaran a un usuario A con uno B, el envío de información entre ellos podría ser cursado a través cualquiera de estas redes; cumpliéndose en este caso el carácter de sustitubilidad entre ellas. En cambio si el usuario A solamente fuera alcanzado por la red X y el usuario B fuera alcanzado solamente por la red Y, la información enviada entre ellos debe ser cursada a través de ambas redes; en este caso la red Y es complementaria de la red X. Esta complementariedad entre redes queda establecida a través de su interconexión.

[43] Este efecto es el que se conoce en la literatura económica como *efecto de red.*

1453. De lo anterior se desprende que los mercados de telecomunicaciones se encuentran organizados en una o más etapas mayoristas aguas arriba, en las cuales los oferentes y demandantes son prestadores de telecomunicaciones y una etapa minorista aguas abajo, en la cual los servicios están dirigidos a clientes o usuarios finales.

1454. Es posible hacer un paralelismo de lo dicho anteriormente afirmando que la oferta minorista consiste en un servicio prestado utilizando como insumo una infraestructura dada y la oferta mayorista consiste en la provisión de la infraestructura en sí misma, aunque esto no es válido en todos los casos.

1455. La infraestructura utilizada en el sector de las telecomunicaciones es particularmente relevante para analizar las posibilidades de competencia, puesto que en algunos segmentos de ella es donde se producen los principales "cuellos de botella" de dicho sector. Estos "cuellos de botella" están dados por la existencia de activos que no pueden ser reemplazados por infraestructura y/o servicios alternativos y cuya duplicación no es eficiente. Un ejemplo de esto podría ser el "local loop", o última milla del tendido de la red pública de telefonía para brindar servicios de telefonía residencial, aunque esto esta cambiando con el avance tecnológico y la convergencia.

1456. En casos como el mencionado los operadores deberán tener acceso a la infraestructura ya instalada para poder establecerse como competidores efectivos.

1457. Más allá del mencionado grado relativo de convergencia alcanzado en lo que hace a las redes, cada tipo de servicio requiere distintos elementos y/o funciones de esos elementos de infraestructura. Además, las condiciones de competencia respecto a los proveedores de infraestructura varían dependiendo de sobre cuál de esos elementos se focalice el análisis, es decir, que para aquellos activos de difícil o inconveniente duplicación el nivel de competencia será bajo mientras que en aquellos que no reúnen tal característica el nivel de competencia será mayor.

1458. Por lo anterior, la posibilidad de separar un mercado de infraestructura como insumo de otro que sólo incluya la prestación de un servicio específicamente, depende de la naturaleza particular de la vinculación entre cada servicio y su infraestructura.

1459. Los oferentes y demandantes de infraestructura para telecomunicaciones

son generalmente los mismos operadores. Sin embargo, por lado de la oferta es posible encontrar adicionalmente a las empresas licenciatarias de telecomunicaciones a otras empresas que sin tener ese carácter poseen infraestructura apta para ser ofrecida a operadores44.

1460. A su vez, por el lado de la demanda existe la posibilidad de que alguna empresa no licenciataria de telecomunicaciones solicite infraestructura independientemente de la prestación de un servicio sobre la misma. Sin embargo, este caso representa una situación poco común con lo que la demanda de este grupo en particular no es relevante para el análisis de estos mercados.

XIII.b. Evaluación de los efectos de la operación sobre la competencia.

1461. Tal como lo establecen los Lineamientos para el Control de las Concentraciones Económicas (en adelante "los Lineamientos"), aprobados por Resolución 164/2001 de la Ex - Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor, a los efectos de establecer si una concentración limita o no la competencia, es preciso delimitar el mercado que se verá afectado por la operación. Este mercado, que se denomina mercado relevante, comprende dos dimensiones: el mercado del producto y el mercado geográfico. Es de destacar que la operación involucra a varios mercados relevantes.

1462. El mercado relevante del producto comprende todos aquellos bienes y/o servicios que son considerados sustitutos por el consumidor, dadas las características del producto, sus precios y el objeto de su consumo.

1463. El marco conceptual de referencia para la definición del mercado relevante, tanto en su dimensión de producto como geográfica, es lo que se conoce como test SSNIP ("Small but Significant and Nontransitory Increase in Price"). Con respecto a la dimensión de producto, este test define como mercado relevante al menor grupo de productos respecto del cual, a un hipotético monopolista de todos ellos, le resultaría rentable imponer un aumento de precios pequeño, pero significativo y no transitorio. Referido al mercado geográfico el test se define de la

[44] Como ejemplo de este tipo de empresas pueden puede citarse a las concesionarias de las autopistas urbanas, empresas de ferrocarriles, las cooperativas eléctricas del interior del país, etcétera.

misma forma que el mercado de producto, pero teniendo como objetivo la identificación de la menor región dentro de la cual el hipotético monopolista encontraría beneficiosa la acción descripta.

1464. Una vez definido el o los mercados relevantes, se procederá al análisis de los niveles de concentración, de los participantes del mercado, y de las características de la competencia en dichos mercados. Si del análisis de estos elementos se desprende la probabilidad de un aumento en el poder de mercado como consecuencia de la operación de concentración, se procederá al análisis de las barreras a la entrada y de las posibles ganancias de eficiencia productivas.

1465. Los mercados de telecomunicaciones tienen ciertas particularidades que es necesario tener en cuenta para el análisis de los efectos de una operación sobre la competencia, estas son:

a. La existencia de altos costos fijos y hundidos.
b. La presencia de economías de alcance respecto de un conjunto de servicios. Lo que determina que para algunos de estos servicios existe una competencia en variables distintas del precio.
c. La práctica generalizada de consumo en canastas y la producción a través de empresas multiservicio.
d. Consideraciones específicas para el análisis de las relaciones verticales[45].

XIII.b.1.Servicios minoristas de telecomunicaciones

1466. Los servicios minoristas de telecomunicaciones involucran una serie de productos estándar dirigidos a los clientes residenciales y una más amplia gama de servicios orientados al segmento corporativo.

1467. Aun cuando muchos servicios son similares y no existen dos escalas definidas de clientes, la demanda de servicios corporativos presenta diferencias muy significativas respecto de la de servicios residenciales, tanto en volumen como en diversidad, especificidad y complejidad de las prestaciones requeridas.

[45] Estos aspectos fueron explicados detalladamente en el dictamen N°417 ya citado, al cual nos remitimos en honor a la brevedad.

Por ello esta Comisión entiende que desde el punto de vista de la demanda los mismos constituyen mercados distintos y deben ser analizados en forma separada.

1468. Existe además un segmento de menor importancia relativa que no se ajusta bien a ninguna de las dos categorías anteriores, el de la "Telefonía Pública" que involucra tanto a la telefonía como al servicio de internet provisto desde locutorios de bandera, directamente a usuarios finales. Este segmento también será examinado como un mercado en si mismo.

XIII.b.1.1.Servicios minoristas residenciales.

1469. El análisis de los mercados relevantes producto del análisis de la información contenida en el expediente coincide en lo esencial con las jurisprudencia generada por esta Comisión en anteriores análisis, ya sea en operaciones de concentración, conductas o investigaciones de mercado.

1470. Así, las definiciones de mercados relevantes se corresponden en lo sustancial con las oportunamente adoptadas en el Dictamen N° 417 del 22/12/2004 entre Telefónica y Bell South.

1471. Ya en esa oportunidad se realizaron consideraciones sobre las características dinámicas que pueden presentarse en los mercados de telecomunicaciones, aunque en ese caso sólo se tomó como una referencia conceptual ya que el proceso de convergencia tecnológica era muy incipiente.

1472. Los productos ofrecidos actualmente en el segmento minorista pueden clasificarse en primer lugar en servicios de voz y servicios de Internet. En un futuro, es probable que las empresas de telefonía estén en condiciones legales y tecnológicas de comenzar a brindar el servicio de video denominado IPTV, ofreciendo una canasta conocida como Triple Play.

1473. En consonancia con lo realizado en anteriores Dictámenes, esta Comisión considera necesario incluir en el presente un análisis de los efectos de la convergencia tecnológica sobre la competencia en el mercado de las telecomunicaciones.

1474. Finalmente cabe realizar una aclaración pertinente en base a las presentaciones realizadas por las partes a raíz de la Resolución CNDC 30/10. La

existencia futura y/o actual de un mercado convergente de servicios de televisión paga, Internet y telefonía (en el cual, como será explicitado con mayor detalle posteriormente, no participan las empresas de telecomunicaciones), no invalida la existencia de mercados separados en telefonía fija, Internet y Televisión.

1475. En efecto, la aplicación de los Lineamientos conduce a la definición y el análisis de los efectos en cada uno de los mercados relevantes que verifica una operación de concentración[46].

1476. Por otro lado, y en forma previa a entrar en la definición de los mercados relevantes, conviene analizar una serie de aspectos particulares que caracterizan a estos servicios.

1477. El primero es que en estos servicios el abonado enfrenta dos instancias de decisión de consumo, la primera es la decisión de solicitar una línea telefónica a determinada compañía, y la segunda es al momento de consumir cada uno de los servicios elegibles para ese tipo de línea que no estén incluidos.

1478. La primera instancia de decisión afronta una oferta limitada, en cuanto a oferentes, según el área donde se demanda dicha línea de telefonía: mientras que en las zonas de mayor aglomeración se observa solapamientos en el tendido de redes (sea entre empresas telefónicas, o entre estas y otras plataformas), las zonas de menor teledensidad y/o rurales tienen usualmente una única opción para demandar el servicio de telefonía fija residencial.

1479. En efecto el abonado residencial en la mayor parte de las áreas tampoco tiene elección respecto de la empresa que le dará la conexión telefónica, ya que en la práctica sólo uno de los prestadores históricos tiene tendidos de última milla en el área.

1480. Esta circunstancia se atribuye al hecho de que la conexión telefónica se brinda mediante una infraestructura que se denomina par de cobre (ultima milla), la cual conecta el o los terminales del cliente con una central telefónica cercana que da acceso al abonado a llamadas locales, larga distancia nacional, larga distancia internacional y a todos los servicios de telecomunicaciones que se

[46] Aún considerando que existe una oferta incipiente del paquete Triple Play, del cual no participan las operadoras telefónicas, este servicio no se verifica como sustituto del servicio de telefonía e Internet considerados individualmente.

brindan a través de las redes de telefonía.

1481. El Decreto 764/00 considera a la última milla del abonado como una facilidad esencial, entendida como "las funciones y elementos de una red pública de telecomunicaciones que: a) son suministradas exclusivamente o de manera predominante por un solo Prestador o por un número limitado de Prestadores y b) cuya substitución con miras a la prestación de un servicio no sea factible en lo económico o en lo técnico"[47].

1482. A su vez, en su Artículo 18 el Decreto establece que "Los Prestadores con Poder Dominante deberán proveer, al costo incremental de largo plazo y en forma desagregada, acceso a las funciones y elementos de su red identificadas como facilidades esenciales".

1483. Esta regulación relativa a la forma de desagregar el acceso de última milla, combinada con otras regulaciones relativas a precios de la llamada y de interconexión, generaron condiciones diferenciadas de competencia en el mercado de telefonía fija local y los servicios de valor agregado, de larga distancia e Internet[48].

1484. La definición de los mercados relevantes que se hacen a continuación consideran estos elementos y refieren a las condiciones en las que son provistos estos servicios en el mercado.

XIII.b.1.1.1. Definición de mercados relevantes.

[47] Ver Decreto 764/00. Articulo 4.

[48] Cabe indicar que en el caso del servicio de Internet, la regulación existente permitió la entrada rentable por parte de oferentes del servicio residencial (ISP) a través del arrendamiento de las facilidades del incumbente. En cambio, para el servicio de telefonía fija local, la práctica demostró que la relación precio-costo no resultaba rentable para operadores no integrados verticalmente. De allí se desprende porqué la dimensión geográfica del mercado relevante en el caso de Internet sea nacional, a diferencia del mercado relevante en el servicio de telefonía fija residencial que en el presente dictamen se analiza como local. Así, es un error considerar el mercado de Internet residencial como de dimensión local, tal como lo exponen la mayoría presentaciones realizadas por las partes a raíz de la Resolución CNDC 30/10 (con excepción de la presentación realizada por Telefónica). Cabe aclarar que originalmente, en los F1 y F2 aportados por las involucradas en el marco de la operación de Concentración N° 741, coincidían con la definición de estos mercados relevantes.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

FOLIO 1560

1485. El análisis de la información aportada por las partes ha dado como resultado una definición de mercados relevantes coincidente con la realizada oportunamente en el Dictamen N° 417 correspondientes a la concentración Telefónica- Bell South, a saber, telefonía fija local, telefonía fija de larga distancia e Internet minorista. Al respecto cabe hacer un conjunto de consideraciones específicas sin las cuales la evaluación de los efectos de la presente concentración no resultarían correctamente captados.

1486. En primer lugar debe tenerse en cuenta que, tal como se señalara en el citado Dictamen, el sector de telecomunicaciones por su propia evolución está sujeto a cambios desde el punto de vista tecnológico lo cual tiene impacto directo en las características de los mercados y las condiciones de competencia. Una de las manifestaciones de este proceso es la señalada convergencia tecnológica.

1487. La evolución del cambio tecnológico en las telecomunicaciones tanto a nivel nacional como la referencia al contexto internacional será objeto de consideraciones específicas en los apartados siguientes. Por lo tanto las definiciones de mercados que se tomarán aquí deben ser interpretadas como un punto de partida. Esta perspectiva es la usualmente utilizada para analizar los efectos horizontales de las concentraciones económicas.

1488. Sin embargo el captar la totalidad del impacto de la presente operación en las condiciones de competencia dentro del sector telecomunicaciones, requiere incorporar elementos de juicio desde la óptica de la dinámica del sector. En este sentido las definiciones de partida se adoptan a fin de poder identificar y exponer todos los efectos que se derivan de la misma.

1489. Por otra parte la propia evolución de la industria durante los últimos años también plantea la necesidad de realizar algunas consideraciones desde el punto de vista de la sustitución de la demanda y de la sustitución de la oferta de telefonía fija local e Internet minorista respecto de otros servicios de telecomunicaciones (como ser telefonía fija).

XIII.b.1.1.1.1. Mercado de telefonía fija local.

1490. Esta Comisión considera que los conceptos vertidos en el Dictamen N° 417 referido al mercado de telefonía fija local siguen, en lo esencial, teniendo vigencia

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

11561

en tanto refleja el comportamiento global de este mercado.

1491. En ese Dictamen se consideró a la posesión de infraestructura dentro del área local como elemento sustancial para el análisis de la estructura de oferta y demanda en dicho mercado.

1492. Así a partir de esta consideración es que la Comisión entiende que el mercado relevante de telefonía fija tiene carácter local[49].

1493. Cabe indicar que las partes, en su contestación al traslado realizado por la Comisión a partir de la Resolución CNDC 30/10, afirman erróneamente que esta Comisión ha definido al mercado como nacional en su dimensión geográfica.

1494. Como se verá posteriormente, el servicio de telefonía verifica en algunas regiones un nivel creciente de competencia por parte de servicios y plataformas sustitutas; en gran parte explicada por el proceso de convergencia tecnológica.

1495. Como se dijo anteriormente la importancia del análisis de este proceso cobra una relevancia mayor si se considera el fenómeno en forma prospectiva, en tanto su impacto sobre el mercado actual es limitado.

1496. En forma adicional, y a los efectos de la definición de este mercado, se estima necesario realizar las siguientes puntualizaciones respecto de la posibilidad de sustitución con la telefonía celular.

1497. En la presente investigación se tomaron en cuenta variables tales como precios, prestaciones tecnológicas y oportunidades de consumo de cada servicio.

1498. Si bien los precios de la telefonía celular han ido cayendo, aún hoy la diferencia en los mismos permite suponer que ante un aumento de precios en telefonía fija de la magnitud prevista por el SSNIP la telefonía móvil no captaría demanda adicional o no se convertiría en un sustituto.

1499. Las partes, en su contestación a la Resolución CNDC 30/10 afirman en ocasiones que el mercado de telefonía fija sería sustituto del celular. Sin embargo cabe indicar que no existe información provista por las partes que controvierta el análisis realizado por esta Comisión. Incluso cabe destacar que las presentaciones de F1 y F2 realizadas por las empresas involucradas en el marco

[49] La definición de telefonía residencial excluye a la oferta del servicio, como parte de una canasta convergente, realizada al sector corporativo. Como se anticipara, la prestación de servicios de telecomunicaciones al sector corporativo se analizará posteriormente.

de la Concentración No 741 son coincidentes con las definiciones realizadas en este Dictamen y en la jurisprudencia antitrust.

1500. Por otro lado el nivel de sustitución aumenta en casos puntuales, como ser cuando los clientes de telefonía celular cuentan con llamadas gratis y/o con descuento dentro de cierto grupo o cuando el cliente debe llamar a otro teléfono celular y por lo tanto deba abonar el Calling Party Pays (en tanto la iniciación es más cara, para el cliente, en la telefonía fija que en la celular).

1501. Cabe indicar al respecto que el representante de TELEFÓNICA DE ARGENTINA S.A.[50] señaló en Audiencia Testimonial que *"(...) Más que un fenómeno de sustitución lo que se evidencia es un crecimiento de la demanda donde los consumidores tienen más posibilidades de comunicación y una diversificación de la oferta donde las personas tienen cada vez más posibilidades de comunicarse (...)"*[51]

1502. Pese a ello en principio esta Comisión considera que si el abonado se encuentra a disposición de un teléfono fijo, sea en su hogar u oficina, por regla general tenderá a no sustituir este servicio por el móvil.

1503. Por otra parte, la demanda de una línea de telefonía fija para algunos usuarios puede tener motivaciones adicionales a la del consumo de servicios de telefonía. Se estima que una creciente porción de los demandantes de telefonía fija consideran como un aspecto relevante la posibilidad de acceso a la RTPN para consumir servicios adicionales a la telefonía, principalmente los de acceso a Internet banda ancha.

XIII.b.1.1.1.2. Mercado de servicio de Acceso a Internet

1504. Para la definición del mercado de Internet se considera la realizada oportunamente por esta Comisión en el marco del Dictamen N° 417.

1505. Según la misma, "este mercado está constituido por el servicio que ofrecen los denominados Internet Service Provider (ISP) a usuarios residenciales y/o

[50] De aquí en adelante, durante el tratamiento económico de la operación bajo análisis, esta Comisión se referirá indistintamente a TELECOM o TELECOM ARGENTINA S.A. y TELEFÓNICA y TELEFÓNICA DE ARGENTINA S.A.

[51] Ver Audiencia del 3 de Junio de 2009 realizada a Jose Aiello Montes.

pequeñas y medianas empresas"[52].

1506. Esta definición del mercado en su dimensión del producto es consistente con la realizada a nivel geográfico, en tanto "se considera que el ámbito geográfico del mercado relevante del producto a considerar es nacional. Lo anterior encuentra fundamento en que se estima que, ante un aumento de precios en un área determinada de menor extensión a la nacional, los prestadores actuantes en otras regiones podrían establecerse en el área donde se produjo el aumento sin costos significativos y en un plazo relativamente corto, mediante el arrendamiento de los recursos de infraestructura necesaria en caso de no poseerla"[53].

1507. Cabe destacar, como fuera también señalado en anteriores Dictámenes de la Comisión, que la estrategia de las empresas que ofrecen Internet refieren a una mirada nacional, lo cual impacta en los precios y las modalidades de acceso.

1508. A la misma conclusión llegan las partes cuando afirman que "*(...) los planes de acceso a los servicios son normalmente equivalentes entre distintas provincias o regiones del país. Estas características son evidentes en las tecnologías de banda ancha, de creciente aceptación tanto a nivel empresarial como residencial. Idénticas consideraciones le caben a las tecnologías inalámbricas de conectividad (...)*"[54].

1509. A su vez, como afirman las partes, tanto la naturaleza de las licencias como "la jurisprudencia nacional e internacional confirman esta definición a nivel nacional del mercado geográfico relevante" del servicio de acceso a Internet..

1510. Cabe recordar, como fuera considerado con anterioridad, que las incumbentes deben ofrecer acceso al par de cobre a otros operadores (según la regulación detallada anteriormente). A su vez, y a diferencia del servicio de

[52] Nuevamente, como fuera aclarado para el caso de la definición realizada en telefonía fija, se excluye de este mercado el servicio de acceso Internet minorista ofrecido al sector corporativo, el cual esta incluido en el mercado de servicios ofrecidos al sector corporativo que se analiza más adelante..

[53] Ver Dictamen N° 417. (Conc. 448). Esta definición de mercado realizada por la Comisión Nacional en el presente Dictamen es coincidente con la información aportada por las partes en el F1 y F2. Por otro lado cabe indicar que las partes no han aportado información que controvierta esta definición de mercado a partir de las presentaciones realizadas producto de la Resolución CNDC 30/10.

[54] Ver F2 presentado por Telefónica a fs. 4159/4237.

telefonía, los precios a los usuarios finales no están regulados.

1511. Por lo tanto, y a partir de las indagaciones realizadas por esta Comisión, se considera apropiada la definición realizada en anteriores Dictámenes, y que coincide con la presentación realizada por las partes, en lo que refiere al ámbito de cobertura del mercado de acceso a Internet al considerarlo como nacional.

1512. A su vez, esta Comisión considera necesario realizar algunos comentarios adicionales. En primer lugar que si bien existe regulación referida al acceso mayorista a la facilidad esencial (ultima milla)[55], no hay regulación referida a la forma de acceso de los ISP a la red de Internet propiamente dicha.

1513. En este sentido, los ISP no integrados verifican una doble relación vertical con las incumbentes en tanto demandan el acceso de última milla para ofrecer Internet residencial y el acceso mayorista a la red nacional e internacional de Internet. El mercado de acceso mayorista a Internet y los efectos de su relación vertical sobre los ISP será analizado con posterioridad (dentro de los mercados mayoristas de telecomunicaciones).

1514. En segundo lugar cabe destacar que en las zonas urbanas y de mayor aglomeración la principal competencia al acceso minorista xDSL ha sido la desplegada por las redes de HFC de los cableoperadores, en el marco de un proceso de convergencia tecnológica que será evaluado posteriormente. En las zonas de menor aglomeración, en cambio, las redes de acceso alámbrica verifican la competencia de la oferta de acceso Internet inalámbrico (WLL, WiMAX, etc.) ofrecido por empresas de telecomunicaciones entrantes (como ser TELMEX), y de telefonía móvil[56].

---

[55] La cual, si bien es explícita sobre la obligatoriedad de ofrecer acceso mayorista al bucle de abonado, deja librado a las partes la determinación de los precios de mercado, haciendo notar la necesidad de ajustar los mismos a los costos incrementales de largo plazo. La limitación en este ámbito es doblemente significativa en tanto no regula un precio (ni obligatorio ni de referencia), a la vez que no establece una desagregación total del bucle del abonado (lo cual permitiría darle al entrante el control del tráfico de Internet generado en la última milla).

[56] La competencia entre el servicio de Internet ofrecido desde plataforma alámbrica e inalámbrica se desarrollará en líneas posteriores. Cabe indicar, a modo de adelanto, que la capacidad de banda de ancha ofrecida en forma simultánea es muy reducida en el caso de la tecnología inalámbrica. Esto determinó que la Comisión haya considerado que el acceso a Internet inalámbrico no sea sustituto al fijo (idéntica

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

-148

FOLIO 11565

1515. La evolución tecnológica que ha sufrido la telefonía móvil, ha permitido incorporar al conjunto de prestaciones para el consumidor el acceso a ciertos contenidos de Internet, cabe por lo tanto considerar cuales son las posibilidades de sustitución de esta prestación dentro de la telefonía móvil respecto del servicio minorista residencial.

1516. Al respecto, el experto en Telecomunicaciones Dr. Henoch AGUIAR, preguntado en audiencia sobre en que medida las demás plataformas tecnológicas podrían competir o sustituir económicamente a las redes fijas en cada uno de los servicios que brindan los grupos TELEFÓNICA y TELECOM, declaró: "*En el día de hoy, hay un cierto nivel de sustituibilidad entre la red fija y la móvil para el servicio de telefonía y todavía para el servicio de banda ancha, puesto que los servicios de celulares de tercera generación están brindando conectividad móvil a Internet.*"

1517. "*Sin embargo, considero que no hay en el mediano plazo igualación entre la red o posibilidad de sustitución entre los servicios que ofrece la red fija y la red móvil, por cuanto la banda ancha sobre red fija esta ya en muchos países alcanzando los 10 megas por usuario residencial con países que tienen el 50% de la banda ancha ofrecida a 30 megas y el otro 50% a 60 megas como Corea del Sur. Esto nos indica, no previsiones a futuro, sino realidades existentes, muestran que la tendencia de la banda ancha, el requerimiento del usuario, de aquí a un horizonte de 5/8 años, estará en un servicios de 100 megas de servicio al hogar.*"

1518. "*En ese horizonte, la red móvil que parecía acercarse a la red fija en su capacidad de dar Internet, se distancie definitivamente permitiendo estructuralmente un acceso a contenidos mas pobres en datos preparados especialmente para la plataforma celular o acceso a datos comunes pero con mucha menor velocidad de lo que permitirá la red fija.*

1519. "*En la red móvil se están bajando datos a medio mega o un mega de velocidad, se podría pensar en servicios muy eficientes que llegaran quizás a 6 megas, en un futuro no próximo, pero no se vislumbra que en la próxima década haya usos comerciales no experimentales que brinden la capacidad que ya esta al*

consideración corresponde a Internet móvil). Para mas detalle puede consultarse el Dictamen de la Comisión referido al análisis de la Concentración N° 665 entre Telmex-Ertach.

alcance de la red fija, que son 100 megas".

1520. Cabe destacar que esta aseveración tiene relevancia para el conjunto de los servicios inalámbricos terrestres, excluyendo los servicios que puede ofrecer las plataformas satelitales en tanto la capacidad que tiene esta tecnología para ofrecer servicios bidireccionales es técnica y económicamente limitada.

1521. En la misma audiencia reseñada anteriormente el Dr. Henoch AGUIAR declaró que: "Los sistemas satelitales son extraordinariamente aptos para difundir un único contenido que se sube a un satélite a una infinidad de receptores pasivos a la vez, puesto que el haz de luz, radioeléctrico ilumina regiones que como mínimo abarcan toda la Argentina y parte del MERCOSUR. Sin embargo, los receptores no pueden interactuar a través de un sistema satelital, salvo, que tengan antenas, no solamente receptoras sino también emisoras con equipamientos con capacidad de enviar una señal a 36.000 kilómetros de altura con costos que por lo general no bajan de los mil y pico de dólares por antena, por sencillas que sean sus transmisiones."

1522. "Entonces, para difundir una información a todo un territorio ya sea un haz regional o continental el satélite es muy eficiente, es también eficiente como solución barata cuando se trata de permitir comunicaciones en lugares desérticos o sin red alguna, donde el costo de estos equipos, más los costos de abono por caro que sean, nunca jamás equivalen al costo de inversión para tender una red para alcanzar el pozo petrolero o una mina en San Juan, pero en todas las zonas donde hay una red, ya sea la telefónica o la de cable modem, conseguir una unidad de información, es cien veces mas barata usando la red que usando un satélite. Las redes satelitales adquieren sentido económico de uso sólo en zonas remotas en donde ninguna infraestructura podría soportar la comunicación deseada."

1523. "La racionalidad económica y tecnológica en el uso de los recursos disponibles aconseja el uso de redes fijas para todas las zonas poblacionales de alta densidad, ofrecer servicios inalámbricos terrestres (WI-MAX u otros) en las zonas de baja densidad y servicios satelitales en emplazamientos remotos alejados de toda otra facilidad de comunicación".

1524. Así, a diferencia del análisis realizado al inicio del apartado, se observa que si bien existe un mercado de cobertura nacional, las condiciones de

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

-148

FOLIO 1567

competencia son disímiles según las regiones y/o realidades sociodemográficas en tanto estas inciden en la posibilidad de competencia entre diversas plataformas.

1525. Así, esta Comisión considera que la definición de un mercado nacional continúa teniendo vigencia y que esta refleja la dinámica general del mercado.

XIII.b.1.1.1.3.Telefonía fija de larga distancia.

1526. Habiendo partido de la definición de telefonía fija local como un mercado en si mismo corresponde a continuación determinar si lo mismo puede afirmarse respecto de los servicios de larga distancia nacional o internacional.

1527. La telefonía de larga distancia es el servicio telefónico cuya finalidad es cursar una llamada desde un terminal ubicado en un área local hacia otro terminal fijo o móvil ubicado en otra área local en el país o en el exterior.

1528. A diferencia de la telefonía fija local, no constituye una condición necesaria para participar en este mercado como oferente contar con infraestructura local.

1529. En efecto, la característica de las redes troncales utilizadas para prestar este servicio permite la existencia de un mayor grado de competencia en este mercado, en comparación con el de telefonía fija local.

1530. Si bien el tratamiento de esas características se realizará en oportunidad del análisis de la infraestructura de telecomunicaciones en particular, puede adelantarse que las redes troncales requeridas para la prestación del servicio de telefonía larga distancia no requieren un alto grado de capilaridad para llegar a cada cliente, sino sólo una generación de nodos desde donde se desprenden las redes de acceso local. Por esto, es posible encontrar prestando servicios de telefonía larga distancia a otros operadores entrantes con infraestructura propia, además de los operadores incumbentes.

1531. A partir de esto puede comprenderse que los entes reguladores en la mayoría de los países fueran implementado primero una apertura a la competencia en lo que hace a las comunicaciones de larga distancia y recién en segundo término la del servicio de telefonía local.

1532. Existen antecedentes en la jurisprudencia antitrust internacional donde se ha determinado de modo amplio el conjunto de comunicaciones a considerar

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

- 148

FOLIO 11568

dentro del mercado relevante, es decir que todas las comunicaciones de larga distancia, ya sean nacionales o internacionales forman parte de un mismo mercado.

1533. En la Argentina, a partir de la apertura a la competencia de este mercado en el año 1999, los usuarios pueden optar por varios operadores para que le brinden servicios de telefonía de larga distancia por el sistema de presuscripción, independientemente de quién sea el proveedor de la línea telefónica de cada usuario.

1534. Los servicios de telefonía fija de larga distancia pueden ser utilizados a través de tres modalidades: i) a través del mismo operador del SBT, ii) mediante la presuscripción del servicio con uno de los operadores de telecomunicaciones habilitados para brindar servicios de telefonía de larga distancia[57], iii) utilizando los servicios de telefonía tarjetas u otros sistemas prepagos[58].

1535. Así, la regulación existente relativa a este mercado permite que los operadores de larga distancia ofrezcan sus servicios en todo el territorio nacional sin al necesidad de contar con estructura de red en dichas áreas locales[59].

1536. Se observa que desde el punto de vista de la definición del mercado relevante en su dimensión geográfica, no resulta relevante contar con infraestructura local. A su vez, el sistema de presuscripción y de venta prepaga permite al usuario decidir sobre qué operador demandará ese servicio, sin importar si el mismo tiene presencia física (de red) en su área de residencia.

1537. Las ciudades abiertas a la presuscripción son las que tienen más de 5.000 clientes de telefonía fija y cada cliente presuscripto es registrado en una base única de datos que es administrada por un "Administrador Nacional de la Base de

[57] Los clientes de telefonía deben abonar $ 3 al proveedor de la línea telefónica en caso de querer cambiar de operador de telefonía de larga distancia.

[58] Técnicamente también sería posible la selección del operador de larga distancia mediante la marcación de un número que lo identifica. Este le permitiría al usuario definir llamada por llamada con qué operador cursar sus comunicaciones de larga distancia. Sin embargo este tipo de servicio no se ha implementado en la Argentina hasta el momento

[59] Están exceptuados de aportar el listado de clientes a ABD aquellas áreas locales con menos de 5000 clientes, áreas en las cuales operan operadores independientes y donde no prestan servicio las empresas incumbentes.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

11569

Datos (para telefonía de larga distancia)" o ABD.

1538. Es importante destacar que el servicio que el abonado utilizará por defecto, es el que le brinda su compañía de telefonía local, y que la presuscripción trae aparejado el costo de analizar los planes ofrecidos y pagar una segunda factura.

1539. En segundo lugar, existen numerosos oferentes de servicios de telefonía de larga distancia que operan a través de sistemas prepagos, en general mediante tarjetas. Los usuarios deben marcar, previamente el número telefónico al cuál quieren llamar, el número que corresponde a su prestador prepago de larga distancia. Estas llamadas se encuentran pagas desde el momento en que se adquirió la tarjeta, en cuyo cargo se incluye el valor del consumo. En el caso de este tipo de operadores de larga distancia suele haber ofertas diferenciadas por destino o conjunto de destinos.

1540. Finalmente es preciso analizar si los servicios de larga distancia de las prestadoras de telefonía celular son sustitutos antitrust de los de la telefonía fija.

1541. En los últimos dictámenes referidos a este servicio[60] la Comisión consideró al mercado de servicios de larga distancia brindados desde teléfonos fijos, como un mercado en si mismo. Sin embargo, hoy se observa que existen argumentos de peso como para incluir a los servicios de larga distancia brindados por la telefonía celular conjuntamente con los mismos servicios brindados desde líneas fijas.

1542. En primer lugar, el aumento de la teledensidad celular hace que la disponibilidad del servicio sea mayor que la del teléfono en las ocasiones de consumo en las que es factible la sustitución.

1543. En segundo lugar, el argumento de la diferencia de precios que se esgrime para las llamadas locales se diluye significativamente en el caso de las llamadas de larga distancia, ya que los precios regulados, cobrados por las prestadoras históricas dependiendo de la clave de que se trate, se acercan mucho más a las tarifas de larga distancia de ciertos planes de la telefonía celular.

1544. De hecho, existen planes de celular a partir de consumos relativamente

[60] "TELEFÓNICA MÓVILES S.A. y TELEFÓNICA COMUNICACIONES PERSONALES S.A." (Conc 448) y "GLOBAL CROSSING LIMITED, GC CRYSTAL ACQUISITION Y IMPSAT FIBER NETWORKS, INC. S/ NOTIFICACIÓN ARTÍCULO 8º LEY 25.156 (Conc. 621)

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

- 148 -

11570

bajos, que incluyen el beneficio de tarifa plana nacional al mismo valor que las llamadas locales.

1545. Obviamente, las diferencias de precio en las llamadas varían significativamente dependiendo del tipo de servicio que tiene contratado el cliente, estas son significativas en los celulares con tarjeta y los planes con factura de menor consumo y se reducen hasta inclusive ser menos costosas en los planes más caros y/o corporativos.

1546. También hay que tener en cuenta que las llamadas de larga distancia desde teléfonos fijos a móviles deben pagar el CPP, con lo que para ese tipo de llamadas, la ventaja del celular es muy significativa.

1547. Finalmente, a los fines de esta definición se ha tenido en cuenta que el nivel de concentración del mercado no varía de manera suficientemente significativa si se toman sólo los servicios de larga distancia desde teléfonos fijos o si se consideran los fijos y los móviles.

1548. Por todo ello, esta Comisión entiende que los servicios de telefonía de larga distancia brindados desde teléfonos fijos y móviles forman parte de un mercado relevante y que este mercado se encuentra separado de los demás servicios de telefonía fija mencionados anteriormente.

1549. Respecto de la dimensión geográfica, esta Comisión entiende que dado que por el tipo de regulación existente, el acceso a los servicios puede lograrse desde cualquier punto del país (ciudades de más de 5000 hab.) el mercado geográfico relevante es nacional

1550. Esta definición es consistente con la jurisprudencia de la Comisión, la cual no ha sido objetada por ninguna empresa del sector en anteriores Dictámenes, y surge como evidente producto del análisis realizado en el presente Dictamen. A su vez las partes presentaron información en el F1 y F2 definiendo al mercado de Telefonía de larga distancia como un mercado relevante en si mismo. En la contestación ala Resolución CNDC 30/10 ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., INTESA SANPAOLO S.p.A. y MEDIOBANCA S.p.A., afirman que el mercado es local sin agregar evidencia al respecto. Cabe recordar que las partes no han aportado información a lo largo del análisis de concentración relativa a este punto y al resto de los mercados involucrados.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

-148
FOLIO 11571
SECRETARÍA DE COMERCIO
COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

XIII.b.1.1.2. Análisis prospectivo: La conformación de un mercado de servicios convergentes.

1551. La infraestructura de última milla sobre la cual se presta telefonía fija local, y en algunos casos también Internet, es individual para cada abonado e implica un costo hundido de tal magnitud relativa que hasta el momento ha tendido a ser considerada una facilidad esencial. Es decir una infraestructura difícil de replicar económicamente por parte de competidores entrantes.

1552. Cuando se refiere al costo hundido que requiere determinada infraestructura es importante considerarlo en proporción a los ingresos que, en el caso de los servicios de voz residenciales, constituyen un segmento de baja facturación por abonado.

1553. Esta situación, verificada a nivel internacional, refleja la evolución tecnológica del sector telecomunicaciones en más de un sentido y tiene implicancias desde el punto de vista de la competencia.

1554. Cabe mencionar dos aspectos que actúan de manera contraria sobre el ingreso asociado a la infraestructura de última milla. Por un lado la evolución tecnológica ha permitido ofrecer, además del servicio de voz, el servicio de Internet de banda ancha a partir del mismo medio físico.

1555. Por otro lado se ha registrado un proceso de caída del ingreso por abonado a telefonía fija a partir de la expansión del servicio de telefonía móvil.

1556. A su vez, como se mencionará detalladamente más adelante, han surgido competidores vigorosos en el mercado de Internet utilizando otras plataformas sustitutas a las de última milla de las incumbentes (las cuales están en condiciones de ofrecer telefonía, y de hecho han comenzado a hacerlo de manera competitiva)

1557. A modo de ejemplo puede señalarse que en Estados Unidos entre el segundo trimestre de 2007 y 2008, las líneas de telefonía fija residenciales que proveen las empresas de telecomunicaciones cayeron de 97,6 a 87 millones. A su vez, durante ese mismo período los abonados de voz por redes de cableoperadores crecieron 12,2 millones a 17,7 millones[61].

[61] Convergencia Documentos N° 76. Noviembre de 2008.

1558. Así, existen fuertes incentivos económicos por parte de las prestadoras históricas del sector para generar ingresos adicionales mediante la incorporación de nuevos servicios ofrecidos como canasta a partir de la misma plataforma (bucle local).

1559. En este contexto deben considerarse las estrategias desarrolladas por parte de las empresas operadoras del servicio de telefonía fija para conservar el acceso al hogar y los ingresos relacionados a este medio físico, a la vez de incrementar la oferta de servicios convergentes ofrecidos sobre ese medio.

1560. Dentro de esta estrategia la oferta de servicios de video, mediante la oferta de programación lineal y no lineal[62], conforma un paquete que a nivel mundial se denominó de triple play (telefonía fija residencial, Internet residencial, televisión, IPTV (contenidos bajo protocolo de Internet).

1561. La misma información proveniente de Estados Unidos ilustra que los primeros pasos en la oferta de IPTV han dado como resultado que entre junio de 2007 y el mismo mes de 2008 se duplicara la cantidad de abonados llegando a 1,8 millones[63].

1562. La posibilidad de dar estos servicios por parte de las empresas de telecomunicaciones esta limitada en algunos casos, como en Argentina, por barreras legales[64].

1563. No obstante cabe resaltar la tendencia internacional a la reformulación de los marcos legales y regulatorios con vistas a posibilitar la competencia en servicios convergentes[65].

---

[62] Según la OCDE se puede definir IPTV como Audio/texto/datos enviados por tecnología IP con calidad broadcast, provista por programación lineal (el cliente recibe el canal con sus horarios predeterminados, es decir bajo la forma de una grilla televisiva) o programación no lineal (el cliente selecciona contenidos y arma su programación en el momento que este desee), para ser vista por televisión. "IPTV: MARKET DEVELOPMENTS AND REGULATORY TREATMENT". OCDE. 2007.

[63] Téngase en cuenta que el mercado de televisión paga se compone de 64 millones de abonados a cableoperadores y 33 millones de abonados al servicio de televisión satelital hacia mediados de 2008.

[64] Una exposición de estas barreras puede consultarse en el Dictamen de la CNDC N° 637 del 07/12/2007 correspondiente a la concentración entre Cablevisión y Multicanal.

[65] Mayores precisiones sobre estos procesos de revisiones regulatorias pueden consultarse en el documento de la Organization for Economic Cooperation and Development (OECD). Working Party on Communication Infrastructures and Services Policy. IPTV: Market developments and regulatory treatment. December 2007.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

11573

1564. En el caso de la Argentina existe una asimetría evidente en tanto existen oferentes de estos servicios a partir de otras plataformas, como por ejemplo las de cable coaxil de los cableoperadores, que no cuentan con limitaciones regulatorias para incorporar a su oferta original de televisión cerrada el acceso a internet y telefonía residencial.

1565. En el contexto latinoamericano el caso más notorio donde se han levantado las barreras regulatorias existentes es México. Además existe un proyecto de modificación legal en Brasil.

1566. Entretanto, y como estrategia comercial de retención de clientes, los operadores de telecomunicaciones aplicaron en Latinoamérica modelos híbridos de Triple Play, consistentes en brindar los tres servicios combinando más de una plataforma[66].

1567. Estos modelos híbridos dan la pauta que desde el punto de vista de las estrategias empresariales se piensa cada vez más en un negocio integrado por múltiples servicios más que en mercados con demandas independientes de telefonía, Internet y televisión[67].

1568. En el mismo sentido el dictamen Nº 637 de esta Comisión Nacional da cuenta de como están orientadas las inversiones de las compañías incumbentes de telecomunicaciones[68]. Allí se sintetizaron partes de la declaración testimonial del Director de Marco Regulatorio de TELECOM ARGENTINA S.A. Sr. Edmundo Silvio Poggio donde indicó que la compañía se encontraba aumentando la capilaridad de la red de fibra óptica, urbana e interurbana, a los efectos de abastecer a todos los nodos con el ancho de banda necesario para prestar el servicio de Triple Play. Textualmente señaló el testigo: "(...) Las inversiones de

[66] Lo cual puede ser realizado tanto por una única empresa, por ejemplo una incumbente de telecomunicaciones (voz e Internet) que disponga de capacidad satelital propia para ofrecer televisión satelital, o bien mediante alianzas entre empresas que, sin perder su individualidad como tales, ofrecen los tres servicios aportando cada una su plataforma. Este sería el caso de la alianza anunciada en Argentina entre Telefónica y DirecTV para dar una oferta comercial conjunta donde la primera aportaría voz e Internet y la segunda el servicio de televisión mediante una grilla de programación (El Cronista Comercial 23/04/2009).

[67] En Argentina, la implementación de estos modelos está siendo analizada en el marco de un expediente de esta Comisión Nacional, donde se encuentran involucradas las empresas incumbentes.

[68] Dictamen de la CNDC N° 637 del 07/12/2007 (puntos 310 y 311).

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

FOLIO 1574

TELECOM son del orden de 200 millones de dólares anuales. No invertimos para dar un servicio específico puesto que todo lo que cambiamos o mejoramos permite dar nuevos servicios. No invertimos en tecnologías obsoletas. Toda la red que estamos construyendo es para mejorar y ampliar el servicio (...)" [69].

1569. Es importante resaltar, además, que en un escenario de mercados convergentes la competencia se da entre las distintas plataformas con capacidad de acceder a los usuarios finales (principalmente última milla de los operadores de telecomunicaciones y cable coaxil de los cableoperadores) a través de los cuales se ofrecerá al cliente la canasta de servicios.

XIII.b.1.1.3. El proceso de Convergencia y la competencia entre plataformas en la Argentina.

1570. Los servicios de telecomunicaciones y medios audiovisuales se desarrollan en un contexto de integración tecnológica y comercial en torno a un conjunto de servicios. La convergencia permite el crecimiento de nuevas relaciones competitivas entre industrias o mercados que anteriormente no se encontraban relacionados[70].

1571. La convergencia permite ofrecer múltiples servicios desde una misma plataforma y en forma simultánea. Así, las redes de televisión por cable permiten la prestación de servicios como Internet y telefonía (además de la distribución de

[69] Similares comentarios pueden realizarse respecto de Telefónica que planeaba realizar pruebas piloto de transmisión de IPTV en los barrios de Caballito y Recoleta de la Ciudad de Buenos Aires conjuntamente con el proveedor de cables de fibra óptica japonés Furukawa (El Cronista 01/04/2008). Telefónica, además, es oferente efectivo de IPTV en España através de su servicio "Imagenio" (más información puede consultarse en la siguiente página de Internet de la empresa www.telefónica.es/tol/imagenio.html).

[70] Desde un punto de vista amplio, la convergencia es comúnmente vinculada a diversos procesos, los cuales hacen referencia a tres aspectos disímiles: la convergencia en la infraestructura, en equipos y en servicios. Mientras que la convergencia a nivel equipos permite a los usuarios acceder a distintos servicios desde un mismo aparato o terminal aún si son enviados por distintas plataformas, la convergencia a nivel servicios refiere a la tendencia registrada comercialmente hacia la paquetización de los servicios de Internet, voz e imágenes ofrecidas desde plataformas disímiles. Se desprende de suyo que este fenómeno se verifica aún sin que el proceso de convergencia se haya afianzado en su base tecnológica. En el marco del presente análisis se hace referencia, salvo aclaración, a la convergencia en infraestructura.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

señales televisivas). Las redes de telefonía han incursionado en la provisión de Internet de banda ancha, y en distintos países de Europa y América, han avanzado en la prestación de Televisión por Internet (IPTV)[71].

1572. Dada la característica actual de los mercados de televisión paga, Internet y telefonía es posible reconocer dos puntos de partida fundamentales, aunque no excluyentes, que sirven de referencia para evaluar la dirección que asumieron los avances tecnológicos que posibilitan el fenómeno de convergencia vigente y que se orientan hacia la prestación del servicio integrado de Triple Play.

1573. En primer lugar cabe mencionar la plataforma con la que cuentan las empresas de telecomunicaciones, dentro de las que se destacan las operadoras históricas del servicio de telecomunicaciones. Estas empresas cuentan con una estructura anillada de red compuesta de una combinación entre fibra óptica (red troncal de acceso local) y par de cobre trenzado (última milla). Su principal ventaja corresponde a la extensión nacional de la fibra óptica y su gran capilaridad[72].

1574. Por otro lado, los principales operadores de cable cuentan con una plataforma compuesta por una red híbrida de fibra óptica y cable coaxil[73] extendida en los principales núcleos de aglomeración urbana, a partir de la cual cuentan con 4.5 millones de abonados al servicio de televisión paga. A diferencia del acceso del par de cobre, esta plataforma cuenta con la ventaja de acceder a

[71] Existen otros servicios que presentan la característica de acceder a los hogares, y a través de los cuales se podría prestar de manera potencial o parcial los servicios de Telefonía, Internet e Imágenes. Sin embargo, muchos de ellos se encuentran en un escaso grado de madurez como para considerarlos desde el punto de vista tecnológico, y haciendo abstracción de las barreras regulatorias, competidores potenciales inmediatos en la prestación de los servicios integrados de Triple Play

[72] Las incumbentes contaban al 2008, según la información provista por la CNC, con 8.5 millones de líneas en uso a nivel nacional (heredada en su mayoría de la ex empresa de telefonía estatal ENTEL).

[73] Si bien existen distintas tecnologías a través de la cual se realiza la distribución de señales televisivas pagas a los hogares, muchas de ellas no cuentan en la actualidad con la capacidad tecnológica para ofrecer servicios convergentes, o bien cuentan con una capacidad limitada. Así, por ejemplo, la televisión satelital y la terrestre inalámbrica verifica limitaciones a la hora de ofrecer servicios bidireccionales de gran ancho de banda. En el presente dictamen se considera la prestación del servicio de televisión cerrada ofrecida a través de la plataforma de red alámbrica, en su mayoría compuesta por fibra óptica y cable coaxil. Cabe destacar que esta tecnología es la utilizada por la mayoría de los prestadores de servicio de televisión cerrada.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho
148
FOLIO 11576

los hogares con una gran capacidad de ancho de banda[74]. Sin embargo, y a la inversa de las empresas de telecomunicaciones, la extensión de las redes troncales de los cableoperadores es limitada.

1575. Cabe señalar que ambas plataformas enumeradas debieron realizar mejoras tecnológicas para ofrecer los servicios de Internet. en el caso de las telefónicas la digitalización de la línea permitió, entre otras cosas, la sincronización y prestación conjunta de los servicios de Internet banda ancha ADSL y de telefonía fija. En el caso de las cableoperadores fue necesario reconvertir la red, concebida originalmente para realizar broadcasting, en una red bidireccional y así ofrecer los servicios de Internet de banda ancha por cablemodem.

1576. De esta manera los avances tecnológicos permitieron ofrecer a partir de estas redes los servicios de Internet. Para el año 2008 existían más de 3 millones de accesos de banda ancha, de los cuales aproximadamente el 60% correspondían a accesos xDSL y aproximadamente el 30% a accesos por cablemodem, con una gran disparidad geográfica[75] (Ver Convergencia, Atlas y Anuario 2008).

1577. Es importante considerar que desde ambas perspectivas se han realizado importantes avances en los servicios audiovisuales más distantes. En efecto, el servicio de telefonía IP está empezando a ser ofrecido por parte de las empresas de cable. Las empresas de telecomunicaciones han realizado durante el año 2009 pruebas técnicas del servicio de IPTV.

Proceso de Convergencia Tecnológica			
	Mercados		
Empresas	Telefonía	Internet	Imágenes
Cable			
Telefónicas			

1578. Debe observarse que el fenómeno puramente técnico de la convergencia

[74] A modo de comparación, mientras que el cable coaxil puede alcanzar una capacidad de transporte de 800 Mhz, el par de cobre alcanza los 50 Mhz

[75] Las situaciones de competencia son mayores cuando se consideran las grandes ciudades, en comparaciones con las regiones de menor aglomeración y/o rurales

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

se verifica en la posibilidad de ofrecer a partir de la misma plataforma tecnológica los servicios de Voz, Datos e Imagen. En cambio, no debe concluirse de aquí que los servicios de Triple Play se encuentren en plena vigencia para todos los operadores. Para el caso de las empresas telefónicas la oferta de Triple Play incluiría el servicio de IPTV, el cual es un servicio de imágenes prestado al sector residencial bajo determinadas condiciones de calidad de imagen.

1579. En esta instancia se vislumbran escollos a la prestación de los servicios de Triple Play por parte de las telefónicas, uno puramente tecnológico y otro regulatorio[76]. Dentro del primer grupo es importante considerar, en primer lugar, las limitaciones que traen aparejado el acceso a los hogares a través del par de cobre (en lo que refiere al transporte de capacidad necesaria para ofrecer los servicios convergentes).

1580. La tecnología ADSL actual tiene una capacidad aproximada máxima de bajada de 8 Mbps y subida de 256 Kbps en 1.5 - 2 km de distancia de la central[77]. Si la codificación de los tendidos a transmitir por la red se realiza con MPEG-2 un canal de televisión ocupa en promedio 4Mbps, pudiendo transportar cómo máximo hasta 2 canales de definición estándar (Standard Definition - SD) en forma simultánea[78].

1581. Existen tecnologías de compresión más modernas, como ser el MPEG-4 y VC-1, las cuales pueden comprimir un canal de SD a 1.5 Mbps en promedio. Sin embargo, es importante considerar las significativas economías de escala que han alcanzado la producción de decodificadores MPEG-2, en tanto esta tecnología de compresión ha sido utilizada por la industria de telecomunicaciones durante los últimos 15 años[79]

[76] Cabe indicar que la reciente sanción de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual N° 26522 excluye taxativamente la posibilidad de que las empresas de telecomunicaciones participen en el mercado de transmisión de imágenes. No obstante lo cual, y dado que a nivel mundial se observa una tendencia a que se levanten las barreras regulatorias para ofrecer estos servicios por parte de las empresas de telecomunicaciones, se realiza el análisis dinámico de los servicios convergentes haciendo abstracción de la misma.

[77] OCDE, 2007.

[78] Considerando la demanda de un solo televisor relacionado con ese par de cobre.

[79] "MPEG-2 has been the encoding method for digital cable and digital satellite system for about 15 years. The cost of MPEG-2 encoders, wich can be installed in a set–top box or a PC, is thus low due to economies of

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

FOLIO 1578

1582. Por otro lado existe desarrollo en las tecnologías de transmisión, también de la familia xDSL, las cuales incrementan el ancho de banda. Con ADSL2 el ancho de banda máximo aumenta a 12 Mbps, mientras que ADSL2+ se puede triplicar el ancho de banda original, alcanzando la velocidad máxima de 24 Mbps. Ambas tecnologías están aptas en un entorno de los 2 km de la central local, lo cual otorga un radio de cobertura similar a la tecnología ADSL.

1583. En el caso de la tecnología de transmisión VDSL y VDSL2, las cuales incrementan sustancialmente la capacidad de transmisión, tienden a degenerarse de una manera más abrupta. Así, la tecnología VDSL ofrece 52 Mbps de bajada como máximo en un entorno de 0.3 Km mientras que VDSL2 ofrece 100 Mbps como máximo en una distancia no mayor a 0.5 km. Sin embargo, si la distancia supera los 0.5 km el ancho de banda se reduce a la mitad y una vez superado el Km de cobertura la tecnología de transmisión disminuye su capacidad aún por debajo de ADSL2+.

1584. Los países de Europa y Estados Unidos que actualmente se encuentran prestando los servicios de Triple Play al sector residencial siguieron el camino antedicho, el cual consiste en elevar la capacidad de transmisión del par de cobre (upgrading) como una primer etapa; en tanto que a medida que se incrementa la demanda de ancho de banda de los hogares han avanzado en el tendido de fibra óptica.

1585. En resumen, en lo que refiere a la tecnología de acceso, los operadoras pueden orientarse hacia mejorar el par de cobre (mejorando la tecnología de transmisión, pasando de DSL a DSL2+, VDSL1, VDSL2 u otras) o bien reemplazar el cobre total o parcialmente por fibra (FTTH o FTTN).

1586. Lo reseñado hasta aquí cobra relevancia para el análisis prospectivo de las formas que probablemente verificará la competencia en torno a los servicios convergentes en la Argentina.

1587. Así, aún cuando se realicen las mejoras técnicas y regulatorias para

---

scale. However, the compression eficiency of MPEG-2 is not sufficient for twisted copper pair loops, whereas cable systems can send all the video channels using the MPEG2 codec since the bandwith of hybrid fibre coaxial (HFC) can be near 4.5 Gbps. Moving to H.264 typically provides a 40% saving in bandwith over MPEG-2 encoded content, enabling IPTV operators to offer High Definition (HD) service to the home". (OCDE, 2007:8).

ofrecer el servicio de IPTV, las condiciones socioeconómicas y demográficas determinaran la estructura de red a través del cual se proveerán los servicios dentro de cada zona en particular: si realizando un upgrading del par de cobre y/o con un tendido de fibra hasta un nodo o al hogar.

1588. El análisis del grado de competencia que traerá aparejada la convergencia en torno a los servicios de telecomunicaciones y audiovisuales dentro de una región determinada es un análisis específico de relevancia desde la óptica antitrust.

1589. Lo que si resulta de suma importancia señalar en esta instancia es que los cambios tecnológicos han tenido en el pasado y tendrán en el futuro fuertes impactos en el desarrollo competitivo del sector en general y en las redes de acceso a los hogares en particular.

1590. En efecto, mientras que por un lado el incremento en el volumen de información transportado por el mismo soporte físico tiende a disminuir los costos medios del servicio, la existencia de un entorno convergente en los servicios incrementó la valoración que hace el usuario del acceso al hogar.

1591. Cabe mencionar que, dados los importantes costos fijos que significa la duplicación de las facilidades existentes, el acceso local se convierte en un importante cuello de botella para el desarrollo competitivo de los operadores que requieren de estos medios físicos[80].

1592. Cabe esperar que en el futuro la prestación de servicios convergentes traiga aparejada, en una primera instancia, una competencia por el acceso desagregado al par de cobre de los operadores incumbentes (tanto entre las incumbentes como con las entrantes a la prestación de este servicio).

1593. En este contexto cobra relevancia la regulación existente (Dto 764/2000) referida a la obligación por parte de las incumbentes de proveer de manera

[80] En este contexto se comprende porqué las empresas de telecomunicaciones entrantes, las cuales ingresan al mercado de provisión de servicios de telecomunicaciones en un contexto de proliferación de la tecnología digital, han podido avanzar en él sobre la base de orientar su oferta hacia el sector corporativo, el cual en base a las características de su demanda le permitió incurrir en los gastos necesarios para realizar los tendidos de red propios..

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho
148
FOLIO 11580

desagregada el acceso de última milla al costo incremental de largo plazo[81].

1594. A su vez, como fuera mencionado anteriormente, en las áreas de mayor aglomeración y poder adquisitivo, la competencia por la prestación de servicios convergentes puede desarrollarse a través de tendidos de fibra óptica en paralelo al tendido que adopte la incumbente.

1595. En este contexto es que esta Comisión considera como fundamental garantizar el desarrollo competitivo entre los distintos operadores y plataformas (tanto intra como inter plataforma) por mantener y/o acceder con un medio propio o arrendado a los hogares[82].

1596. En resumen, se observa que los mercados de telefonía, televisión paga e Internet tienden a estar cada vez más ligados. Las compañías de cable ofrecen en la actualidad Internet y televisión, y están empezando a ofrecer telefonía IP. Por otro lado, las empresas de telefonía proveen servicios de telefonía, internet y pueden desarrollar la capacidad técnica para proveer servicios de televisión IP.

1597. Esta Comisión considera que el efecto de este proceso de convergencia será incrementar el nivel de competencia de los operadores, y es esperable que ayude a relativizar la característica de facilidad esencial de la última milla dependiendo de las características de la demanda de cada área en particular.

1598. A su vez, cobra mayor relevancia la regulación actual y/o futura, referida a la provisión desagregada del acceso local y tendientes a generar una mayor competencia a partir de la generación de una ecuación de costos e ingresos

[81] A su vez, cabe señalar, la importancia que ha tenido en otros países la regulación referida a la desagregación total del acceso de última milla. Este elemento también deberá ser considerado por el organismo regulador, en base a la experiencia internacional. Para ver la importancia que ha tenido la desagregación total del acceso de última milla de las incumbentes en Francia puede leerse las audiencias testimoniales realizadas a Dr. Henoch Aguiar, especialista en telecomunicaciones, y a Edmundo Poggio, representante de Telecom.

[82] En efecto, si bien el análisis de los mercados muestra que la principal competencia a las incumbentes en los mercados minoristas de telecomunicaciones proviene desde plataformas alternativas, resulta relevante desde el punto de vista *antitrust* la competencia potencial que ofrecen los operadores no incumbentes (y en ocasiones no integradas verticalmente, como los ISP) en el área local del incumbente. Así, la regulación referida a la provisión desagregada de la última milla y el acceso a las facilidades esenciales al costo incremental de largo plazo (estipulado en el Dto. 764/200) resulta de suma importancia para permitir la competencia de proveedores no integrados o no incumebentes dentro de cada área local en particular.

conveniente.

XIII.b.1.1.4. Conclusiones sobre la evolución de un mercado convergente sobre la competencia.

1599. A medida que se incrementa el volumen del negocio que puede ofrecerse al sector residencial, crece la competencia entre operadores por la prestación de estos servicios convergentes, sea desde el bucle de la incumbente o a través de plataformas paralelas.

1600. El desarrollo de las redes de cable coaxil muestra que en la medida que exista una masa critica de servicios por abonado (por lo pronto triple play pero como se anticipa en los países desarrollados puede haber N Play[83]), la condición de facilidad esencial que se le atribuye al bucle local se debilita, y por lo tanto se vuelve más plausible pensar en que las propias prestadoras históricas puedan ser calificadas como competidores potenciales recíprocas en la zona en la que no es incumbente.

1601. Esto naturalmente puede presentarse de manera muy diversa dependiendo de la zona del país que se analice. A este respecto, el experto Henoch Aguiar, citado a audiencia, declaro: "(...) hubo al origen una división de dos regiones, cuando se hizo la apertura de la competencia ambas empresas dominantes y otras entrantes tendieron alrededor de nueve redes de fibra óptica que atraviesan el centro del país y que están en competencia entre sí (...)."

1602. "Esta línea une Buenos Aires, Rosario, Córdoba, San Luis, Mendoza y se va por Chile. Otro tendido atraviesa la cordillera por Neuquén. En ese anillo, las poblaciones aledañas hasta 50 kilómetros puede verificarse competencia en el acceso a banda ancha, servicio que define las telecomunicaciones del futuro.

1603. "En las provincias o ciudades alejadas de esta traza hay una sola red, que es de TELEFÓNICA o de TELECOM. Si se mantuvieran dos empresas

[83] Este concepto engloba un conjunto de opciones entre las que se encuentran la emisión de canales de TV de alta definición (HD) o personal video recorders (PVR) que permiten al usuario grabar un determinado programa con el objetivo de poder verlo en un momento posterior al que fue emitido y, además, poder ser visto mediante otros dispositivos distintos del aparato de televisión, como por ejemplo una computadora personal, un aparato de DVD o un teléfono celular.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

claramente separadas, en algún momento la evolución del mercado llevaría al tendido de redes competidoras. Si un mismo decisor financiero está atrás de ambas no es de esperar que en la próxima década, desde estas empresas, surja la idea de invertir en redes competidoras para estos mercados hoy atendidos monopólicamente para la banda ancha.

1604. "Si esta situación ya hoy genera dos Argentinas, una comunicada a una velocidad de acceso a banda ancha, y otra Argentina claramente por debajo de esos estándares, si esta situación se prolongara o reforzara, el daño en ausencia de servicios de comunicación de calidad a un aproximadamente un 30% de la población argentina podría ser de mucha gravedad".

1605. La opinión precedente permite inferir que en la zona central del país las prestadoras históricas no incumbentes son un competidor potencial, y que en las zonas más alejadas del "anillo" la existencia de dos redes troncales[84] separadas incrementa la desafiabilidad del mercado, a la vez que incentiva la inversión por parte de la prestadora incumbente.

1606. Nuevamente cabe destacar que esta desafiabilidad puede tomar distintas características según la estructura sociodemográfica de las zonas a considerar y, por otro lado, según la forma que asuma la regulación referida a la desagregación de bucle local.

1607. Por todo lo expuesto esta Comisión considera que, sin perjuicio de la diversidad de situaciones competitivas que podrán presentarse en cada área local, las tendencias evidencian la existencia de competencia actual y/o potencial, inter y entre plataformas de acceso a lo hogares, por parte de las operadoras de cable, operadores independientes, entrantes del sector de las telecomunicaciones e incumbentes en todo el territorio.

XIII.b.1.1.5. Evaluación de los efectos de la Operación Notificada.

1608. Dentro de lo que se ha denominado el segmento de "Servicios Minoristas Residenciales", en el apartado anterior se han definido los mercados de telefonía

[84] La estructura de red de los operadores de analiza con mayor detalle en la parte del dictamen dedicado a los servicios mayoristas.

fija local, internet minorista, servicios de larga distancia y el proceso de conformación de un mercado de servicios convergentes. En este punto se analizará la estructura de dichos mercados y se analizarán los efectos de la operación bajo análisis sobre la competencia en los mismos.

XIII.b.1.1.5.1.Mercado de telefonía fija local.

1609. A los fines de la evaluación de los efectos de la operación bajo análisis en este mercado es importante tener en cuenta su dimensión local.

1610. Desde una óptica preliminar, y considerando la distribución nacional de las líneas telefónicas, se observa que las operadores incumbentes concentran la mayor parte de las líneas en las regiones Norte y Sur en las que se dividió al país al momento de la privatización del servicio.

1611. En cada una de las regiones la incumbente detenta por sí aproximadamente el 80% del mercado, siendo minoritaria la participación de una incumbente en la región de la otra.

1612. Como se observa en el cuadro siguiente, la empresa adquirente en última instancia pasaría a tener control sobre el 90% de las líneas en servicio del país.

Cuadro N°1: Líneas en Servicio – Dic 08

Operador	Lineas en Servicio	%
Telefonica	4.505.827	48
Telecom	3.898.559	42
Entrantes	388.526	4
Independientes	520.602	6
TOTAL	**9.313.514**	

Fuente: Elaborado por la CNDC en base a datos de la CNC y a datos presentados por las Partes en el marco del presente expediente.

1613. Esta empresa sería la única que tendría una cobertura nacional tanto en lo que se refiere a redes troncales y enlaces locales como cobertura de última milla.

1614. Desde una óptica antitrust corresponde realizar una mirada de ámbito

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

local, en las cuales se verifican distintas condiciones de competencia entre las operadoras incumbentes según el nivel de superposición de redes dentro de dicho ámbito de cobertura.

1615. Los análisis realizados por esta Comisión verifican tres situaciones diferenciadas, las cuales pueden agruparse bajo la siguiente denominación: el grupo A, con áreas locales de alta competencia, el grupo B, con áreas locales de baja competencia, y el grupo C, con áreas locales sin competencia[85].

1616. La importancia de esta separación refiere a la diferencia entre el análisis estático (situación actual) y dinámico (escenario de mercados convergentes) anteriormente fundamentado en el presente Dictamen: mientras que en las áreas locales del grupo A la operación generaría lesiones graves a la competencia entre operadores en la actualidad, en el resto la operación podrían tener efectos sobre la competencia potencial.

1617. Si bien las partes en su contestación a la Res. CNDC 30/10 afirman que la Comisión ha definido al mercado de telefonía fija local como nacional en su dimensión geográfica, esta Comisión ha considerado y considera en la actualidad que su definición correcta se remite al ámbito local.

1618. Las participaciones de los grupos antes enumerados en el total de líneas se adjunta a continuación:

Cuadro Nº 2: Cantidad de Líneas por Grupo de áreas locales

	Total Líneas*	Participación (%)
Grupo A	77.008	1%
Grupo B	5.625.252	69%
Grupo C	2.426.228	30%
Total	8.128.488	100%

*Incluye las líneas de todos los operadores en áreas locales donde prestan servicio las

[85] Si bien las partes en su contestación a la Res. CNDC 30/10 afirman que la Comisión ha definido al mercado de telefonía fija local como nacional en su dimensión geográfica, esta Comisión ha considerado y considera en la actualidad que su definición correcta se remite al ámbito local.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

incumbentes.

Fuente: elaboración propia en base a información de la CNC. Año 2008.

1619. Se observa que las localidades donde se verifican mayor competencia (Grupo A) son escasas en cantidad y número de líneas dentro del escenario general de la operación. En estas localidades (Cariló, General Madariaga, Necochea, San Clemente, Santa Teresita y San Carlos de Bariloche) quedaría conformado un operador con poder dominante.

1620. En lo que refiere a las localidades incluidas en el Grupo B, su característica principal reside en constituirse en localidades de mayor aglomeración y estar ubicadas de manera cercanas a las bajadas de las redes troncales de los operadores incumbentes[86].

1621. En efecto, cabe resaltar que el Grupo B, que involucra casi el 70% de las líneas fijas refiere a 40 localidades (dentro de las cuales cabe resaltar, entre otras localidades, el AMBA y las capitales provinciales). En cambio, el Grupo C, que representa el 30% de las líneas fijas incluye 2.636 localidades (el 70% de las localidades analizadas)[87].

1622. En el mismo sentido Henoch Aguiar declaró en Audiencia Testimonial que "En cuanto al mercado telefónico, su mercado natural constituyen sus zonas originarias de prestación, zona norte y zona sur de la república argentina, exceptuando las zonas originarias de las 280 cooperativas telefónicas de la Argentina, hoy en funcionamiento."

1623. "En algunas de ellas, porque son una minoría, ha habido tendido de redes

[86] Dentro de este grupo se incluye el AMBA, la cual presenta una situación que cabe resaltar en lo que refiere a la aglomeración urbana, situación socioeconómica y cercanía de redes (entre incumbentes e incluso entrantes). El AMBA cuenta aproximadamente con 3.5 millones de líneas. La situación de competencia en esta área local es similar a la observada a lo largo del territorio nacional; en tanto verifica zonas de alta competencia, zonas de competencia menor y con relevancia para un análisis de competencia potencial, y finalmente zonas donde no se verifica competencia.

[87] Se considero para este análisis solamente las localidades donde se verifica presencia de al menor un operador incumbente. Existen otras 300 localidades que demandan el servicio de telefonía fija donde no

alternativas, en los últimos nueve años, por parte de TELEFÓNICA o TELECOM, pero siendo más del 90% de estas cooperativas tienen menos de cinco mil abonados y están en lugares distantes, no suelen despertar apetito competitivo por parte de otro prestador.

1624. "Es importante subrayar que desde el 2000 hasta la fecha, en que la competencia en telefonía era posible para las dos licenciatarias en la zona del oponente, esta no se ha verificado más que de manera incipiente (...) En telefonía local, durante el año 99, por ejemplo, TELEFÓNICA desarrolló inversiones y tenia capacidad para desarrollar una central telefónica en Tucumán, así como Telecom adquirió capacidades para empezar a brindar servicio y competir en telefonía en Mendoza, con inversiones relativamente importantes en ambos casos, sin que después se halla verificado competencia efectiva".

1625. "Se mantuvo la cultura anterior de respeto de fronteras, salvo en el centro de Buenos Aires, en donde por la dimensión del mercado y una proximidad de redes, era fácil invadirse cruzando cada uno de ellos la Avenida Córdoba, que es la frontera de demarcación".

1626. Esto también es considerado por las partes, en tanto que observan que "en las localidades de mayor población las redes tienden a superponerse más frecuentemente"[88].

1627. De tal manera esta Comisión considera que la operación despierta preocupación desde el punto de vista de la competencia en el mercado de telefonía fija en las localidades donde se evidencia mayor competencia (grupo A).

1628. En lo que refiere a las localidades incluidas en el Grupo B se verían afectadas negativamente las condiciones de competencia potencial. A su vez, el análisis realizado aquí debe complementarse con el de los efectos que tendría la operación sobre la conformación de un mercado convergente para el sector residencial.

1629. Este análisis realizado aquí es coincidente con la presentación realizada por TELEFÓNICA, S.A. en su respuesta a la Res. CNDC 30/10 donde afirma que

están presentes estos operadores y en las que mayormente ofrecen sus servicios los Operadores Independientes.

[88] Ver Presentación de Telefónica en el marco del F2.a fs. 4159/4237.

ambas incumbentes verifican solapamientos de tendidos locales en el 40% de las áreas locales.

XIII.b.1.1.5.2. Mercado de servicios de acceso a Internet.

1630. Según se advierte en los cuadros siguientes, de aprobarse directamente la presente operación se consolidarían en una única entidad dos de los tres principales competidores del servicio de acceso a Internet minorista, dando lugar a un oferente que explicaría la mayor parte del mercado (más del 70% de los abonados) restringiendo considerablemente la competencia. El tercer jugador es el GRUPO CLARÍN S.A. a partir de sus ISP's, Fibertel[89] y PRIMA (31% de la facturación total del mercado y 27,5% de los abonados de banda ancha).

[89] Cabe aclarar que al día de la fecha, esta Comisión toma como competidora a la firma Fibertel en virtud que la Resolución N° 100/10 de la SECRETARÍA DE COMUNICACIONES no se encuentra firme, y por lo tanto es un jugador en el mercado relevante analizado.

Cuadro Nº 3: Participaciones de Mercado de Servicios de Acceso a Internet en términos de facturación.

Servicio de Internet Facturación en millones de $					
	2004	2005	2006	2007	3T2008
Telefónica	$ 116	$ 195	$ 312	$ 463	$ 499
Telecom	n/c	n/c	n/c	n/c	n/c
Cablevisión	n/d	n/d	$ 314	$ 488	n/d
Telecentro	$ 6	$ 8	$ 12	$ 20	n/d
Telecom y Otros	$ 408	$617	$ 487	$ 609	n/d
Total	$ 530	$ 820	$ 1.125	$ 1.580	n/d

	2004	2005	2006	2007	3T2008
Telefónica	22%	24%	28%	29%	n/d
Telecom	n/c	n/c	n/c	n/c	n/c
Cablevisión	n/d	n/d	28%	31%	n/d
Telecentro	1%	1%	1%	1%	n/d
Telecom y Otros	77%	75%	43%	39%	n/d
Total	100%	100%	100%	100%	n/d

Fuente: Información presentada por las Partes en el marco del presente expediente.

Cuadro Nº 4: Participaciones de Mercado de Servicios de Acceso a Internet en términos de cantidad de clientes.

Servicio de Internet Cantidad de clientes de Internet a nivel nacional, en miles					
	2.004	2.005	2.006	2.007	3T2008
Telefónica (Speedy)	298	419	617	885	1.093
Telecom (Arnet)	280	351	552	866	1.044

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

FOLIO 11589

Otros	412	533	608	635	845
Total	990	1.303	1.777	2.386	2.982

	2.004	2.005	2.006	2.007	3T2008
Telefónica	30%	32%	35%	37%	37%
Telecom	28%	27%	31%	36%	35%
Otros	42%	41%	24%	27%	28%
Total	100%	100%	100%	100%	100%

Fuente: Información presentada por las Partes en el marco del presente expediente.

1631. Por su parte, según la información recabada de la publicación de Convergencia, es posible notar, además, que este mercado ha sufrido durante los últimos años un proceso de concentración en el cual tanto Speedy de Telefónica como Arnet de Telecom han incrementado en forma notoria sus respectivas participaciones.

Cuadro Nº 5: Participaciones de Mercado de Servicios de Acceso a Internet en términos de accesos de banda ancha por ISP.

Market share de acceso a Internet de banda ancha por ISP		
	Septiembre de 2008	
Operador	Cantidad de accesos	%
Speedy (Telefónica)	997.534	31,0
Arnet (Telecom)	910.652	28,3
Fibertel	537.381	16,7
Prima	347.528	10,8
Otros	424.756	13,2
Total	**3.217.851**	**100**

Fuente: Atlas y Anuario. Año 2008. Convergencia Telemática.

1632. En efecto, según, la información consignada en el Dictamen de la CNDC

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

N° 417 en el año 2003 los ISP's de Telefónica y Telecom explicaban el 15% y el 11,5% del mercado respectivamente, mientras que según se aprecia en el cuadro precedente para 2008 habían más que duplicado su participación.

1633. En forma correlativa el conjunto de ISP's independientes explicaban en 2003 el 38%, mientras que en la actualidad esa franja de competidores se ha reducido en forma notoria hasta, en una hipótesis de máxima y que subestima el impacto real, un nivel del 13% (rubro "Otros" del cuadro).

1634. Por todo lo indicado los efectos horizontales de la operación en este mercado resultan preocupantes desde el punto de vista de la competencia.

1635. A su vez, cuando se desarrolle el análisis de los mercados mayoristas, se analizaran los riesgos verticales que surgen de la integración de los dos principales ISP con los dos principales oferentes del acceso mayorista a Internet.

XIII.b.1.1.5.2.1. Relación vertical entre el acceso de última milla y el servicio de acceso a Internet minorista.

1636. Como fuera mencionado en la introducción al análisis de los servicios minoristas residenciales, la regulación argentina establece la obligación por parte de Telefónica y Telecom (incumbentes con poder dominante en sus respectivas áreas históricas) de proveer acceso a la última milla para que operadores independientes puedan ofrecer servicios a los usuarios residenciales, como por ejemplo el de Internet.

1637. Esta modalidad, que permitió a distintos operadores ofrecer el servicio de Internet como ISP con o sin infraestructura propia en las áreas locales (pero arrendando el acceso de última milla), tuvo una importante difusión desde los inicios de este servicio y hasta mediados de la década pasada.

1638. Este servicio constaba de la conectividad a la red pública de Internet más los servicios de valor agregado asociados, como ser la administración de las casillas de correo y sus capacidades, help desk, etc. Para prestar este servicio al usuario final el ISP necesitaba contar con los enlaces desde la central local hasta su servidor, y de este al acceso a la red mayorista de Internet.

1639. Los medios utilizados por los ISP para enlazar las centrales locales con el servidor propio de la empresa, a través del cual administra las cuentas y los

ESCORIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

FOLIO 11591

servicios ofrecidos a los clientes; los tendidos pueden ser propios de la empresa o bien pueden arrendarse al operador incumbente[90].

1640. Para obtener conectividad a la red de Internet pública, los ISP se proveen de acceso mayorista a Internet adquiriendo el tráfico internacional a distintos operadores (Telecom, Telefónica, Telmex, Impsat, Global Crossing, o con tendidos propios hasta algún acceso internacional y luego con otros operadores de ese nivel). El tráfico nacional, en cambio, era provisto hasta el 2004 a través del NAP de CABASE, donde todos los operadores realizaban el intercambio gratuito de tráfico[91].

1641. Así en el caso de un ISP sin infraestructura requiere de arrendar, además del par de cobre, los enlaces (que pueden ser dentro de un área local y/o de larga distancia) y el acceso a la red de Internet (tráfico nacional e internacional).

1642. En este contexto es que las empresas lanzaron una modalidad comercial denominada comúnmente FULL, la cual consiste en la provisión de todos los servicios de infraestructura antes mencionados de manera conjunta. En este caso el operador histórico le provee al ISP, además del arrendamiento del bucle local, la comunicación del usuario de Internet del ISP con el servidor de éste y el acceso a la red pública de Internet a través de la infraestructura del incumbente.

1643. Considerando la provisión de infraestructura que realiza el operador en uno y otro servicio comercial, surge como evidentes que el servicio comercial FULL involucra mayores costos. Sin embargo la evolución del mercado ha evidenciado que el margen de ganancia del servicio FULL ha resultado ser más importante, sobre todo para los ISP de menor escala[92].

1644. Finalmente cabe considerar que el poder dominante de las operadoras incumbentes no sólo refiere al acceso local, sino también al resto de los servicios

[90] El desarrollo de un tendido propio para un ISP solamente es justificable a partir de la acumulación de un volumen de tráfico critico.

[91] Como se analizará posteriormente, Telefónica y Telecom se retiraron del NAP de CABASE en el 2004 en tanto a partir de esa fecha comenzaron a ofrecer comercialmente el servicio de acceso mayorista de Internet al resto de los operadores.

[92] Esta consideración cobra mayor validez aún a partir del 2004, cuando las incumbentes comenzaron a cobrar por el acceso a Internet, incrementando los costos para la prestación de servicios de los ISP independientes.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

mayoristas que deben arrendar los ISP en las distintas modalidades comerciales antes enumeradas, a saber: el acceso local, redes transporte y acceso a la red pública de Internet.

1645. De aprobarse la operación, este poder de mercado se vería incrementado sensiblemente en todos los mercados mayoristas. Si bien este análisis se realizará con posterioridad, las empresas incumbentes controlarían el 70% del tráfico a nivel nacional, el 60% del tráfico en las rutas de transporte de larga distancia de mayor competencia (en otras zonas la concentración sería aún mayor, incluyendo casos que implicarían la formación de un monopolio) y un proveedor de acceso mayorista a Internet a nivel nacional con capacidad no replicable por otros competidores de ofrecer acceso a la red pública de Internet, en base a la concentración de tráfico y contenido nacional de Internet[93].

1646. Así en este contexto la posibilidad de un ISP de desarrollarse bajo una modalidad distinta a la FULL queda prácticamente cercenada. A su vez, como se analizó en el apartado anterior, los ISP independientes han mermado sensiblemente su participación en los últimos años; a la vez que ha incrementado la correspondiente a las empresas incumbentes.

1647. Dado que el ISP independiente compite en el precio final con el operador incumbente, existiendo un techo a la posibilidad de mover los precios finales, y considerando que la estructura de costos esta determinada por el precio que cobran las incumbentes por utilizar sus servicios (transporte, acceso local, acceso mayorista a internet), el margen de ganancia quedaría controlado por un operador que, de aprobarse esta operación de concentración, tendría poder dominante en todos los mercados mayoristas antes enumerados.

1648. Cabe indicar que, a diferencia de lo que sucede con los precios de interconexión regulados a través del 764/200 para el servicio de telefonía básica, el arrendamiento de la red del operador no esta regulado. Dado lo cual, los operadores independientes se enfrentarían a la posibilidad cierta y racional de la aplicación de un squezze y posterior exclusión del mercado por parte de la empresa concentrada.

1649. A su vez, cabe señalar, en base a los argumentos señalados, que el

[93] Cabe destacar que ninguno de estos mercados de interconexión de redes se encuentra regulado.

ESCRIBANIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho
148
FOLIO 11593

análisis realizado aquí requiere complementarse con el que se realizará una vez presentados los mercados mayoristas involucrados en la presente operación.

XIII.b.1.1.5.3. Mercado de Larga Distancia Nacional e Internacional.

1650. A los fines de medición de las participaciones de las empresas involucradas y sus competidores en el mercado de larga distancia, dada la información disponible, se ha tomado como indicador:el número de llamadas salientes cursadas en el mes de diciembre de 2008 para el servicio de larga distancia nacional y la cantidad de minutos salientes para el mismo periodo para el servicio de larga distancia internacional.

1651. Es importante destacar que la participación de las empresas adquiridas podría estar subestimada entre un 3 y un 4% en ambos segmentos, debido a que la participación de Telecom Personal no fue computada en el cálculo por carecerse de la misma (las partes no aportaron la información requerida).

1652. En los cuadros que siguen se observa la estructura del mercado y las participaciones de las empresas involucradas en el mismo.

Cuadro Nº 6: Llamadas Interurbanas por Operador – Dic 08'

EMPRESA	LLAMADAS	%
CTI MOVIL	111.364.510	33%
TELEFONICA	**98.744.049**	**29%**
TELECOM	**85.175.848**	**25%**
MOVISTAR	**13.001.502**	**4%**
TELMEX	11.617.398	3%
IPLAN	10.682.940	3%
COMSAT	2.406.771	1%
IMPSAT	1.800.735	1%
SKY ONLINE	592.163	0%
TELEPHONE 2	466.149	0%
TELECENTRO S.A.	205.869	0%
TOTAL	336.057.934	

Fuente: CNC

Cuadro Nº 7: Llamadas Internacionales Salientes – Dic 08'

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

EMPRESA	MIN SALIDA	
TELECOM	25.186.885	33%
TELEFONICA	25.025.666	32%
IPLAN	7.230.846	9%
CTI MOVIL	5.802.798	7%
IMPSAT	4.349.126	6%
MOVISTAR	4.150.478	5%
TELMEX	3.089.001	4%
COMSAT	881.178	1%
TELECENTRO S.A.	777.203	1%
TELEPHONE 2	709.171	1%
SKY ONLINE	244.096	0%
TOTAL	77.446.448	

Fuente: CNC

1653. Como se observa en los cuadros, entre Telefónica, Telecom y sus compañías de telefonía celular concentran aproximadamente más del 60% del mercado tanto en llamadas interurbanas y 70% de las internacionales.

1654. El análisis pre-adquisición muestra tres grupos fuertes: Telefónica, Telecom y Telmex-AMX, y un grupo de operadores mucho más pequeños.

1655. Luego de la operación bajo análisis, quedaría un mercado muy concentrado, con un líder que ostentaría más del 60% del mismo, seguido muy lejos de ese nivel de participación.

1656. El escenario es aún mucho más concentrado si sólo se consideraran las llamadas de teléfonos fijos, como claramente puede observarse en los cuadros anteriores.

1657. A similares conclusiones se llega observando las presuscripciones acumuladas en el cuadro que sigue.

Cuadro Nº 8: Presuscripciones Acumuladas a Jun 09[94]

[94]Son las presuscripciones acumuladas desde el 1/1/2006 hasta el 30/06/2009. Este implica que algunas de ellas pueden haber sido canceladas o cambiadas, y que podrían ser menos.

Empresa	Presuscripciones	
TELECOM	**1.490.481**	**16%**
TELMEX	1.323.893	14%
TELEFONICA DE ARGENTINA	**1.044.594**	**11%**
MOVISTAR	**426.210**	**5%**
Convergia	243.898	3%
Telephone2	21.126	0%
Global Crossing	1.329	0%
Telviso	278	0%
Comsat	260	0%
Netizen	91	0%
CTI	28	0%
MetroRed	-	
Iplan	-	
Total Lineas con Presuscripcion	**4.551.786**	**49%**
Lineas sin Presuscripcion	**4.761.728**	**51%**
TOTAL LINEAS	**9.313.514**	

Fuente: CNC

1658. En efecto, como surge del cuadro, sólo el 17% de las líneas en servicio se encuentran presuscriptas a terceros operadores diferentes de TELECOM y TELEFÓNICA. El 83% restante, o no tienen presuscripción, o han presuscripto a la otra prestadora histórica.

1659. Ello da cuenta de que la verdadera competencia en el sistema de presuscripción, y con ella, los descuentos y otros beneficios recibidos por el cliente, se establece principalmente entre las dos prestadoras.

1660. Adicionalmente hay que considerar que los demás operadores son mucho mas pequeños, no tienen cobertura en todo el país, con lo que para poder ofrecer el servicio deben arrendarle enlaces Telefónica y Telecom y deben vencer la inercia negativa y los altos costos de transacción que caracterizan al modelo de presuscripción.

1661. Como se ha señalado, el servicio de larga distancia desde teléfonos celulares puede ser una alternativa para aquellos clientes celulares que cuentan con planes corporativos o de alta gama, pero el 70% de las líneas móviles operan bajo el sistema prepago, y no cuenta con los beneficios del otro segmento para las llamadas interurbanas e internacionales.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

1662. Las tarifas máximas de las llamadas interurbanas e internacionales están regulados por el Estado en la "Estructura General de Tarifas" vigente, sin embargo tanto las prestadoras históricas como las entrantes ofrecen planes de descuentos comprando paquetes de minutos u otras modalidades, de lo que se infiere que los precios de mercado son inferiores a los precios regulados.

1663. Por todo ello esta Comisión entiende que la operación bajo análisis despierta preocupaciones en este mercado desde el punto de vista de la competencia.

XIII.b.1.1.5.4. Efectos asociados a la conformación de un mercado convergente de servicios residenciales.

1664. Si bien las líneas de telefonía fija local y muchos de los servicios prestados utilizando las mismas como insumo son servicios regulados por precios máximos para las incumbentes, Telefónica y Telecom, los servicios más relevantes en lo que refiere a la proyección del negocio (Internet y los futuros servicios de IPTV) no lo están.

1665. Con vistas a la conformación del mercado de servicios convergentes aprobar la operación aquí analizada sin condicionamiento alguno implicaría suprimir un competidor potencial en dicho mercado.

1666. En efecto, tanto Telefónica como Telecom cuentan con la estructura adecuada para avanzar en la provisión de servicios de IPTV que les permitirá competir con los servicios de televisión cerrada ofrecido por los operadores de cable.

1667. Como se detallará posteriormente, estos dos operadores conforman de manera separada una estructura de red troncal de cobertura nacional con accesos locales principalmente en sus zonas históricas de incumbencia, a través del cual estarían en condiciones técnicas de ofrecer este servicio de manera competitiva.

1668. En definitiva la operación bajo análisis traería aparejada concentración de los dos principales competidores en la prestación de los servicios convergentes en general, y de IPTV en particular.

1669. El efecto sobre la competencia potencial se verificaría, en primer lugar, en las áreas locales de mayor aglomeración y rentabilidad potencial. Cabe destacar

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

que en muchas de estas áreas locales se verifican en la actualidad tendidos en competencia, lo cual se desprende del análisis realizado en los efectos de la operación en el mercado de telefonía fija local[95].

1670. Como se examinará en el capitulo de barreras a la entrada, de aprobarse sin codicionamiento alguno la operación el control del 90% de las líneas, sumado a las redes troncales y enlaces locales constituye una barrera muy significativa al ingreso de nuevos competidores. Esto determina que el mercado quede no sólo fuertemente concentrado, sino difícilmente desafiable, especialmente en las áreas menos densas

XIII.b.1.2. Servicios Minoristas Corporativos.

1671. Este mercado comprende a una amplia gama de servicios de comunicaciones a empresas que presentan la características distintiva de demandar un conjunto de servicios y/o capacidad de manera conjunta, modificando sustancialmente las condiciones de competencia que fueron analizadas en el servicio minorista residencial.

1672. Dadas estas características, las empresas entrantes al sector han orientando su oferta hacia este segmento de la demanda. Como resultado se evidencia un mercado con mejores condiciones de competencia.

1673. El sector corporativo demanda, entre otros servicios los de transmisión de voz y datos punto a punto con o sin salida a la RPTN, tanto a través de redes privadas (virtuales o no) como Internet. Dichos servicios pueden brindarse a través de tecnologías IP o a través de otras tecnologías (ATM, Frame Relay, etc.).

1674. Dada la presencia de economías de alcance en su provisión, son varias las prestaciones que pueden darse a los clientes dentro de este servicio como, por ejemplo, telefonía, Internet y datos propiamente dichos.

1675. Cuando el servicio demandado incluye el servicio de telefonía, la empresa

[95] Los cuales fueron incluidos dentro del grupo B. . Este análisis se complementará con el que se realizará posteriormente en el mercado de accesos locales

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

deberá procurarse la salida a la Red Pública y los convenios respectivos de interconexión.

1676. Cuando requiere de acceso a Internet, el operador debe contar con acceso a la rede de redes (Internet pública) y acondicionar los routeadores a tal requerimiento.

1677. Finalmente los servicios de transmisión de datos son usualmente requeridos por empresas con el fin de vincular puntos dispersos geográficamente o para conectar varias computadoras entre sí.

1678. En ocasiones, cuando se demanda este servicio, la empresa busca establecer una red cerrada sin salida a la red pública de telefonía y/o a la de Internet.

1679. En este mercado los vínculos se realizan a través de una red constituida por el transporte y el acceso. Dada la magnitud de la información generalmente demandados por el sector, usualmente se realizan tendidos de fibra óptica como red de acceso.

1680. Si el servicio demandado se cursa a través de la red de transporte del operador, el acceso tendido se conecta a los nodos de distribución local los cuales se interconectan al Backbone del operador[96].

1681. En este caso, el operador puede conformar en el Backbone una Red Privada Virtual o bien puede cursar la información a través del circuito de Internet. La diferencia entre las distintas modalidades del servicio refiere al nivel de seguridad y control del operador, y de la empresa, sobre la información que discurre por la red.

1682. Este servicio apunta a un segmento particular de la demanda, debido a su menor capacidad y menor seguridad en la transmisión de la información derivadas del sistema utilizado para conformar tal red privada.

1683. En este caso, la configuración de la red se hace directamente sobre Internet a través de un programa (software) que permite introducir especificaciones en las conexiones individuales a Internet de cada integrante de la

[96] Si bien posteriormente será analizado con mayor grado de detenimiento, cabe aclarar que el Backbone de un operador está compuesto las redes de fibra óptica troncales y enlaces locales a través de los cuales se realiza la distribución del tráfico.

ESCORIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

- 148

FOLIO 1593

red de modo tal de conformar un grupo cerrado.

1684. En este caso, la capacidad máxima de transmisión de los datos está acotada por la evolución del ancho de banda que puedan tener las conexiones individuales a Internet, en caso que no exista un acceso dedicado.

1685. Cabe resaltar que dadas las características del sector de telecomunicaciones, donde las redes de los distintos operadores compiten y se complementan según la zona y el servicio ofrecido; un empresa puede competir con otra por un cliente ubicado en una zona determinada y requerir complementar su red arrendando infraestructura en otra zona.

1686. Así, tanto en lo que refiere a las condiciones de oferta como de demanda, las redes de mayor cobertura tiene ventajas competitivas con respecto a las redes de menor cobertura. Esta aclaración es válida tanto para los servicios de transmisión de datos, como también para Internet y telefonía corporativo.

1687. En efecto, dado que la seguridad es un atributo que consideran las empresas a la hora de demandar este servicio, la extensión geográfica de la red será un atributo competitivo a considerar.

1688. Otra variante del servicio analizado aquí son los accesos dedicados a Internet. Este servicio se constituye en un tendido, generalmente de fibra óptica, que interconecta la empresa al nodo más cercano del Backbone del operador; con la finalidad de acceder en forma rápida y segura a Internet.

1689. Dentro del sector corporativo que demanda este tipo de servicios, cabe destacar el caso de los Data Center, en tanto constituyen un mercado alcanzado por la presente operación se considera involucrado.

1690. A diferencia de la provisión de infraestructura, el servicio de transmisión de datos involucra no sólo al medio físico (alámbrico o inalámbrico) a través del cual se transporta la información sino también su gestión, control y administración, de modo que el prestador le brinde al cliente un producto acabado.

1691. Esto se refleja en la indiferencia por parte del cliente respecto de cuáles son los medios de transmisión y la tecnología con que se opere, o de cómo es el flujo y el procesamiento de los datos dentro de la red, en contraste con su interés por la calidad final de las prestaciones acordadas.

1692. Entre los oferentes de este se encuentran los operadores de telecomunicaciones que cuentan con Backbone propio. En algunos casos,

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

dependiendo del tipo de servicio demandado por la empresa, se suman empresas proveedoras de acceso a Internet (ISP's), dado que en ocasiones no es necesario disponer de infraestructura adicional a la que cuentan para dar sus servicios.

1693. Sin embargo, como se señaló anteriormente, la seguridad que pueden ofrecer los operadores que ofrecen este servicio a través de su red no puede ser replicada por un operador sin infraestructura.

1694. La provisión de estos servicios implica, entonces, la existencia de una red física, alámbrica o inalámbrica, que vincule los puntos que un cliente quiere interconectar.

1695. En resumen los proveedores de los servicios de telecomunicaciones al sector corporativo prestan los servicios a través de la instalación de una red o a través de vínculos físicos arrendados a otro operador de telecomunicaciones o a cualquier proveedor de este tipo de infraestructura (provisión de enlaces).

XIII.b.1.2.1. Definición del Mercado Relevante.

1696. A los fines de la definición del mercado relevante del producto, es evidente que por el tipo de usuario, la amplitud de la gama, la complejidad y el nivel de prestaciones requeridos, por el lado de la demanda, los servicios corporativos son un mercado relevante distinto a los servicios de telefonía y acceso a Internet residenciales.

1697. El arrendamiento de enlaces podría constituirse en una alternativa válida al servicio de transmisión de datos en situaciones en las que la capacidad de transmisión requerida es importante y en las que la necesidad de transmisión entre determinados puntos se presenta con alta recurrencia.

1698. Sin embargo, en concordancia con la jurisprudencia generada por esta CNDC[97] se ha optado por considerar a los servicios de transmisión de datos y a la provisión de enlaces (capacidad) como dos mercados relevantes diferentes fundamentalmente porque las empresas de telecomunicaciones demandan los enlaces en carácter de insumo para prestar estos servicios y, como se verá en la

[97] CNDC, dictamen Nº 417 del 22/12/2004 "BELLSOUTH CORPORATION y TELEFÓNICA MÓVILES S.A." (Conc. 448).

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

-148

11601

definición del mercado de provisión de enlaces locales, esta es la parte fundamental de la demanda de capacidad de transmisión.

1699. Desde el lado de la oferta, este mercado se diferencia también de los mercados de servicios residenciales en que existen algunos actores adicionales especializados, prácticamente ausentes en los mercados de servicios residenciales, donde el negocio por abonado no es todavía lo suficientemente atractivo como para que se justifique la ampliación de las redes (y en particular la última milla).

1700. En cuanto a la definición del mercado geográfico, si bien la demanda puede ser local, desde el lado de la oferta es razonable considerar al mercado como nacional, teniendo en cuenta que la existencia de un tendido de red propia en cada localización específica no es totalmente determinante para la atención de un cliente.

1701. A su vez, las redes a través de las cuales se realiza el transporte de la información suelen alcanzar dimensiones superiores a las áreas locales, con tendencia a abarcar crecientemente todo el territorio nacional.

1702. Cabe destacar que la modalidad de contratación del servicio (generalmente licitaciones o similares) y el tipo de cliente al que los servicios en cuestión están dirigidos (segmento corporativo) puede justificar el tendido o el arrendamiento de redes (alámbricas o inalámbricas) y de enlaces para cada cliente en particular independientemente del lugar donde se demande el servicio.

1703. Por lo tanto, ante un aumento del precio en alguna región determinada, los oferentes que prestan el servicio en otras regiones podrán establecerse con relativa facilidad y rapidez.

1704. Por todo lo expuesto, esta Comisión Nacional considera que los "Servicios Corporativos de voz, datos e Internet" conforman un mercado relevante en si mismo para el análisis de la presente operación, y que el mismo tiene una dimensión geográfica de alcance nacional.

1705. Cabe destacar que las presentaciones realizadas en el F1 y F2 de las actuaciones muestran conformidad con la definición de esta Comisión. Así también, las respuestas a la Resolución CDNC 30/10 no han ni la definición ni el análisis de los efectos en el presente mercado.

XIII.b.1.2.2. Evaluación de los efectos de la Operación en el Mercado.

1706. A los fines de la evaluación de los efectos de la operación en este mercado, se consideraron los datos de participación de mercado señalados en la Concentración 621 caratulado "GLOBAL CROSSING LIMITED, GC CRYSTAL ACQUISITION Y IMPSAT FIBER NETWORKS, INC. S/ NOTIFICACIÓN ARTICULO 8º LEY 25.156".

1707. El mercado de servicios corporativos muestra una mayor rivalidad que los mercados de servicios residenciales. Sin embargo, como se observa en el cuadro siguiente, las firmas TELEFÓNICA DE ARGENTINA S.A. y TELECOM ARGENTINA S.A., gozan de una posición de liderazgo en el mercado, mientras que la participación de las fusionadas IMPSAT S.A. y GC Argentina S.A. esta en el orden del 16%, y más abajo se encuentra la empresa TELMEX. .

Cuadro Nº 9: Participaciones de mercado

Proveedor	Facturación (Mill de pesos)		Market share	
	2005	2006	2005	2006
Telefónica	289,8	381,3	28,2%	30,7%
Telecom	268,1	331,3	26,1%	26,7%
Impsat	188,1	186,2	18,3%	15,0%
Telmex	129,9	144,9	12,6%	11,7%
COMSAT	24,3	27,3	2,4%	2,2%
GC SAC	9,7	11	0,9%	0,9%
Otros	117,6	160,2	11,4%	12,9%
Total	1027,5	1242,2	100,0%	100,0%

Fuente: CNDC Expte. N° SO1: 0077292/2007 (Conc. 621)

1708. Por lo tanto, la operación bajo análisis traería aparejada una concentración que como se señaló llevaría a las notificantes a una participación superior al 57% en este mercado.

1709. Es importante aclarar además que aun cuando el mercado se defina como nacional, la competencia y la disponibilidad del servicio no es homogénea en todo

el territorio. Como surge de la audiencia con el representante de Global Crossing, la red de fibra de esa empresa sólo alcanza la zona central del país, incluyendo las ciudades de Buenos Aires, Rosario, Santa Fe, Córdoba, San Luis, Mendoza y localidades intermedias, y dentro de las localidades mencionadas la cobertura no es total. De manera similar sucede con las redes de TELMEX y de los otros entrantes, por ello esta Comisión advierte que la competencia puede ser sólo entre las telefónicas en vastas regiones del país.

1710. El propio representante de GC Argentina S.A. mencionó en la citada audiencia que la competencia está determinada en cada enlace o área local por la disponibilidad de infraestructura. Dicho esto, se entiende que el análisis realizado aquí debe complementarse con el correspondiente a la estructura de mercado resultante de la operación en los mercados de provisión de infraestructura mayorista. Sin perjuicio de lo indicado esta Comisión Nacional entiende que los efectos horizontales de la presente operación en este mercado resultan preocupantes desde el punto de vista de la competencia.

XIII.b.1.3. Servicios de Telefonía Pública

1711. Las empresas involucradas prestan el servicio de telefonía pública bajo distintas modalidades:

a. Teléfonos Públicos de Interior (TPI). Teléfonos instalados en lugares cerrados, de circulación masiva de público.
b. Servicio semipúblico social (SSPS)
c. Teléfonos en la vía pública
d. Locutorios de titularidad ajena (LTA): Centros privados de telecomunicaciones, cuyo titular es un particular ajeno a las empresas telefónicas, que asume la inversión y al cual estas le provee las líneas cobrando por ello un cargo de instalación equivalente al de una línea de servicio básico de categoría comercial.
e. Servicio de Cabinas: cabinas telefónicas dentro de un negocio

1712. El régimen legal aplicable al servicio de telefonía pública es el establecido en el Reglamento de Telefonía Pública y el Plan Nacional de Licencias del Servicio de Telefonía Pública, aprobados por Resolución 1122/98 de la Secretaría de Comunicaciones de la Nación.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

- 148

FOLIO 11604

XIII.b.1.3.1. Definición del Mercado Relevante del Producto

1713. La demanda de los servicios de telefonía pública esta determinada por aquellos consumidores que por alguna razón no tienen un teléfono o un acceso a Internet residencial o comercial a su alcance y por lo tanto deben recurrir a un teléfono en la vía pública o a un locutorio para comunicarse. Por esta razón y por las diferencias en los precios de los servicios, esta Comisión entiende que la telefonía básica no constituye un sustituto de estos servicios, los cuales se ofrecen dentro de un mercado relevante en si mismo.

1714. El mercado geográfico desde el punto de vista de la demanda es claramente local, sin embargo, habida cuenta de las posibilidades de sustitución desde el lado de la oferta, esta Comisión considera al mercado geográfico de estos servicios como de alcance nacional.

1715. En efecto, el Decreto 764/2000 que regula la actividad posibilita que proveedores del servicio de telefonía pública presten este servicio arrendando el acceso a las facilidades esenciales de la incumbente a precios regulados.

1716. Esta definición del mercado en su dimensión geográfica es consistente con la realizada para el mercado de acceso a Internet minorista, en tanto ambas definiciones encuentran "fundamento en que se estima que, ante un aumento de precios en un área determinada de menor extensión a la nacional, los prestadores actuantes en otras regiones podrían establecerse en el área donde se produjo el aumento sin costos significativos y en un plazo relativamente corto, mediante el arrendamiento de los recursos de infraestructura necesaria en caso de no poseerla"[98].

1717. Esta definición de mercado realizada por la Comisión Nacional en el presente Dictamen es coincidente con la información aportada por las partes en el F1 y F2. Por otro lado cabe indicar que las partes no han aportado información que controvierta esta definición de mercado a partir de las presentaciones realizadas producto de la Resolución CNDC 30/10.

[98] Ver Dictamen N° 417. (Conc. 448)..

XIII.b.1.3.2. Evaluación de los efectos de la operación

1718. Para evaluar el impacto de la operación notificada, en el cuadro que sigue se analiza la cantidad de líneas en servicio, tanto para la modalidad "vía pública" como para las distintas variantes de locutorios a nivel nacional.

Cuadro Nº 10: Cantidad de líneas de telefonía pública por operador – Dic. 08'

PRESTADOR	LOCUTORIO	VIA PUBL	TOTAL	%
TELEFONICA DE ARGENTINA S.A.	43.061	60.733	103.794	58,7
TELECOM ARGENTINA STET FRANCE TELECOM S.A.	29.248	23.848	53.096	30,1
CÍA. DE TELEFONOS DEL PLATA S.A. (Telefónica de Arg.S.A.)	0	7.246	7.246	4,1
NSS S.A.	1.884	0	1.884	1,1
IMPSAT S.A.	1.334	0	1.334	0,8
COOPERATIVAS	5.268	3.112	8.380	4,7
MUNICIPALIDADES / COMUNAS	256	53	309	0,2
OTROS	635	12	647	0,4
TOTAL GENERAL	81.686	95.004	176.690	100,0

Fuente: Elaboración Propia en base a cifras de la CNC

1719. Como se advierte en el cuadro precedente, de aprobarse la presente operación, las concentradas pasarían a controlar 92% del mercado de telefonía pública del país.

1720. Se observa asimismo que, mientras el grupo resultante tendría fuerte presencia a nivel nacional, los demás competidores tienen cobertura más limitada y en el caso específico de las cooperativas telefónicas, estas sólo brindan el servicio en sus respectivas áreas locales.

1721. Debe tenerse en cuenta adicionalmente que las empresas telefónicas cuentan, no sólo con la mayor red de locutorios y teléfonos de vía publica del país, sino con el control de la infraestructura de última milla necesaria para la operación de este negocio.

1722. Por tanto, esta Comisión Nacional advierte que como consecuencia de la operación bajo análisis, la misma genera riesgos desde el punto de vista de la competencia.

XIII.b.1.4. Análisis de la relación vertical entre la provisión de líneas telefónicas y los servicios de telefonía pública.

1723. Uno de los efectos verticales de la operación se da en la provisión de líneas fijas para la prestación del servicio de telefonía pública. TELEFÓNICA DE ARGENTINA S.A. y TELECOM ARGENTINA S.A. brindan servicios de telefonía pública por sí, a través de los teléfonos de vía pública o mediante diferentes formas de integración vertical contractual, tales como los Locutorios de Titularidad Ajena (LTA), las cabinas o los teléfonos públicos de interior (TPI). Al mismo tiempo, estas empresas proveen líneas a terceros prestadores de servicios de telefonía pública que no cuentan con infraestructura de última milla para brindar el servicio, ya sean estos licenciatarios, locutorios o centros de internet que no forman parte de las redes de las empresa involucradas.

1724. Como se ha visto en el análisis horizontal, las empresas involucradas ostentan una participación superior al 90% en el mercado aguas debajo de los servicios de telefonía pública y dependiendo del área local de que se trate, una de las dos telefónicas tiene a su vez una posición similar en el mercado aguas arriba de provisión de infraestructura (líneas telefónicas).

1725. Al mismo tiempo, las empresas telefónicas pueden brindar el servicio de líneas para Telefonía Pública a través de acceso inalámbrico con equipos digitales o analógicos FWT ("fixed wireless terminal"), utilizando la red Celular, ya que controlan una importante porción del espectro y tienen una fuerte participación en ese mercado, que constituye un sustituto natural a las líneas fijas para estos servicios.

1726. De hecho, de acuerdo a lo informado por la CNC, Movistar controla el 4% de las líneas de teléfonos públicos.

1727. Lo señalado anteriormente, hace necesario considerar en qué medida podrían presentarse, como resultado de la operación, algunos de los efectos de naturaleza vertical.

1728. En particular, dado que la operación bajo análisis generaría el surgimiento de un grupo con una elevada participación en la provisión de líneas fijas que adicionalmente participaría en el segmento aguas abajo de telefonía pública,

podrían existir incentivos para esta nueva firma a desplazar competidores.

1729. Sin embargo, si bien los incentivos a adoptar las prácticas citadas pueden existir, su probabilidad de ocurrencia se encontraría acotada en la práctica, dada la regulación específica de la que es objeto el segmento de telefonía pública.

1730. En efecto, el servicio de telefonía publica se encuentra regulado por diversas disposiciones, de las cuales las más relevantes en relación a la probabilidad de ocurrencia de las prácticas citadas son la Resolución 1122/98 de la Secretaría de Comunicaciones, que aprueba el Reglamento de Telefonía Pública y el Plan Nacional de Licencias de Telefonía Pública, y contenida como anexo al Decreto 92/97 del Poder Ejecutivo Nacional.

1731. La citada Estructura General de Tarifas del Servicio Básico Telefónico establece el sistema de "price cap" para la regulación tarifaria del servicio de telefonía pública, hasta tanto no se declare el status de "competencia efectiva"[99], cosa que no ha sucedido hasta el momento.

1732. Sin embargo, es necesario hacer notar que la competencia en la infraestructura que se verifica en la zona centro del país se reflejo en una mayor oferta de servicios de telefonía pública que se traduce en menores precios para los consumidores finales[100].

1733. De lo anterior se desprende que, de respetarse la regulación del segmento, la posibilidad de aumentos en el precio final del servicio, posibilitados por la exclusión de competidores o generadas por subas en el precio de los insumos más importantes, debería ser prácticamente descartada.

1734. Por otra parte, y en lo que hace a la relación entre proveedores y demandantes de líneas fijas para ser utilizadas en telefonía pública, el Reglamento de Telefonía Pública referido anteriormente establece en la parte pertinente del Capítulo VI: "De las obligaciones de los prestadores de servicio de telefonía local hacia los licenciatarios del servicio de telefonía pública.", artículo 15, que: "Los prestadores de servicio de telefonía local tendrán las siguientes

[99] Status que encuentra definición especifica para el caso de la telefonía pública en el artículo 8° de la Resolución 1122/98 de la Secretaria de Comunicaciones, comentada a continuación.

[100] Además de la competencia en infraestructura, cabe hacer notar que la tecnología IP permite reducir costos en el servicio de telefonía (sobre todo en larga distancia). Así, las inversiones en infraestructura realizada por los entrantes han implicado una mejora en el excedente del consumidor y en el interés económico general.

ES COPIA
LUCILA GENNIP
Dirección de Despacho

obligaciones hacia los licenciatarios de servicio de telefonía pública, en su área de servicio respectiva;

a. Otorgar el mismo trato que se dan a sí mismos, a sus subsidiarias o filiales para la provisión de telefonía pública. Dicho trato incluye las condiciones técnicas para permitir su tasación, recepción de llamadas por cobrar, acceso a operadoras, señal de supervisión de respuesta de abonado y cualquier otra funcionalidad o servicio ofrecido a cualquier operador para este servicio.
b. Aplicar tarifas no discriminatorias a los licenciatarios del servicio de telefonía pública. (...)
d. Proveer a los licenciatarios de telefonía pública, sobre bases no discriminatorias, los enlaces o líneas telefónicas que éstas les soliciten dentro de sus áreas de servicio, en las mismas condiciones de disponibilidad. mantenimiento, tiempo de entrega y calidad que les ofrecen a sus usuarios (...)
g. Proporcionar a los licenciatarios de telefonía pública aquellos servicios técnicamente factibles que les sean requeridos por éstos y a precios razonables."

1735. A su vez, y con el objetivo de explicitar algunas pautas que operativicen el principio de no discriminación expresado en la Resolución previamente citada, la Secretaría de Comunicaciones dictó la Resolución 1075/99, que establece: "Artículo 1: Dispónese que los prestadores del servicio telefónico local deberán hacer extensivas a los licenciatarios de telefonía pública que contraten con ellos provisión de líneas, en forma automática y en su máximo nivel, todas las bonificaciones u otro tipo de retribuciones de precios que reconozcan a los titulares de cabinas públicas telefónicas (CTP). Artículo 2: Establécese que toda disminución permanente o promocional de los precios de telefonía pública que efectúen dichos prestadores en el futuro deberá reflejarse en una disminución proporcional del precio que por provisión de líneas para el servicio cobren a otros licenciatarios de telefonía pública."

1736. De todo lo anterior puede concluirse que, de aplicarse en forma estricta la regulación relativa a este mercado y como resultado de la operación bajo análisis, no sería esperable un aumento en el precio de la telefonía pública, como así tampoco podría aseverarse que la operación en cuestión genere un aumento en la

posibilidad de exclusión de competidores de la empresa resultante en el segmento referido, dado que la regulación del sector acotaría la probabilidad de ocurrencia de la misma.

XIII.b.1.5. Data Center.

1737. El servicio de Data Center consiste en la provisión externa de determinados servicios informáticos. Estos tienen la característica de poder ser ofrecidos externamente dado que no constituyen el núcleo de la actividad económica que desarrollan las empresas que demandan dicho servicio.

1738. Cuando la actividad económica de una empresa alcanza determinados volúmenes en el manejo de información relativa a su actividad específica, ésta puede optar entre administrar, mantener y almacenar internamente dicha información, con la consecuente inversión en lo que refiere a las instalaciones, hardware, software, recursos humanos, etc. destinados a este fin especifico; o bien tercerizar estos servicios a empresas de Data Center.

1739. Los demandantes de los servicios de Data Center pueden clasificarse de dos maneras distintas, dependiendo del motivo que origina la demanda de dichos servicios. En efecto, los servicios de Data Center son utilizados para alojar servidores y/o contenidos que requieren conectividad a Internet (como por ejemplo una página Web de un diario, un servidor de e-mail o una plataforma de juegos online) denominados Servicios Front End; o bien para alojar servidores y/o contenidos que contengan aplicaciones corporativas (por ejemplo: un aplicativo para Gestión de la Contabilidad) para lo cual, se requiere algún tipo de enlace o vínculo que conecte el Data Center con la Sede u oficina del Cliente, denominados Back End. Así, en este último caso la conexión funciona como un punto más de la red del cliente, pudiendo interconectarlo como si se tratara de una sucursal más de la empresa.

1740. De esta manera las empresas que demandan el servicio de Data Center presentan la característica de manejar un gran volumen de información. Los servicios que tercerizan éstas empresas son el de Back Up, Hosting (provisión, instalación y mantenimiento de equipos y/o software), almacenamiento y protección de información, arrendamiento de equipos y/o de espacio físico, entre

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

otros.

1741. El mercado de Data Center ha mostrado un vigoroso crecimiento desde principios del 2000, y con mayor notoriedad a partir de la recuperación económica. A su vez, las características de la actividad y el importante desarrollo en las telecomunicaciones, que posibilitan la prestación de este servicio desde las ubicaciones geográficas más diversas, a punto tal que permite en ocasiones la tercerización de los servicios a nivel internacional; colaboran con la gran atomización que verifica la actividad.

1742. En lo que refiere a las características de la actividad antes mencionada cabe destacar las bajas barreras a la entrada, en tanto los principales costos que son necesarios afrontar son el lugar físico, la instalación del software y hardware necesario y, principalmente, los recursos humanos y una buena conexión al Backbone de Internet (acceso dedicado a Internet).

1743. Así las características de este mercado, tanto por el lado de la oferta como por el lado de la demanda, determinan la existencia de una gran cantidad de empresas y con un bajo grado de concentración.

1744. Como se mencionó anteriormente los Data Centers, para prestar sus servicios informáticos externos, requieren de una interconexión entre ésta y la empresa que terceriza estos servicios. A su vez, si el cliente demanda conexión con Internet es necesario contar con la conexión entre el Data Center y la red nacional e internacional de Internet.

1745. Así esta actividad verifica una relación vertical con las empresas que ofertan servicios de Internet dedicado y transmisión de datos. A su vez está relacionado verticalmente con el mercado de acceso mayorista a Internet.

1746. Por lo tanto se analizará el mercado de data center como también las situaciones de competencia que se verifican en los mercados verticalmente integrados.

XIII.b.1.5.1. Definición del mercado relevante.

1747. A los efectos de establecer si una concentración limita o no la competencia, es preciso delimitar el mercado que se verá afectado por la operación. Este mercado, que se denomina mercado relevante, comprende dos

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

FOLIO 11611

dimensiones: el mercado del producto y el mercado geográfico.

1748. El mercado relevante del producto comprende todos aquellos bienes que son considerados sustitutos por el consumidor, dadas las características del producto involucrado, su precio y la finalidad del consumo.

1749. El análisis realizado por la Comisión, el cual coincide con la jurisprudencia recabada a nivel internacional, confirma que la autoprovisión no se constituye en un sustituto efectivo de estos servicios.

1750. En este contexto, en el marco del presente Dictamen se analizará el mercado de servicios de Data Center, identificando las relaciones horizontales. Posteriormente, se analizaran las relaciones verticales que esta Comisión Nacional observa entre los mercados de Acceso Mayorista a la red de Internet y Servicios Corporativos (mercados aguas arriba) y el mercado de Data Center (mercado aguas abajo).

XIII.b.1.5.2. Mercado geográfico relevante.

1751. Si bien en dictámenes internacionales coinciden en que la dimensión geográfica de este mercado es mundial, existen elementos determinantes en la demanda que hace necesaria la ubicación local de la empresa prestadora de los servicios informáticos externos.

1752. Esta Comisión Nacional considera que el ámbito geográfico del mercado relevante de los servicios de Data Center es nacional dado que en lo que se refiere a la modalidad del servicio de Data Center en que los demandantes del mismo requieren una conectividad a la red de internet, la misma debe ser provista en forma rápida tanto entre la empresa y el Data Center como entre el Data Center y los usuarios finales.

1753. Por tanto, considerando que el tráfico demandado por los consumidores finales es de contenido nacional, resulta beneficioso alojar los servidores con los contenidos dentro del ámbito nacional.

1754. Además, salvo en casos puntuales, las empresas que demandan interconectar sus oficinas con los Data Center requieren que dicha conexión pueda ser realizada dentro del ámbito de residencia.

1755. En este sentido, la actividad del mercado de Data Center parece presentar

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

una dinámica propia a nivel nacional: el crecimiento de la demanda se explica por el proceso de recuperación que experimenta la economía doméstica; a la vez, existen firmas sin presencia internacional que adoptan estrategias orientadas a nivel local, principalmente en la oferta de servicios de Hosting.

1756. Así esta Comisión analizará el presente mercado considerando una definición estricta en su dimensión geográfica entendiendo que si la operación no reviste problemas de competencia con esta definición tampoco lo verificará de realizarse una definición más amplia.

XIII.b.1.5.3. Evaluación de los efectos de la Operación en el Mercado.

XIII.b.1.5.3.1. Efectos horizontales.

1757. La conformación del mercado de Data Center en cuanto a los participantes y al nivel de concentración puede observación en los cuadros a continuación:

1758. En particular, en lo que refiere al resto de los jugadores que participan en el mercado, cabe resaltar que existen otros competidores que cuentan con capacidad para disciplinar el mercado, como ser IBM, EDS, Global Crossing, entre otros.

Cuadro Nº 11: Participaciones del mercado de Data Center.

Proveedor	Participaciones de mercado 2004	2005	2006
IBM	31,00%	32,00%	32,50%
EDS	12,00%	11,00%	11,30%
1759. Global Crossing	1760. 1,40%	1761. 1,20%	1762. ,60%
Telefónica	9,00%	9,00%	8,20%

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

FOLIO 1613

Cubecorp	5,00%	5,10%	5,20%
Telecom	1,00%	1,00%	1,00%
Otros	30,60%	29,80%	33,20%
TOTAL	100%	100%	100%
Telefónica/Telecom	10%	10%	9%
1763. HHI pre			2455,42
1764. HHI post			2469,18
1765. Var HHI			13,76

Fuente: CNDC. Concentración No 621.

1766. Como puede observarse existe una cantidad importante de competidores y el nivel de concentración es moderadamente alta, con un HHI de 2455.42 puntos. TELEFÓNICA poseía una participación de mercado del 8.2% de los servicios ofrecidos de Data Center en el año 2006, mientras que Telecom poseía una participación de mercado del 1%, para el mismo año.

1767. Los datos expuestos muestran además que, de aprobarse la operación de concentración bajo análisis, las Empresas Involucradas alcanzarían una participación, en valor total de facturación en el mercado de servicios Data Center, del 9% para el año 2006, incrementando la concentración del mercado en 13.76 puntos, valor que indica que las condiciones de competencia en el mercado relevante considerado no sufrirán variaciones importantes como consecuencia de la presente operación, en principio por los bajos costos hundidos que permiten una rápida entrada al mercado que se verifica en un alto dinamismo en la entrada y salida de competidores.

1768. Por tanto, de aprobarse la presente operación de concentración los efectos horizontales que generaría la misma en el mercado de servicios Data Center, no resultarían preocupantes desde el punto de vista de la competencia.

XIII.b.1.5.3.2 Efectos verticales.

1769. Por otra parte, y como se ha indicado previamente, la operación bajo análisis genera relaciones verticales en primer lugar, entre el mercado de Acceso Mayorista a Internet y el mercado de Data Center y en segundo lugar entre Internet dedicado (incluido dentro de los servicios prestados al sector corporativo) y el mercado de Data Center.

1770. Los posibles efectos que se generarían de aprobarse la presente operación sobre el funcionamiento de los mercados que han sido analizados anteriormente radican en la posibilidad de que dicha operación permita extender el poder de mercado de una de las empresas, ya sea aguas arriba o aguas abajo.

1771. Al respecto, los lineamientos para el Control de las Concentraciones Económicas actualmente vigentes sostienen que: "Una concentración vertical podrá resultar perjudicial en aquellos casos en los que la eliminación de un proveedor independiente "aguas arriba" o de un distribuidor "aguas abajo" aumente significativamente las barreras a la entrada de nuevos competidores. Ello ocurrirá especialmente si un potencial competidor que desea entrar en cualquiera de las etapas involucradas se ve obligado a ingresar en ambas simultáneamente, con el consiguiente aumento de los costos hundidos que ese genera".

1772. Los efectos entre el mercado de Data Center y del Acceso Mayorista a Internet serán analizados una vez presentado este último mercado. Sin embargo, cabe puntualizar aquí que una posición de dominio en este mercado traería aparejado la posibilidad de excluir y/o discriminar a los Data Center independientes.

1773. Por otro lado, cabe destacar que las empresas de Data Center demandan el servicio de Internet Dedicado para conectarse a los distintos Backbone y/o 'carriers' que ofrecen los servicios de Internet Mayorista y/o Transmisión de Datos a través de sus redes.

1774. Al ser este servicio un enlace punto a punto el oferente no requiere cumplimentar este tendido con el de un Backbone con poder dominante. Así, este servicio puede ser ofrecido por cualquier empresa que participe en el mercado de servicios corporativos, aún teniendo baja participación en el mismo y/o en el caso que no cuente con red propia (ISP).

1775. Este servicio tiene la característica de ser una conexión entre puntos (el Data Center y la red del operador) con gran capacidad de transporte, lo cual le

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

provee al Data Center una gran velocidad y seguridad para acceder a las redes de los distintos operadores.

1776. En efecto, el servicio de Data Center es valorado por sus demandantes en tanto estos garantizan el resguardo y/o administración de la información con una buena conectividad (interna y/o con acceso a Internet).

1777. Así, el tendido de una red entre estos dos puntos puede realizarse por cualquier empresa de telecomunicaciones, sin importar si esta cuenta o no con infraestructura en esta u otras zonas ni de la cobertura de su red.

1778. Así, esta Comisión considera que la posición dominante que TELEFÓNICA y TELECOM puedan adquirir en el mercado de Servicios de telecomunicaciones Corporativos y los motivos de preocupación desde el punto de vista de la competencia que ello genera, difícilmente pueda ser trasladable al mercado de Data Center ya que el único insumo que estos operadores demandan dentro de la canasta de servicios corporativos es, como se indicó, Internet dedicado.

XIII.b.1.6. Mercado de telefonía móvil

XIII.b.1.6.1. Consideraciones generales sobre la industria de las telecomunicaciones móviles.

1779. El decreto 764/2000 define a las telecomunicaciones como toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza, por hilo, radioelectricidad, medios ópticos y/u otros sistemas electromagnéticos.

1780. De la anterior definición se desprende que las telecomunicaciones abarcan un conjunto amplio y variado de servicios que posibilitan las comunicaciones y el envío de información entre individuos. Dentro de esta definición están incluidas las comunicaciones móviles, cuya principal característica reside en posibilitar la comunicación inmediata en base a la conexión permanente entre usuarios.

1781. Esta conexión refiere en primer lugar, aunque no exclusivamente, a los servicios de voz. El desarrollo tecnológico ha permitido brindar servicios adicionales a los de voz (uni o bidireccional) a partir del mismo medio físico, como

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

11616

ser la mensajería y el acceso a Internet.

1782. Los pasos que sigue una telecomunicación a grandes rasgos pueden clasificarse como: emisión de la información a través de la terminal del usuario originador, codificación del mensaje y transporte a través de la red de telecomunicaciones y finalmente la decodificación y recepción de la información a través de la terminal del usuario de destino[101].

1783. La prestación de los servicios antes mencionados requiere de determinada infraestructura o elementos de red compuesta por las redes de transmisión conformada por equipos y medios de transporte.

1784. La naturaleza de los servicios de telecomunicaciones, donde es determinante la posibilidad de comunicarse con otros usuarios y de estar disponible para las comunicaciones enviadas por éstos, da a los activos (sean estos tangible o no) un rol muy importante. La valoración de los usuarios respecto de los servicios de telecomunicaciones aumenta en la medida en que puedan comunicarse con una mayor cantidad de usuarios, es decir que, en la medida en que la red de telecomunicaciones tenga mayor alcance, mayor será el bienestar del consumidor[102].

1785. Con base en los efectos mencionados, los operadores deben tener la capacidad de poner en contacto potencial a sus usuarios entre ellos y con el resto de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones. Este objetivo lo pueden llevar adelante a través de la ampliación de la cobertura de sus servicios y por medio de la interconexión (funcional y física) de su red con las redes de otros operadores.

1786. En lo que refiere a la interconexión entre los distintos operadores de los servicios de telefonía, el Reglamento Nacional de Interconexión (RNI) establece los derechos y obligaciones de las empresas, lo que hace posible la comunicación entre los clientes de las distintas empresas de telecomunicaciones.

1787. La característica principal que tienen estos servicios de telefonía móvil es

[101] Estos pasos se aplican tanto a las comunicaciones unidireccionales como bidireccionales.

[102] Este efecto es el que se conoce en la literatura económica como *efecto de red*.

que permiten al usuario una conectividad permanente (para recibir y realizar llamadas o recibir y enviar información) más allá de que éste modifique su localización o se encuentre en movimiento. Las tecnologías disponibles en la actualidad permiten que la conectividad que el usuario mantenga se concrete a través de servicios de voz, de datos o de internet.

1788. A su vez, en el caso particular de la telefonía celular, se utiliza como medio físico la transmisión el espectro radioeléctrico. Al ser este un bien escaso determinante para la prestación de los servicios de comunicaciones móviles, como así también para otros servicios inalámbricos, el Estado Nacional a través de sus órganos administran la asignación y atribución del mismo.

1789. De esta manera, siguiendo estos lineamientos generales de la industria, a lo largo de este capítulo se consideraran la estructura de red del operador; la atribución, asignación y uso del espectro radioeléctrico, y las características del servicio de telefonía móvil, con el objeto de definir el mercado relevante y analizar los efectos de la operación sobre la competencia.

XIII.b.1.6.2. Estructura de la redes de los operadores de telecomunicaciones móviles.

1790. La infraestructura de red de la telefonía móvil se compone, a grandes rasgos, de las redes de transmisión y las terminales de los usuarios. Estos elementos se combinan con el espectro radioeléctrico, el cual será analizado en un apartado posterior.

1791. El servicio de telefonía móvil se presta a través de antenas Radiobases (RB), que mediante la utilización de frecuencias del espectro obtiene una determinada área de cobertura (denominada celda), dentro de la cual se conecta la terminal del usuario.

1792. A su vez, las distintas RB se conectan entre si por medio de las redes de los operadores, las cuales pueden ser alámbricas o inalámbricas; dependiendo de la distancia y el caudal de información a transportar[103].

[103] Cabe destacar que existe una convergencia en los medios físicos de transporte terrestre de los servicios de telefonía móvil con respecto al resto de los servicios de telecomunicaciones; en tanto la información

1793. La comunicación entre dos usuarios requiere de transitar a lo largo de la red de transporte del operador. La RB capta la información iniciada por el usurario y la transmite a lo largo de la red hasta la RB asociada a la celda donde se encuentra el usuario de destino.

1794. Por otro lado, además de la interconexión con las redes de telefonía celular de otras empresas, para acceder y ofrecer distintas prestaciones requiere de conectarse a otras redes, como ser Internet o telefonía fija.

1795. Para ello demandan elementos de hardware a lo largo de la red, los cuales permiten las transformaciones, accesos y enrutamientos adecuados, según el servicio que haya sido demandado por el usuario desde su terminal.

1796. Cabe destacar que las redes de telefonía móvil difieren en su arquitectura, de las redes de telefonía fija, entre otros elementos, por la característica inalámbrica del acceso al usuario.

1797. Dentro de la telefonía celular, y considerando una situación estática, es decir con la RB establecida, la celda tiene una capacidad máxima para la prestación de los servicios, la cual está asociada a la cantidad y calidad de frecuencias disponibles (espectro radioeléctrico) y a la potencia de la RB.

1798. Por otro lado, si consideramos como dada la magnitud de espectro asignada a un operador, la tecnología celular permite (ante un incremento en la demanda de servicios) la reutilización de las bandas de frecuencias otorgadas en otras RB.

1799. En resumen, la respuesta al incremento de la demanda de servicio puede ser absorbida por un operador incrementando las frecuencias utilizadas (en caso de que el mismo posee espectro sin utilizar) o bien reutilizando el espectro actualmente en uso.

1800. Mientras que en el primer caso la utilización del espectro no demanda incrementos en los costos variables del operador, en tanto el uso de las frecuencias puede realizarse con el estado de la tecnología actual; el uso intensivo del espectro implica un mayor costo tanto en infraestructura como a nivel

recabada en balances muestra una tendencia a la utilización del Backbone para el transporte de todos los servicios ofrecidos por las incumbentes (transmisión de datos, telefonía fija, telefonía móvil, internet, etc).

operativo.

XIII.b.1.6.3. Características generales del Espectro Radioeléctrico.

1801. El Reglamento sobre Administración, Gestión y Control del Espectro Radioeléctrico (aprobado como Anexo IV del Decreto Nº 764/00) define dicho recurso como "el conjunto de las ondas radioeléctricas u ondas hertzianas, sin solución de continuidad, entendiéndose por tales a las ondas electromagnéticas, cuya frecuencia se fija convencionalmente por debajo de 3.000 Ghz, que se propagan en el espacio sin guía artificial" (art. 3, inc. g).

1802. Siendo por lo tanto el espectro radioeléctrico un recurso intangible, escaso y limitado, su administración es responsabilidad indelegable del Estado Nacional (art. 5, Anexo IV, Decreto Nº 764/00).

1803. Dentro de ese escenario regulatorio, se definen entonces las funciones y tareas que, dentro de la amplia actividad de gestión y administración del espectro radioeléctrico, le corresponde al Estado Nacional a través de sus órganos y entes especializados.

1804. De acuerdo al esquema regulatorio del espectro radioeléctrico en nuestro país, le corresponde a la Autoridad de Aplicación (la Secretaría de Comunicaciones), entre otras funciones, las siguientes: (a) definir las políticas en materia del espectro radioeléctrico; (b) realizar la gestión del espectro radioeléctrico y planificar su uso; (c) otorgar las autorizaciones y/o permisos de uso de frecuencias del espectro radioeléctrico, para la explotación de los servicios de radiocomunicaciones, excepto radiodifusión; y (d) establecer el régimen sancionatorio conforme a las modalidades de operación que correspondan a cada servicio o sistema de radiocomunicaciones (art. 4, Anexo IV, Decreto Nº 764/00).

1805. De esta manera a partir del ejercicio de sus funciones queda conformado el "Cuadro de Atribución de Bandas de Frecuencias del Espectro Radioeléctrico de la República Argentina" (apartado 9, de la planilla anexa al art. 1 del Decreto Nº 1142/03).

1806. El Reglamento de Radiocomunicaciones (S1.16) define a la "Atribución [de una banda de frecuencias]" como la inscripción en el cuadro de atribución de bandas de frecuencias, de una banda de frecuencias determinada, para que sea

utilizada por uno o varios servicios de radiocomunicación terrenal o espacial, o por el servicio de radioastronomía en condiciones especificadas. El término "Atribución" se aplica también a la banda de frecuencias considerada104. Tal definición ha sido receptada en el marco regulatorio local en idéntico sentido (inciso c), art. 3, Anexo IV del Decreto Nº 764/00).

1807. Hasta aquí resumimos la acción regulatoria de la Autoridad de Aplicación a través de la recepción de recomendaciones internacionales y la decisión local de "atribuir" una determinada banda de frecuencias a un determinado servicio de telecomunicaciones móviles.

1808. Siguiendo con el esquema normativo, quienes deseen acceder a una porción del espectro deberán obtener una "asignación" del mismo. A diferencia de la "atribución" el Reglamento de Radiocomunicaciones define la "Asignación [de una frecuencia o de un canal radioeléctrico]", como la autorización que da una Administración (se refiere a los diferentes estados o países) para que una estación radioeléctrica utilice una frecuencia o un canal radioeléctrico determinado en condiciones especificadas (véase el número S1.18 del referido Reglamento).

1809. En idéntica línea a la desarrollada con anterioridad, el marco local (inciso b), art. 3, Anexo IV del Decreto Nº 764/00) ha entendido por "asignación" a la "autorización que otorga la Autoridad de Aplicación para que una estación radioeléctrica utilice una frecuencia o un canal radioeléctrico determinado en condiciones especificadas." Es así, como las frecuencias son asignadas dentro de cada banda, de acuerdo con las atribuciones inscriptas en el Cuadro de Atribución de Bandas de Frecuencias vigente de la República Argentina (art. 7.1, Anexo IV, Decreto Nº 764/00).

1810. El razonamiento y la trascripción de las partes pertinentes del marco regulatorio Argentino, no pueden sino arrojar como conclusión que en el mismo, se encuentran regulados: (a) tanto la administración, gestión y control del espectro radioeléctrico (funciones éstas que corresponden al Estado Nacional); (b) así como también el acceso y el uso por parte de los "autorizados" de dicho recurso escaso.

[104] El *Cuadro de Atribución de Bandas de Frecuencias de la República Argentina*, puede ser consultado en www.cnc.gov.ar

1811. Tal conclusión no contempla (dado que no sólo no forma parte del espíritu de la regulación analizada sino que –como se verá seguidamente– está expresamente excluida) la "asociación" de ninguna tecnología y/o sistema a determinados servicios de telecomunicaciones móviles.

1812. El Cuadro de Atribución de Bandas de Frecuencias de la República Argentina "atribuye" determinadas bandas a determinados "servicios" con una finalidad ordenatoria y de gestión del espectro radioeléctrico que sigue a su vez recomendaciones internacionales (emanadas de las Unión Internacional de Telecomunicaciones). Dicho esquema se concreta luego, en las asignaciones que a cada interesado le podrá conceder la Autoridad de Aplicación.

1813. De esta manera el espectro radioeléctrico es el conjunto de frecuencias que, conforme a la tecnología disponible, pueden ser empleadas para emitir ondas que permitan transportar información[105].

1814. En este sentido, todo tipo de comunicaciones móviles tiene como insumo imprescindible para la transmisión de la información el uso de frecuencias del espectro radioeléctrico.

1815. No sólo las comunicaciones móviles utilizan este insumo. Cualquier tipo de envío y/o recepción ya sea de voz o de datos que se haga a través de una red inalámbrica, requiere de la explotación de frecuencias radioeléctricas. De hecho, existen empresas que ofrecen telefonía fija a través de redes inalámbricas y que, por lo tanto, también utilizan el espectro. El rango de actividades que requieren este insumo es muy amplio y va desde la televisión satelital hasta cualquier sistema de radiodifusión, pasando por las repetidoras comunitarias, etc.

1816. En la Argentina, siguiendo las recomendaciones de la UIT, los diversos servicios que utilizan frecuencias radioeléctricas son separados según la clasificación que instrumenta la Secretaría de Comunicaciones, autoridad de aplicación en el tema. El criterio que rige esta atribución consiste en mantener la seguridad general del espectro y de las comunicaciones que a través de él se hacen posibles dentro de estándares de calidad predeterminados

[105] El Decreto 764/2000, en su Anexo IV define al espectro radioeléctrico como el conjunto de las ondas radioeléctricas u ondas hertzianas, sin solución de continuidad, entendiéndose por tales a las ondas electromagnéticas, cuya frecuencia se fija convencionalmente por debajo de 3.000 GHz, que se propagan en el espacio sin guía artificial.

1817. Según esta clasificación se arma el denominado Cuadro de Atribución de Bandas de Frecuencias en la República Argentina. Este cuadro figura en la Resolución SC 235/01, y en él pueden verse las atribuciones de frecuencias de cada servicio que requiere la utilización del espectro radioeléctrico.

1818. Las frecuencias del cuadro van desde los 9 Khz. hasta los 42.5 Ghz.106, y dentro de éstas se ubican los distintos servicios ocupando porciones contiguas de grupos de frecuencias a las cuáles se las denomina genéricamente "bandas".

1819. Por lo tanto, si el Servicio de Transportes de Programas de Televisión tiene atribuidas las frecuencias que van desde los 500 Mhz. hasta los 520 Mhz. Esto implica que el "ancho de banda" atribuido a ese servicio es de 20 Mhz.

1820. En el caso que interesa para el presente análisis, los diferentes servicios de radiocomunicaciones móviles tienen distintos "anchos de banda", ubicados a su vez en distintas partes del espectro.

1821. Existen a su vez cuestiones técnicas y regulatorias que determinan el alcance geográfico de las frecuencias del espectro. De aquí también surgen diferencias entre el alcance geográfico de las autorizaciones de uso de frecuencias del espectro según se trate de cada uno de los distintos servicios de radiocomunicaciones móviles en cuestión.

1822. En el siguiente apartado se dan más precisiones sobre las bandas atribuidas a estos servicios, su ubicación, ancho y límite geográfico que a cada una le corresponde según la normativa vigente.

1823. Una vez que el cuadro general de atribuciones de frecuencias está armado, las autoridades regulatorias proceden a la asignación de las mismas. Los términos "asignación" y "atribución" no pueden usarse indistintamente por su preciso significado para las normas regulatorias. El primero hace referencia al permiso que obtiene del Estado un operador para explotar determinadas frecuencias (ej: NEXTEL, cualquier mandataria de Radio taxi, etc), en cambio el término "atribución" se utiliza, como se expuso, para definir las separaciones que el Estado hace del espectro radioeléctrico en relación a los distintos servicios que requieren uso de este insumo (ej: PCS, VHF, SRCE, etc.)

106 Cabe aclarar que 1 Megahertz es equivalente a 1000 kilohertz y un Gigahertz equivalente a 1000 megahertz. Esta última es la unidad en que usualmente se miden las tenencias de espectro.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

FOLIO
11623

XIII.b.1.6.4. Distintas atribuciones para la prestación de servicios de telecomunicaciones móviles inalámbricas.

1824. La dinámica de incorporación de los servicios de telecomunicaciones móviles en el país y la normativa legal que los regula determinó la existencia de distintas denominaciones para una serie de servicios de radiocomunicaciones móviles. Entre ellos se encuentran el Servicio Radioeléctrico de Concentración de Enlaces (SRCE), el Servicio de Radiocomunicaciones Móviles Celulares (SRMC), el Servicio de Telefonía Móvil (STM) y el Servicio de Comunicaciones Personales (PCS). A cada uno de estos servicios se les atribuyen diferentes bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico.

1825. El Servicio Radioeléctrico de Concentración de Enlaces (SRCE) es definido por la Resolución Nº 3085/99 de la Secretaría de Comunicaciones (B.O. 29/11/99) como el servicio de radiocomunicación móvil brindado por un prestador comercial por intermedio de una o más estaciones radioeléctricas centrales, que permite conectar entre sí las estaciones constitutivas de una red del abonado utilizando técnicas de acceso múltiple automático.

1826. A su vez, existen dos bandas de frecuencias adicionales que responden al uso no comercial del servicio de trunking, a saber: el SRCEO y el SRCEP. El primero es el Servicio Radioeléctrico de Concentración de Enlaces de uso Oficial, cuyos sistemas son autorizados exclusivamente para uso de las Fuerzas Armadas, Organismos de seguridad, y otras entidades estatales nacionales, provinciales o de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. En cambio el SRCEP (Servicio Radioeléctrico de Concentración de Enlaces de uso Privado) queda definido según la reglamentación como el conjunto formado por las estaciones radioeléctricas centrales y las estaciones de corresponsal de un mismo titular que las utiliza como complemento de su actividad específica, excluyendo la posibilidad de que existan terceros abonados.

1827. En el SRCEP, el usuario final del servicio debe también obtener el derecho de uso de las frecuencias y operar su propia red en lugar de pagarle los servicios a un prestador comercial del SRCE.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

SECRETARIA DE LA COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

FOLIO 11624

1828. En el presente dictamen se siguen los lineamientos generales para el control previo de concentraciones. En anteriores análisis realizados por esta Comisión, se excluyó a los servicios no comerciales de trunking para el análisis de las tenencias del espectro en tanto no se consideraron a éstos servicios como sustitutos del trunking comercial.

1829. El Servicio de Radiocomunicaciones Móviles Celulares (SRMC) es definido por la Resolución de la Secretaría de Comunicaciones Nº 498 (B.O. 18/11/87) como el servicio móvil de radiocomunicaciones que, mediante la técnica celular, permite conectar por acceso múltiple a estaciones móviles entre sí y con la red telefónica pública nacional (RTPN).

1830. El Servicio de Telefonía Móvil (STM) es definido por el Decreto N° 663/92 (B.O.: 28/11/92) como aquél que por medios inalámbricos posibilite, dentro del área de servicio correspondiente, las comunicaciones telefónicas bidireccionales simultáneas de voz viva y/o de voz viva y datos y/o de voz viva, datos e imágenes, entre dos o más abonados a dichos servicios o de otros servicios de telecomunicaciones, ya sea efectuando o recibiendo comunicaciones de éstos últimos.107 El Servicio de Telefonía Móvil (STM) es técnicamente idéntico al SRMC aunque se le otorgó una denominación diferente para identificar la licitación cuyo objeto fue la expansión del sistema al interior del país.

1831. El Servicio de Comunicaciones Personales (PCS) fue reglamentado en el año 1996 (Resolución Secretaría de Comunicaciones Nº 60/96) y la licitación para el otorgamiento de las respectivas licencias y frecuencias tuvo lugar en 1998 (el pliego de bases y condiciones y la modificación de la reglamentación técnica fue aprobada por el decreto Nº 266/98, publicado en el B.O. del 13/03/98. Es definido como el servicio inalámbrico de comunicaciones, de prestaciones múltiples, que mediante el empleo de tecnología de acceso digital, posibilita las comunicaciones entre dos o más abonados a dicho servicio o entre tales abonados con los de otras redes y sistemas de telecomunicaciones, ya sea recibiendo o generando comunicaciones.

[107] Hasta el año 1993, el SRMC sólo fue prestado en la denominada Área II, circunscripta al Área Múltiple Buenos Aires, Área Múltiple La Plata y el Corredor La Plata - Buenos Aires. Mediante la licitación del STM se otorgaron licencias para prestar el servicio en la superficie nacional no cubierta, a saber: Área I (norte del país) y Área III (sur del país).

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

1832. Los últimos tres servicios mencionados (SRMC, STM y PCS), desde el punto de vista del usuario, brindan servicios de telefonía móvil de similares características. Adicionalmente el PCS utiliza tecnologías que permiten brindar servicios de valor agregado con mayor capacidad para la transmisión de información.

1833. En particular, en sus inicios, el SRCE era concebido como un servicio acotado, con una única prestación que consistía en un sistema de comunicaciones tipo "walkie talkie" cuyos usuarios eran exclusivamente grupos cerrados. En este marco, las comunicaciones del SRCE eran sólo bidireccionales y no simultáneas (half-dúplex) y entre los usuarios predeterminados de un grupo cerrado. A su vez, las frecuencias y los equipos eran utilizados a través de sistemas de transmisión analógicos108.

1834. Recién en el reglamento aprobado por la Resolución SC N° 2701/1994 comenzó el proceso de ampliación de los servicios incluidos en el SRCE. A partir de esta normativa se incluían como posibles prestaciones a la transmisión de datos y la interconexión a otras redes de servicios de telecomunicaciones como lo es la Red de Telefonía pública Nacional (RTPN). La Secretaría de Comunicaciones, al siguiente año ratificó las disposiciones mencionadas[109].

1835. En el año 1999 se dicta, en el mismo sentido, la Resolución SC N° 3085/99 permitiendo a su vez que el SRCE pueda utilizar números telefónicos y la implementación de la modalidad "abonado llamante paga" (CPP), del mismo modo que en los servicios de telefonía móvil.

1836. Esta integración regulatoria de prestaciones dentro del SRCE reflejaba el avance tecnológico que representaba la paulatina incorporación de redes digitales para prestar servicios de trunking, dado que estas redes gozan de la posibilidad técnica de integrar este servicio con el de telefonía móvil en el mismo aparato del abonado y utilizando las mismas frecuencias de espectro radioeléctrico.

1837. Por otro lado, en un análisis comparado, a partir de la Resolución SC N° 3085/1999, que reglamenta el SRCE y la Resolución SC N° 60/1996 que

---

[108] Más adelante se detallan las características de este tipo de sistemas en lo que hace al uso del espectro radioeléctrico.

[109] Resolución SC 1815/95.

ESCORIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

instrumenta el Servicio de Comunicaciones Personales (PCS), podría entenderse que en lo que hace al primero de los servicios mencionados, su prestación principal seguiría siendo las comunicaciones de tipo "trunking"[110] a la vez que en el caso del segundo servicio su característica principal consiste en brindar telefonía móvil[111]. Más aún, en el artículo primero de la Resolución SC N° 490/1997 (Reglamento General de Clientes de los Servicios de Comunicaciones Móviles), al unificar las denominaciones de los servicios sólo se hace referencia al SRMC, STM y al PCS.

1838. Sin embargo - aunque en el artículo 4.6 del reglamento del SRCE se establezca como una posibilidad la interconexión mientras que en el artículo 11.4 del reglamento de PCS ésta tenga carácter obligatorio - dado el desarrollo tecnológico al que se hizo referencia más arriba, se ha hecho posible que NEXTEL se convierta, en la práctica, en operador de telefonía móvil. Más aún, tanto en la norma que instrumenta el reglamento del SRCE como en el de PCS figura que, para las cuestiones referidas a la interconexión, ambas se rigen por el marco regulatorio general del sector, más precisamente por el Reglamento Nacional de Interconexión incluido en el Decreto 764/00.

XIII.b.1.6.5. Sustitución de las atribuciones del espectro para los servicios de telefonía móvil.

1839. En lo que refiere a la operación que se está considerando, el análisis de la sustituibilidad de los servicios de telefonía móvil (SRMC, STM, PCS y SRCE) determinará las atribuciones del espectro que se consideran para el estudio de los efectos de la operación, en tanto el mismo es un insumo esencial para prestar

[110] "SRCE: Servicio de radiocomunicación móvil brindado por un prestador comercial por intermedio de una o más estaciones radioeléctricas centrales, que permite conectar entre sí las estaciones constitutivas de una red de abonado utilizando técnicas de acceso múltiple automático" Artículo 1.1, Res. SC 3085/9.

[111] "Servicio de comunicaciones personales (PCS): (...) servicio inalámbrico de comunicaciones de prestaciones múltiples que mediante el empleo de tecnología de acceso digital, posibilita las comunicaciones entre dos o más abonados a dicho servicio o entre tales abonados con los de otras redes y sistemas de telecomunicaciones (...)" Artículo 2. a) Res. SC 60/96.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

dichos servicios.

1840. Si se evalúa la sustitución por el lado de la oferta entre esos servicios móviles, la separación eminentemente regulatoria que se hace del espectro es un punto imprescindible en el análisis, dado que estos distintos servicios se prestan desde distintas "bandas" del espectro, con distintas coberturas geográficas y licencias.

1841. En Dictámenes anteriores la Comisión consideró a todos los servicios como sustitutos, incluyendo el SRCE a partir del cual se prestaban originariamente los servicios tipo Trunking.

1842. Esta decisión se basó en la consideración de que los servicios móviles prestados por los operadores a través de SRMC, STM, PCS no tardarían en desarrollar un servicio sustituto al de Trunking.

1843. La evidencia recolectada para el estudio de la operación confirma el análisis realizado por la Comisión, en tanto las firmas CLARO, PERSONAL y MOVISTAR han lanzado servicios que desde el punto de vista de la demanda son considerados sustitutos al Trunking ("Push to Talk Over Celular" –PTToC- en el caso de MoviStar y "Directo" en el caso de Claro).

1844. Así, esta Comisión continuará considerando sustitutos las porciones del espectro atribuidas a través del SRMC, STM, PCS y SRCE para la prestación de servicios de telefonía móvil.

XIII.b.1.6.6.Tecnologías de transmisión[112].

1845. Las tecnologías de transmisión utilizadas para la telefonía móvil han ido evolucionando a lo largo del tiempo desde sus primeros desarrollos originados en EEUU a principios de la década del 80. Estas evoluciones, en general, han permitido que los servicios de telecomunicaciones móviles agregaran una cantidad adicional de prestaciones de la mano de un aumento en las velocidades y capacidades de transmisión, como así también posibilitaron un uso más eficiente del espectro radioeléctrico.

[112] Esta sección se elaboró con base en la declaración de W. Hogg y M. Austin en el marco de la operación Cingular/AT&T en EEUU.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148
11628

1846. Se puede realizar una separación primaria en términos de evolución tecnológica entre tecnologías analógicas y digitales. Las primeras se caracterizan por ocupar un canal radioeléctrico en forma completa durante la comunicación y por ser más permeables a interferencias que las tecnologías digitales.[113] El nombre que recibió el estándar analógico fue AMPS (Servicio de Telefonía Móvil Avanzado).[114]

1847. Dentro de las tecnologías digitales se ha realizado una clasificación en cuanto a las fases de evolución que las distingue entre: tecnologías 2G, 2.5G y 3G. Esta clasificación se establece en función de la velocidad de transmisión promedio que permite cada tecnología. Como característica general todas estas tecnologías digitales hacen un uso más eficiente del espectro a través de una partición de los canales radioeléctricos, lo que permite que un mismo canal pueda ser utilizado al mismo tiempo para realizar más de una comunicación.

1848. Tecnologías 2G: dentro de esta categoría se identifican dos tecnologías TDMA (Acceso Múltiple por División del Tiempo) y CDMA (Acceso Múltiple por División en Códigos). Estas tecnologías se diferencian por la forma en que eficientizan el uso del espectro y por el aumento de la capacidad de transmisión. Si se tiene en cuenta a la tecnología analógica como base para la comparación, la tecnología TDMA incrementa la capacidad en tres veces y la tecnología CDMA (IS-95) puede llegar a aumentar la capacidad hasta seis veces. Estos dos estándares tienen la particularidad de ser cerrados, lo cual implica que existe un propietario de los desarrollos industriales.

1849. A principios de los 90 en Europa se comenzó a desarrollar un estándar tecnológico que tenía como fin poder brindar una amplia cobertura geográfica para aumentar la movilidad de los usuarios. Como producto de este desarrollo surgió el GSM (Sistema Global para Comunicaciones Móviles) que es un estándar abierto que permite a los proveedores de infraestructura acceder a los desarrollos tecnológicos para poder fabricar insumos de red y terminales.[115] El estándar GSM incrementa la capacidad de transmisión entre cuatro y seis veces.[116]

[113] Estas tecnologías suelen ser identificadas como de primera generación.

[114] Esta tecnología puede ser actualizada hacia el standard NAMPS.

[115] GSM utiliza la misma forma de eficientizar el uso del espectro que el estándar TDMA.

[116] El aumento de la capacidad puede llegar hasta 10 veces incorporando determinados codificadores de voz.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

1850. Tecnologías 2.5G y 3G: más allá de que las tecnologías 2G permiten la transmisión de datos, las tecnologías de tercera generación aparecen como una respuesta a la demanda de servicios móviles con mayor ancho de banda que permitan prestaciones adicionales. En general las tecnologías de 2.5G y 3G provienen de mutaciones de las de 2G. De esta forma GSM se actualiza e incrementa la capacidad de transmisión a partir del estándar GPRS (Servicio de Radio de Paquetes Genéricos) y a partir de EDGE que permite velocidades aun mayores (puede llegar en promedio a velocidades de 200 o 300 kbps). La tecnología 3G es la única tecnología que posibilita poder prestar el servicio de Internet móvil, producto que ambas empresas notificantes ofrecen hoy en día.

1851. Las tecnologías de 3G para el GSM son los desarrollos denominados WCDMA y UMTS que proveen altas velocidades de transmisión. El UMTS permite velocidades de transmisión de datos desde 384 kbps y 2 Mbps (dependiendo de la distancia del cliente respecto de la radio base).

1852. Contrariamente a lo sucedido con las tecnologías GSM y CDMA, la tecnología TDMA (propiamente dicha) no ha evolucionado hacia 2.5G o 3G. Según los especialistas la causa sería la baja penetración a nivel internacional de la tecnología TDMA.

1853. Finalmente cabe destacar que las empresas que ofrecieron el servicio de Trunking originalmente utilizaron en la Argentina la tecnología iDEN. Actualmente solamente NEXTEL se encuentra utilizando la misma de manera comercial.

1854. La existencia de distintas tecnologías disponibles para la prestación de los servicios móviles puede establecer ciertas incompatibilidades que impongan limitaciones en el mercado. Las principales limitaciones en la telefonía móvil son las de restringir las posibilidades de cambio de prestador para los usuarios. Se debe aclarar que la existencia de incompatibilidades es un concepto dinámico que varía a lo largo del tiempo a medida que se producen nuevos desarrollos tecnológicos en los insumos de red y en los terminales.

1855. Las incompatibilidades entre redes con distintos estándares y montadas en distintas frecuencias del espectro se han ido reduciendo a medida que se desarrollaron terminales que operan en distintas bandas del espectro radioeléctrico y que a su vez operan en redes de distinta tecnología.

1856. En la actualidad los operadores de telefonía móvil, con excepción de

NEXTEL que utiliza tecnología iDEN, comercializan sus servicios utilizando la tecnología GSM.

XIII.b.1.6.7. Utilización del espectro radioeléctrico.

1857. Como se mencionara anteriormente el espectro radioeléctrico constituye un insumo escaso e insustituible para las empresas de telecomunicaciones móviles, por lo cual de su disponibilidad depende la viabilidad de una empresa de este tipo de servicios.

1858. La investigación realizada por esta Comisión en el marco de anteriores Dictámenes concluyó que la acumulación de espectro genera una disminución de los costos totales del operador.

1859. A su vez, si bien la adquisición de espectro implica "el aumento de capacidad a través de la acumulación de espectro radioeléctrico genera costos fijos (por los pagos para la obtención del espectro adicional) iniciales; (...) no genera costos variables durante la operación de la red"[117].

1860. De esta manera, la cantidad de espectro acumulado por operador constituye un atributo esencial para el desenvolvimiento competitivo de los operadores, en tanto que una distribución desigual de este bien escaso entre operadores genera estructura de costos distintos y por tanto condiciones dispares de competencia[118].

1861. Nuevamente cabe recordar que al ser el espectro un bien escaso, su administración por parte del estado se vuelve crucial. Una vez determinado el límite de acumulación de espectro por operador por parte de la autoridad de aplicación, las empresas pueden incrementar la cantidad de clientes y/o servicios prestados en base a las técnicas de reutilización del mismo.

1862. La reutilización de frecuencias es un principio básico de los sistemas de distribución de tipo celular, consistente en utilizar más de una vez cada canal dentro de un área geográfica. Implica, por tanto, un rediseño de la estructura de la

[117] Ver Dictamen CNDC Nº417. (Conc. 448)

[118] De aquí la importancia que reviste desde el punto de vista de la competencia la Resolución 268/2004, la cual limita la acumulación de espectro por parte de las empresas notificantes hasta un máximo de 50 Mhz. por área.

red considerando la cantidad de espectro disponible, la potencia, las distancias entre radiobases y la cantidad y calidad del servicio que se pretende ofrecer.

1863. En cada punto del área de servicio, un equipo terminal de usuario recibirá una cantidad de potencia de la estación que debe atenderlo, a la que denominaremos "mejor servidor". Pero también recibirá emisiones provenientes de muchas otras estaciones de la red, en particular, de aquéllas que se encuentran emitiendo en la misma frecuencia que el "mejor servidor".

1864. La circunstancia descripta llevaría a priori a una situación no deseada de interferencia, que degradaría la calidad de las comunicaciones o imposibilitaría el establecimiento de las mismas. Para evitar este efecto no deseado se debe controlar en cada punto dentro del área de cobertura, mediante técnicas de diseño de red, la relación entre la potencia entregada al equipo terminal de usuario por el "mejor servidor" y la potencia total entregada a la misma terminal de usuario por todas las estaciones que utilizan el mismo canal.

1865. A esta relación se la conoce como relación portadora-interferente, o C/I, y se expresa en dB (decibeles). Cada tecnología tiene un valor mínimo de C/I por debajo del cual las comunicaciones se cursan con calidad inaceptable o directamente se interrumpen.

1866. Para lograr este valor se imponen características especiales a los sitios, tales como altura y tipo de antena, apuntamiento de las mismas, potencia de emisión por canal, cantidad de canales por sitios y distribución geográfica de las estaciones, todo lo cual limita y condiciona la cantidad de veces que puede usarse un mismo canal dentro de un área geográfica determinada.

1867. En cuanto a los recursos de software podemos destacar: (i) Modo de reducción de potencia: Algunos sistemas reducen la potencia de transmisión durante los períodos en que no hay comunicaciones en curso, bajando entonces los niveles estadísticos de interferencia y permitiendo un reutilización más frecuente para similar calidad de servicio; (ii) Sistema de reasignación dinámica de frecuencias: Ante situaciones de señal adversas (interferencia, etc.), los sistemas ofrecen la posibilidad de reestablecer la comunicación, en forma automática y no perceptible por el usuario, sobre canales que ofrezcan mejores condiciones a través de mecanismos diversos. Entre ellos podemos mencionar el handoff intracelda (por el cual la comunicación pasa de un canal interferido a otro

mejor dentro de la misma celda sin que la comunicación en curso se corte) y el frequency hopping (a partir del cual se asigna a la comunicación en curso, en forma rotativa, un canal no interferido dentro de todos los disponibles en la celda).

1868. En este sentido una vez alcanzado el límite mínimo en el coeficiente C/I para cada celda, ampliar la cobertura de clientes manteniendo la calidad del servicio de comunicación, exige ampliar la cantidad de canales disponibles. Estos niveles de saturación se verifican en particular en muchas áreas de la Región II.

1869. De lo dicho hasta aquí se desprenden dos conclusiones de suma importancia para el análisis de la presente operación: a). que una desigual acumulación de espectro implica ventajas productivas para el operador que detente una mayor cantidad del mismo, tanto en el mediano como en el largo plazo; y b). que tanto la utilización extensiva (acumulación de espectro) como intensiva (reutilización de espectro) verifican límites a la incorporación de clientes dentro de un área de cobertura determinada de una radiobase[119].

XIII.b.1.6.8. Evolución del mercado de Telecomunicaciones Móviles en Argentina.

1870. A continuación se hará una breve reseña de la evolución del mercado de telecomunicaciones móviles en la Argentina.

1871. Con el objetivo de implementar el desarrollo del mercado de telefonía móvil, el marco normativo de la actividad dividió al país en tres regiones: Región I (correspondiente al norte del país), Región II (correspondiente al AMBA) y Región III (correspondiente al sur).

1872. La prestación de servicios de telecomunicaciones móviles en Argentina comenzó en el AMBA en 1987 a partir del llamado a licitación para operar bandas de frecuencias en 800 Mhz atribuidas a los servicios de SRMC. Como producto de esta situación, MOVICOM, a partir de 1989, se constituyó en el primer prestador de los servicios de SRMC en el AMBA.

[119] Si bien podría considerarse que la innovación en las técnicas de reutilización de frecuencias incrementa periódicamente la capacidad para prestar mayor cantidad y calidad de servicio ofertado (considerando constante la cantidad de espectro), la disponibilidad de esta tecnología "es exógena a la empresa, atento a que los desarrollos tecnológicos son realizados por empresas proveedoras de insumo de red" y considerando mercados mas desarrollados que el Argentino. Ver Dictamen CNDC Nº 417 (Conc. 448).

1873. Con posterioridad, en 1993, en el AMBA se incorporó MINIPHONE como nuevo operador en las restantes bandas de 800 Mhz.[120]

1874. Como fruto de la expansión del servicio de telefonía móvil al interior del país se licitaron las mismas bandas del espectro que en la región II servían para brindar el servicio denominado SRMC. Estos servicios de telecomunicaciones móviles operados sobre las frecuencias de 800 Mhz. en las regiones I y III, recibieron la denominación de STM cuyas prestaciones eran idénticas al servicio existente en el AMBA. Las licitaciones de las primeras licencias para estos servicios se establecieron en el año 1992. A partir de ellas, en 1994 la empresa CTI se constituyó en el primer operador en dichas áreas geográficas. Esta empresa operó los servicios en exclusividad hasta 1996.

1875. En ese año, se otorgaron licencias para prestar servicios STM a las empresas vinculadas a las prestadoras de telefonía básica. De esta forma UNIFON se constituyó en un nuevo operador para la Región III y PERSONAL para la Región I, áreas que en su mayor parte eran operadas por las empresas controlantes para el servicio de telefonía básica.

1876. La expansión geográfica de cada operador hacia una cobertura nacional la posibilitó el otorgamiento de las licencias para operar los servicios PCS en 1998. A partir de esta licitación y en 1999 CTI comenzó a prestar servicios de telecomunicaciones móviles en la Región II. Por su parte UNIFON, PERSONAL y MOVICOM comenzaron a prestar servicios en las áreas donde hasta ese entonces no tenían espectro asignado. De esta forma UNIFON se expandió a las regiones I y II, PERSONAL a las regiones II y III y MOVICOM a la regiones I y III.

1877. Como producto de las licitaciones citadas y de las transferencias de espectro que pudieron ocurrir con posterioridad, la distribución de las asignaciones de frecuencias en el espectro atribuido para telecomunicaciones móviles, antes de la operación TELEFÓNICA/ BELL SOUTH, quedó conformada de la siguiente forma:

Cuadro Nº 12: Distribución de las asignaciones de frecuencias en el espectro

[120] Con posterioridad este operador salió del mercado y sus clientes y activos de red pasaron a las empresas UNIFON y PERSONAL por partes iguales.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

-148

FOLIO 11634

atribuido para telecomunicaciones móviles antes de la operación TELEFÓNICA/ BELL SOUTH

Banda de 1900 Mhz atribuida a PCS				
	Movicom	CTI	Unifón	Personal
Región I	40	20	40	20
Región II	20	40	30	30
Región III	40	20	20	40

Banda de 800 Mhz atribuida a SRMC y STM				
	Movicom	CTI	Unifón	Personal
Región I	0	25	0	25
Región II	25	0	12,5	12,5
Región III	0	25	25	0

TOTAL PCS, SRMC Y STM				
	Movicom	CTI	Unifón	Personal
Región I	40	45	40	45
Región II	45	40	42,5	42,5
Región III	40	45	45	40

Banda de 800 Mhz Atribuida a SRCE					
	Movicom	CTI	Unifón - RMD	Personal	Nextel
Región I					
Córdoba	3,5	0	0	0	18,5
Rosario	5	0	0	0	17,75
Ruta 9	0,5	0	0	0	4,75
Santa Fe	0	0	0	0	13,25
Región II					
AEBA	5	0	0	0	22
Región III					
Mendoza	5	0	0	0	17
Mar del Plata	0	0	0	0	12,25

Nota: las asignaciones de frecuencias para los servicios de SRCE se realizan por localidad

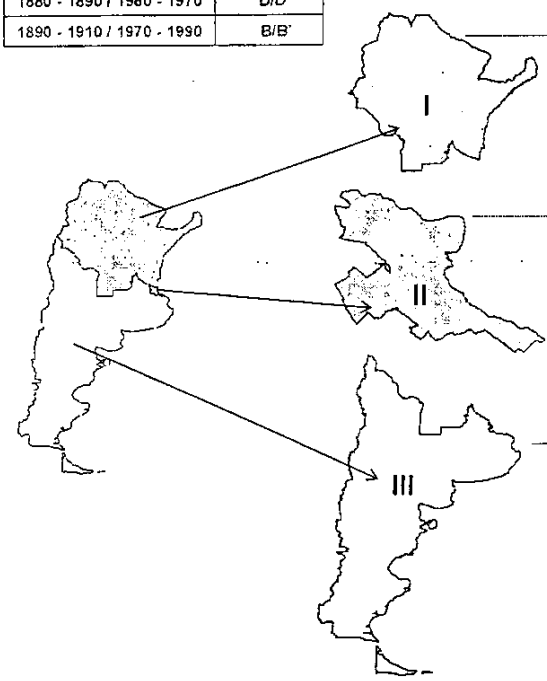
1878. La fusión entre Unifón y Movicom requirió de esta Comisión para su aprobación la devolución de un porcentaje del espectro radioeléctrico, en base al cronograma establecido por la Secretaria de Comunicaciones.

1879. A continuación se presenta un resumen de las frecuencias asignadas a cada operador por zona geográfica.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

FRECUENCIAS (MHz)	BANDA
1850 - 1870 / 1930 - 1950	A/A'
1870 - 1880 / 1950 - 1960	C/C'
1880 - 1890 / 1960 - 1970	D/D'
1890 - 1910 / 1970 - 1990	B/B'

SERVICIO DE COMUNICACIONES PERSONALES (PCS)
BANDAS A/A', B/B', C/C', D/D'



ÁREA I BANDA - PRESTADORES

- A/A' - TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A
- B/B' - TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A
- C/C' - AMX ARGENTINA S.A.
- D/D' - TELECOM PERSONAL S.A.

ÁREA II BANDA - PRESTADORES

- A/A' - AMX ARGENTINA S.A.
- B/B' - TELEFONICA MÓVILES ARGENTINA S.A.
  - TELECOM PERSONAL S.A.
- C/C' - TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A.
- D/D' - TELECOM PERSONAL S.A.
  - TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A.

ÁREA III BANDA- PRESTADORES

- A/A' - TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A.
- B/B' - TELECOM PERSONAL S.A.
  - TELECOM PERSONAL S.A.
- C/C' - AMX ARGENTINA S.A.
- D/D' - TELEFONICA MÓVILES ARGENTINAS S.A.

Fuente: CNC

1880. A partir del año 2003, con el crecimiento económico, el abaratamiento de los terminales y la masiva aparición de la modalidad prepaga, la cantidad de líneas se incrementaron a niveles superiores a la cantidad de líneas fijas.

1881. Comparativamente con la situación en otros países, el nivel de penetración (medido en cantidad de líneas de telefonía móvil sobre población total) para el año 2008 muestra que la Argentina tiene un importante mercado en lo que refiere a la cantidad de telefonía móvil, incluso en comparación con países de mayor nivel de desarrollo.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

-148

FOLIO 11636

Cuadro Nº 13: Penetración de la telefonía móvil por países.

País	Penetración	GDP p/c (ppp) 2008	Suscriptores
Argentina	111,90%	14.354	43.589.931
Chile	94,96%	14.688	15.903.700
Uruguay	105,64%	12.707	3.730.630
Brasil	80,69%	10.298	152.453.103
Panamá	87,83%	11.255	2.991.265
Costa Rica	33,17%	10.833	1.510.815
Venezuela	103,77%	12.933	29.090.487
Colombia	85,38%	8.337	40.666.951
Perú	63,26%	8.585	18.459.400
México	66,61%	14.582	78.911.269
Ecuador	85,65%	7.518	11.921.190
Dominican Rep.	79,77%	8.559	7.467.777
Cuba	3,75%	12.700	428.562
Paraguay	86,10%	4.767	5.678.124
Bolivia	43,57%	4.333	4.202.041
El Salvador	89,90%	6.052	6.276.420
Guatemala	83,32%	4.900	11.612.993
Nicaragua	47,92%	2.705	2.931.465
Honduras	76,76%	4.261	5.928.214
South Africa	95,75%	10.187	49.039.836
Algeria	85,40%	6.927	29.435.530
Egypt	58,65%	5.904	42.509.130
United States	90,55%	47.025	266.891.975
Canada	67,53%	39.339	22.061.123
Germany	129,46%	35.552	107.245.500
Italy	154,77%	30.705	90.466.659
United Kingdom	125,66%	36.571	76.017.230

France	86,27%	34.262	52.896.677
China	46,01%	5.943	618.525.000
India	30,34%	2.787	346.893.808
Indonesia	59,41%	3.990	138.578.727
Japan	82,53%	34.501	105.825.300
Australia	111,71%	37.478	23.290.000
Thailand	97,42%	8.380	62.359.753
Russia	133,76%	16.161	186.487.536
Poland	114,87%	17.560	44.104.175
Czech Republic	133,17%	25.755	13.534.324
Israel	123,45%	28.245	9.357.500
New Zealand	113,13%	27.017	4.713.299
Saudi Arabia	136,65%	24.120	36.197.807
Greece	176,37%	30.661	18.852.233
Oman	98,14%	26.095	3.219.865

Fuente: Informes de la CNC

1882. En este contexto, diversos analistas de mercado como así también los operadores del mismo, han señalado la importancia de focalizar la estrategia competitiva en la reducción del churn (pérdida de clientes) y el incremento del ARPU (ingresos promedio por cliente).

XIII.b.1.6.9. Definición de mercado relevante y análisis del impacto de la operación.

1883. Tanto MOVISTAR como PERSONAL prestan servicios de telefonía móvil. De manera que los servicios de comunicaciones móviles relevantes para el análisis de la presente operación comprenden el acceso y originación de llamadas desde un teléfono móvil y diversos servicios de datos (mensajes multimedia, Internet de acceso móvil, mensajes alfanuméricos, acceso a juegos, transmisión de imágenes y acceso a Internet por conexión del terminal móvil) ofrecidos a

consumidores finales como "agregados" a la telefonía celular[121], resultando indistinto si las frecuencias utilizadas para ello corresponden al STM, SRMC, PCS o al SRCE. .

1884. Los servicios de comunicaciones fijas no parecen resultar un sustituto efectivo de las comunicaciones móviles. Para evaluar si los servicios de telefonía fija y de telefonía móvil son sustitutos cercanos se han considerado variables como precios y prestaciones tecnológicas que ofrece cada uno de estos servicios.

1885. En este sentido, al evaluar la cuestión desde la telefonía móvil, su característica de movilidad limita en gran medida la capacidad de la telefonía fija para constituirse en un sustituto. Adicionalmente, en cuanto a la sustitución por el lado de la demanda, es posible ver que la telefonía móvil, a diferencia de la telefonía fija, tiene un mayor abanico de prestaciones para el usuario, dentro de las cuales se incluye la movilidad que permite una conexión permanente con la red de telefonía independientemente de la localización del usuario.

1886. A su vez, la demanda de dicho servicio incorpora un conjunto de bienes ofertados bajo la forma de canasta (voz, mensajes, Trucking, fotos, videos e imágenes, música, etc.), los cuales colaboran con la diferenciación del producto ya explicitada.

1887. La sustitución por el lado de la oferta se evidencia a la fecha como limitada. Por un lado existe una tendencia a la utilización de una misma infraestructura de red (Backbone). Sin embargo el resto de la infraestructura de red, que revisten fuertes inversiones en costos hundidos, son específicas de la red de telefonía celular.

1888. Por otro lado existen elementos de la red fija que podrían, en un futuro, utilizarse para prestar servicios móviles. Sin embargo a la fecha las mismas no están desarrolladas en el mercado.

1889. Por lo tanto, el mercado del producto se define como el de telefonía móvil y servicios de valor agregado, tal como oportunamente se lo hiciera en el Dictamen Nº 417 (Telefónica Móviles – Bell South Corporation).

1890. En los formularios presentados por las partes en el marco del expediente,

[121] Estos últimos servicios suelen ser llamados "de valor agregado", por resultar precisamente "agregados" a la telefonía celular.

se observa una definición del mercado relevante acorde a la realizada en este Dictamen por la Comisión.

1891. En respuesta a la Resolución CNDC 30/10 algunas de las empresas involucradas han disentido con la definición de mercado aquí realizada. Telefónica, en cambio no ha objetado esta definición e incluso en los Formularios presentados en el marco del expediente han propuesto al servicio de telefonia móvil como un mercado relevante en si mismo. Esta definición es coincidente con la realizada por la Comisión en este Dictamen y en su jurisprudencia. Telecom Argentina no ha realizada objeción alguna a la definición de mercado. El resto de las empresas, las cuales no participan de manera directa en el mercado de telecomunicaciones argentino, han objetado esta definición sin aportar evidencias que controviertan la definición realizada por esta Comisión.

XIII.b.1.6.10. Mercado geográfico.

1892. A los efectos de definir el ámbito donde evaluar los efectos de la operación debe considerarse la menor área geográfica sobre la cual un hipotético monopolista del producto definido encontraría rentable incrementar el precio en forma significativa y no transitoria.

1893. Si se aborda la definición partiendo de la forma de consumo del servicio, y dadas las particularidades del producto definido como relevante, el mercado relevante quedará definido a partir de los lugares desde donde los consumidores estén en condiciones de iniciar una comunicación.

1894. Si se considera que el consumidor usualmente consume el servicio en una localidad determinada, sea ésta su zona de trabajo o residencia, un prestador de telefonía móvil que no posea licencia en dicha área no resultará una opción válida para el demandante.

1895. Desde el punto de vista de la oferta debe tenerse en cuenta la particular división por áreas que la regulación ha determinado para la prestación del servicio. En ese sentido, y dado que para prestar los servicios dentro de cada área se precisa contar con las frecuencias respectivas, un operador que no contase con dichas frecuencias en determinada área no podría competir por los

usuarios de dicha zona. Sin embargo, la evolución del mercado tendió a conformar operadores con cobertura nacional (con excepción de Nextel).

1896. Como fuera mencionado anteriormente se considerarán dentro del mercado relevante los servicios ofrecidos desde las frecuencias atribuidas a PCS, SRMC, STM y SRCE. De forma que para poder prestar el servicio en cada una de las tres áreas es preciso contar en cada área con frecuencias correspondientes a alguna de esas atribuciones.

1897. Cabe notar que la densidad de población y la intensidad de uso de las frecuencias difieren por área, siendo el AMBA la zona donde la concentración de usuarios es mayor y la utilización del espectro es más intensa, seguida por el Área I (Norte) y finalmente el Área III (Sur). Estas asimetrías juegan a favor de una definición de mercado geográfico por cada una de dichas áreas.

1898. Por otra parte debe observarse que los cuatro operadores móviles cuentan en las tres áreas con frecuencias asignadas, diseñan su estrategia competitiva con un alcance nacional, hechos que juegan a favor de una definición del mercado geográfico con alcance nacional. Esta es la posición que sostienen las notificantes y ha sido también adoptada en otras jurisdicciones y por esta Comisión122.

1899. En consecuencia, resultará apropiado abordar el alcance del mercado geográfico desde una perspectiva nacional y, para el caso de la asignación del espectro radioeléctrico, incorporar algunas consideraciones para cada una de las tres áreas de prestación del servicio.

XIII.b.1.6.11. Efectos sobre la competencia.

XIII.b.1.6.11.1. Acumulación de Espectro Radioeléctrico.

1900. Para el análisis de los efectos de la operación se considerará, en el presente apartado, la acumulación del espectro radioeléctrico que esta conllevaría tanto a nivel de regiones geográficas como nacionalmente.

1901. En el apartado siguiente se analizarán las participaciones de mercado

[122] Dictamen CNDC Nº 417 (Conc. 448)

considerando los ingresos y la cartera de clientes de los distintos operadores de telefonía móvil.

1902. Las consideraciones referidas a la incidencia de la cantidad de espectro sobre las condiciones de competencia en el mercado ya fueron analizadas previamente. Resta, por lo tanto, evaluar el efecto de la acumulación de espectro en la presente operación.

1903. La participación de los principales operadores del mercado de telecomunicaciones móviles inalámbricas en el espectro radioeléctrico (en MHZ por región) previas a la operación[123] son las siguientes:

Cuadro Nº 14: Distribución del espectro radioeléctrico por operador. Antes de la presente operación.

ÁREA	EMPRESA	ESPECTRO ASIGNADO Total [Mhz]
I	TELECOM PERSONAL S.A.	45
	TELEFÓNICA MOVILES ARGENTINA S.A.	55[1]/50,50[2]/50,25[3]/50[4]
	AMX ARGENTINA S.A.	45
II	TELECOM PERSONAL S.A.	42,5
	TELEFÓNICA MOVILES ARGENTINA S.A.	65
	AMX ARGENTINA S.A.	40
III	TELECOM PERSONAL S.A.	40

[123] Es importante destacar que esta distribución contempla parte de la devolución tuvo que hacer Telefónica por la compra de Movicom. Sin embargo, resta devolver lo siguiente: Área I (5 Mhz); Área II (15 Mhz); Área III (5 Mhz).

TELEFÓNICA MOVILES ARGENTINA S.A.	55[5]/50[6]
AMX ARGENTINA S.A.	45

Nota: 1: Para Córdoba y Rosario; 2: Para San Pedro; 3: San Nicolás; 4: Resto del Area I; 5: Mendoza; 6: Resto del Area II.
Fuente: CNC

1904. Por tanto, analizando el cuadro anterior, se puede observar que de autorizarse la presente concentración económica124, las empresas involucradas tendrían una acumulación del espectro que superaría a los 50 Mhz permitidos por la Decreto N° 266/1998; en base al juicio del organismo regulador referido a la cantidad total de espectro que se puede destinar a la telefonía móvil y a cada operador.

1905. Esto es, en el Área I, llegaría a acumular 100 Mhz, en el Área II 107.5 Mhz y en el Área III 95 Mhz. Por tanto y en virtud de lo expuesto anteriormente, de aprobarse la presente operación, la acumulación del espectro que ostentarán las empresas involucradas, en primer lugar, excedería el límite que establece el marco regulatorio en el Decreto Nº 266/1998.

1906. Y en segundo lugar genera motivos de preocupación desde el punto de vista de la competencia, en tanto una distribución desigual del espectro trae aparejada los efectos ya desarrollados sobre los costos operativos y, por ende, sobre la capacidad competitiva de los operadores.

XIII.b.1.6.11.2. Acumulación de clientes y facturación.

1907. En forma preliminar al análisis de los efectos de la operación debe señalarse que la intensidad competitiva actual en el mercado relevante analizado es alta; sea que se lo visualice con una dimensión nacional, por áreas de licitación, en términos de facturación, número de líneas y acumulación de

[124] Incluso considerando al espectro que a la fecha aún no ha sido devuelto por Telefónica tras la operación de concentración TELEFÓNICA – Bell South.

espectro.

1908. Diversos elementos apuntan en el sentido mencionado. En primer lugar, como se ha observado en el acápite anterior las participaciones de mercado no se han mantenido estables a lo largo del tiempo, apreciándose variaciones tanto a nivel nacional como por área.

1909. En segundo lugar también cabe señalar la existencia de multiplicidad de planes que responden a los diferentes patrones de consumo del público, y el auge de la modalidad prepaga, que actualmente concentra alrededor de 80% del parque de terminales.

1910. En tercer lugar, existe competencia en dimensiones distintas al precio, como ser la publicidad, incorporación de nuevas tecnologías de transmisión, nuevos servicios y equipos terminales, que permiten la fotografía digital y su transmisión, navegación por Internet, etc.

1911. Los efectos competitivos horizontales que podrían derivarse de la operación bajo análisis pueden dividirse en efectos unilaterales y coordinados.

1912. Según los Lineamientos de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor, los efectos unilaterales se producen cuando como consecuencia de la operación se genera o fortalece el poder de mercado del que unilateralmente gozan las empresas involucradas en la concentración. En este caso, las empresas involucradas sin que resulte necesario el acompañamiento del resto de los competidores podrán influir sobre los precios, cantidades, calidad, variedad, cobertura del servicio y otras variables a través de las cuales se manifieste la competencia.

1913. El artículo 7º de la Ley de Defensa de la Competencia Nº 25.156 prohíbe aquellas "concentraciones económicas cuyo objeto o efecto sea o pueda ser restringir o distorsionar la competencia, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general".

1914. Los Lineamientos para el control de las Concentraciones Económicas establecen que "una concentración puede perjudicar al interés económico general cuando ella genera o fortalece un poder de mercado suficiente para restringir la oferta y aumentar el precio del bien que se comercializa. (...). La concentración del mercado es una función del número de empresas que participan en él y de sus participaciones. La existencia de un elevado grado de concentración en el

mercado relevante o de un incremento significativo en el mismo como consecuencia de la operación de concentración económica, es una condición necesaria pero no suficiente para que la operación sea objetada".

1915. Por su parte, en este mercado existen, además de MOVISTAR (Telefónica) y PERSONAL (Telecom) otros dos competidores directos en la prestación de servicios de telecomunicaciones móviles inalámbricas: El más importante de ellos es CLARO (TELMEX), que de hecho cuenta con la mayor cantidad de abonados del mercado, y el segundo es NEXTEL (cuarto operador en el mercado y con poco Market Share).

1916. Así, en cuanto a las cantidad de clientes por operador, para el año 2008.

Cuadro Nº 15: Participaciones de mercado de Telefonía móvil. En cantidad de clientes.

Servicios de Comunicaciones Móviles					
Cantidad de Clientes millones					
	2.004	**2.005**	**2.006**	**2.007**	**3Q2008**
MoviStar	3,4	8,2	11,1	13,6	15,4
Personal	3,8	6,2	8,4	10,7	11,9
Claro (CTI)	3,6	6,6	10,1	13,4	14,8
Movicom	2,4				
Nextel	0,4	0,5	0,7	0,8	0,9
Total	13,6	21,4	30,2	38,5	43,1
	2.004	**2.005**	**2.006**	**2.007**	**3Q2008**
MoviStar	25%	38%	37%	35%	36%
Personal	28%	29%	28%	28%	28%
Claro (CTI)	27%	31%	33%	35%	34%
Movicom	18%				
Nextel	3%	2%	2%	2%	2%
Total	100%	100%	100%	100%	100%

Movistar/Personal	53%	67%	65%	63%	64%
HHI pre					**3236**
HHI post					**5256**
Var HHI					**2020**

Fuente: CNDC en base a datos provistos por las Partes en el marco del presente expediente.

1917. Utilizando la información recabada por esta Comisión Nacional,en el conjunto del país las participaciones de mercado de las empresas en términos de facturación para el año 2008 a nivel nacional puede observarse en el Cuadro que sigue:

Cuadro Nº 16: Participaciones de mercado de Telefonía móvil. En facturación.

Servicios de Comunicaciones Móviles					
Facturación en millones					
	2.004	2.005	2.006	2.007	3Q2008
MoviStar	$1.379	$3.851	$5.129	$6.180	$5.631
Personal	$1.580	$2.592	$3.986	$5.364	$4.805
Claro (CTI)	$1.000	$2.251	$4.688	$6.174	$5.006
Movicom	$1.355				
Nextel	$580	$817	$1.056	$1.392	$1.300
Total	$5.895	$9.511	$14.859	$19.110	$16.742

	2.004	2.005	2.006	2.007	3Q2008
MoviStar	23%	40%	35%	32%	34%
Personal	27%	27%	27%	28%	29%
Claro (CTI)	17%	24%	32%	32%	30%
Movicom	23%				
Nextel	10%	9%	7%	7%	8%
Total	100%	100%	100%	100%	100%

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

Movistar/Personal	50%	67%	62%	60%	63%
HHI pre					2961
HHI post					4933
Var HHI					1972

Fuente: CNDC en base a datos provistos por las Partes en el marco del presente expediente.

1918. La observación del cuadro anterior permite apreciar que el grado de concentración existente en el mercado de telefonía móvil resulta ser alto, incluso con anterioridad a la presente operación de concentración, reflejado en un HHI[125] de 2.961 puntos. La participación de MOVISTAR en este mercado alcanza alrededor del 34% y, la participación de PERSONAL al 29%.

1919. Ante la presencia de los datos expuestos, de aprobarse la operación de concentración tal como fuera notificada, las Empresas Involucradas alcanzarían una participación, en valor total de facturación en el mercado de telefonía móvil, del 63% incrementando la concentración del mercado en 1972 puntos.

1920. Tal es así, que de esta forma la empresa que se consolidaría de aprobarse la presente operación pasaría a detentar la mayor parte de la oferta de telefonía móvil y servicios de valor agregado con poder de mercado suficiente para restringir la oferta y aumentar el precio del bien que se comercializa.

1921. En este sentido, cabe recordar, a modo complementario, que la capacidad de sustitución de empresa de un cliente de telefonía móvil esta limitada por varios aspectos.

1922. Así, en primer lugar, en lo que refiere a las características de la demanda, que a la fecha no ha sido incorporada la portabilidad numérica en el servicio móvil. La misma favorecería la migración de clientes a otras redes, sin que estos afronten el "costo" de perder su numeración[126].

[125] El Indice de Herfindahl-Hirschmann es el índice más Standard encontrado en la Organización Industrial y es el más frecuentemente utilizado en el análisis antitrust para la medición de la concentración de un mercado. Se define como la sumatoria de los cuadrados de las participaciones de mercado de las empresas que actúan en la industria analizada. Los valores del HHI oscilan entre 0 (mercado perfectamente competitivo) y 10.000 (mercado monopólico).

[126] Switching Cost

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

1923. Después, en segundo lugar, y como fuera analizado a lo largo del presente análisis, la cantidad de clientes a los que podría abastecer un operador (manteniendo la calidad de servicio a un nivel mínimo exigible) esta limitada por las condiciones de acumulación y reutilización del espectro radioeléctrico, el cual en la actualidad (según los operadores) se encuentra en sus máximos niveles[127]. Así ante la hipotética suba de precios del operador con posición dominante, difícilmente un competidor estaría en condiciones técnicas de absorber una demanda de servicio adicional de magnitud tal para lograr disciplinar los precios de mercado.

1924. Otro punto a tener presente es que finalmente existen diferentes efectos horizontales, no menos relevantes, que requieren su análisis particular.

1925. Recapitulando, en efecto, otra preocupación que generaría la aprobación de esta operación se relaciona con el denominado "efecto de red".

1926. Otra mirada de la cuestión hace menester mencionar las indagaciones realizadas por esta Comisión que han mostrado que es una estrategia comercial habitual en el mercado realizar descuentos sobre la utilización de la telefonía móvil hacia el interior de la red. Estas promociones toman la forma de descuentos sobre el precio de la llamada y/o disponibilidad para la utilización gratuita de una cantidad de números de destino dentro de la misma empresa.

1927. Así, lo que en la actualidad podría considerarse como una condición en el que se desenvuelve la competencia de mercado, de aprobarse la operación podría significar un riesgo de limitación de la competencia.

1928. Si se considera que la racionalidad económica que subyace a este tipo de promociones, la cual reside en la posibilidad de utilizar una capacidad ociosa al interior de la red[128]; se observa que de aprobarse la operación aquí analizada los incentivos para realizar dicha conducta se verían incrementados en base a un aumento en la capacidad ociosa de la redes fusionadas.

1929. En este caso, y como el tamaño de la red de la empresa concentrada sería sensiblemente mayor a la de sus competidores, la probabilidad de llamadas que

[127] Sobre todo en las principales áreas urbanas, la mayoría ubicadas en la región II, donde se acumula el grueso de la demanda de estos servicios.

[128] y que por lo tanto no genera una mayor necesidad de inversión en infraestructura para costear el incremento en el tráfico intrared derivado de dicha promoción

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

terminen sobre su misma red aumenta.

1930. Por ende los usuarios estarían incentivados a trasladarse hacia la empresa con mayor red para recibir dicho beneficio. Este efecto puede reforzar aún más la cantidad de clientes, lo cual redundaría en el ejercicio del poder de mercado y la posibilidad de excluir a un competidor eficiente (CLARO).

1931. Por todo lo señalado hasta aquí, en lo que refiere a la acumulación del espectro, facturación y clientes; esta Comisión considera que los efectos de la operación en este mercado genera preocupación desde el punto de vista de la competencia.

1932. Por otro lado, es importante destacar que no se observa que exista la amenaza de un ingreso rápido (en el corto plazo), probable (que el entrante pueda desempeñarse rentablemente en el mercado) y significativo (con capacidad de disciplinar el eventual ejercicio de unilateral sobre precios y/o cantidades de la empresa concentrada)[129]

[129] En su respuesta a la Resolución CNDC 30/10, las empresas han manifestado que esta Comisión debe considerar la existencia de las Cooperativas locales como posible competidores en el mercado de telefonía móvil. Cabe hacer notar que estas cooperativas no están en condiciones de disciplinar el poder dominante en el mercado de telefonía que surgiría de la concentración entre TELEFÓNICA y TELECOM. En primer lugar no es esperable un ingreso rápido de las mismas (corto plazo), en tanto no cuentan con la infraestructura necesaria para brindar estos servicios. Cabe indicar que este mercado se caracteriza por requerir importante costos hundidos en infraestructura de red. Por otro lado no cuentan con el espectro radioeléctrico necesario para prestar este servicio. En segundo lugar, la escala que pueden alcanzar estos operadores difícilmente pueda hacer la entrada rentable al sector que se caracteriza por economías de escala y densidad. En tercer lugar no resulta esperable que la amenaza de entrada de las cooperativas resulte con capacidad efectiva de disciplinar a la empresa resultante de la concentración Personal y Movistar.
Cabe recordar que estas cooperativas surgieron en áreas de baja densidad poblacional y escasa teledensidad. A modo de ejemplo cabe señalar que dichas áreas locales agrupan menos del 5% del total de líneas fijas del país. A su vez, como lo explica el representante de FECOTEL Juan Carlos Passadore en Audiencia Testimonial celebrada en Julio de 2009, estas cooperativas se dedican a una "multiplicidad de actividades. Una de ellas es la telefónica. Entre otras hacen, si bien no todas, brindan servicios de electricidad, de agua, de gas envasado, funerarios, de salud, y en algunos casos también tienen ventas de artefactos electrodomésticos, y no se si me olvido de alguna otra actividad, esencialmente es eso. Todos estos servicios son brindados en sus propias localidades". Cabe recalcar que estas Cooperativas brindan los servicios dentro de su área local: "todas dan el servicio en su área local, en algún caso que yo conozca compiten, como en Santa Rosa La Pampa, la cooperativa eléctrica que comenzó a brindar telefonía hace tres cuatro años. Es el único caso que tengo conocimiento que este compitiendo con TELEFÓNICA. Las

XIII.b.1.6.11.3. Efectos Competitivos Verticales: Roaming y Terminación De Llamadas En Red De Destino.

1933. Como ocurre con la mayoría de los servicios de telecomunicaciones, las relaciones verticales entre competidores poseen un rol importante en la industria, básicamente por el carácter complementario que pueden tener las redes de prestadores que a su vez compiten entre ellos. En tal sentido es esencial que los operadores tengan acceso a las redes de los otros para poder brindar servicios de mayor cobertura y/o prestaciones130.

1934. La mayor concentración (horizontal en el mercado), sumada a la existencia de relaciones verticales, puede generar incentivos para el ejercicio de conductas exclusorias en el mercado, consistentes en el incremento de costos a rivales o en dificultar el acceso a las redes.

1935. En el caso de los servicios de telecomunicaciones móviles se presentan las siguientes relaciones verticales: roaming y terminación de llamadas en redes de destino (en comunicaciones originadas y terminadas en teléfonos móviles).

XIII.b.1.6.11.3.1. Servicios de "Roaming".

1936. Los planes ofrecidos por las empresas móviles a cada abonado determinan un área de "residencia" u "origen" que se corresponde con la cobertura geográfica de la red de cada prestador[131]. Dentro de esa área las

---

cooperativas asociadas a FECOTEL son entidades que originariamente hacían telefonía en conjunto con ENTEL. Son lugares que a las grandes prestatarias no les interesa llegar por no ser rentables".

Finalmente si se considera el análisis realizado en lo que refiere a los efectos de red, y el que se realizará a continuación en lo que refiere a los costos de terminación de llamadas móvil – móvil, se observa que estas empresas difícilmente pueden competir con un operador con posición dominante.

Así, esta Comisión considera que las Cooperativas no pueden ser consideradas como potenciales entrantes con capacidad de ingreso rápido, probable y significativo al mercado de telefonía móvil.

[130] Dictamen Nº 417 – Telefónica – Bell South.

[131] Cabe notar que esta área puede estar conformada por puntos dispersos de cobertura y no necesariamente por una sola región geográfica determinada.

comunicaciones efectuadas no implican un cargo adicional para los clientes.

1937. El roaming se da cuando este cliente sale de esa área geográfica y pretende utilizar sus servicios de comunicaciones móviles en zonas donde la empresa a la que está suscripto no tiene cobertura de red pero existe otra empresa que sí la tiene. En estos casos, este último operador debería dar Roaming para que el abonado pueda tener servicio en esa zona.

1938. Cabe aclarar que el servicio de roaming no debe confundirse con la interconexión que establecen los operadores móviles entre sí. Ésta implica simplemente la posibilidad de que los clientes de un prestador de servicios móviles se comuniquen con los clientes de otro prestador. Mientras que el roaming se refiere a la posibilidad de que un cliente pueda comunicarse con cualquier otro teléfono, tanto móvil como fijo, cuando está en una zona geográfica en la que su compañía de servicios móviles no tiene red.

1939. La importancia del roaming para el análisis de competencia en los servicios móviles radica en que los consumidores valoran la extensión geográfica de la cobertura de su proveedor, haciendo de esta extensión una de las variables competitivas más relevantes de las empresas. Esta situación genera incentivos a que los operadores móviles subsidien sus estaciones con capacidad ociosa en las zonas de baja densidad de población, y financien esto con la red instalada en las zonas metropolitanas.

1940. Este subsidio cruzado implica una barrera a la entrada al mercado, dado que si bien en las áreas más densamente pobladas es posible un mayor nivel de competencia, es difícil entrar en ellas sin tener que instalar radiobases en las áreas menos pobladas. Sin embargo, hoy en día los prestadores del mercado de telefonía móvil poseen todos cobertura nacional y sus radiobases se encuentran distribuidas en todo el territorio argentino. (Ver Anexo de radio bases)

1941. La forma más extendida de los servicios de roaming en la actualidad en Argentina es el denominado roaming automático. En esta modalidad se practican acuerdos de roaming entre los prestadores de manera que sus abonados puedan transitar desde la zona de un prestador a la de otro y, sin tener que efectuar ninguna solicitud o adquisición de servicios adicionales, continúen con sus prestaciones y, por lo tanto, sin efectuar pagos adicionales a los de su plan. Esta variante implica que el roaming es pagado directamente por la empresa de

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

FOLIO 11651

"residencia" a la empresa que tiene cobertura en la zona visitada por el abonado.

1942. De acuerdo con esto, existen contratos celebrados entre los prestadores de telefonía móvil que les permiten ofrecer a sus clientes servicios de comunicaciones con cobertura geográfica nacional.

1943. Otro elemento que hace a la necesidad de que los operadores móviles deban brindar roaming reside en la posibilidad de que un nuevo competidor pueda ingresar a competir sin la necesidad de desarrollar una red que abarque todo el territorio nacional desde el inicio de su actividad, lo que implicaría, como se dijo, una barrera a la entrada. La situación esperada desde el punto de vista de la competencia sería que los operadores ya establecidos le cobraran al nuevo operador un precio remunerativo por el uso de la red, como sucede ya entre estos operadores entre sí.

1944. En este sentido, la resolución de la Secretaría de Comunicaciones N° 1824/1998 establece "que, todo licenciatario de Servicios de Radiocomunicaciones Móvil Celular, Telefonía Móvil y oportunamente de Comunicaciones Personales deberá celebrar, con la totalidad de los prestadores que operen dichos servicios en áreas distintas a la propia, los convenios respectivos para determinar las condiciones de los servicios a prestar a los abonados itinerantes". En la actualidad, esta resolución ha quedado sin efecto dado que todos los prestadores operan en todas las regiones con una distribución de Radio Bases que abarca la mayoría del territorio nacional.

1945. Cabe destacar que los acuerdos sobre provisión de roaming están hechos entre partes e implican un beneficio para la empresa que lo brinda. De aquí que exista un incentivo económico para la celebración de estos acuerdos, al realizar una mejor utilización de su propia red (ya instalada). Por otro lado, la empresa demandante de Roaming incrementa la capacidad competitiva con respecto a la oferente gracias a que puede ofrecer planes con cobertura geográfica extendida.

1946. Sin embargo, como ya fuera señalado, al existir una estrategia nacional de los tres principales operadores que abarca a todas las regiones del país, el incentivo a denegar el uso de la red queda reducido sustancialmente y es altamente probable que, en general, los acuerdos comerciales en cuestión sean alcanzados sin problemas por todos los prestadores.

1947. Por lo dicho, como consecuencia de la presente operación, no se generan

incentivos para el ejercicio de conductas exclusorias en el mercado a partir del servicio de roaming.

XIII.b.1.6.11.3.2. Terminación de llamadas en red de destino

1948. En vista de que actualmente el valor de la terminación en las llamadas móvil – móvil se determinan por acuerdos privados entre los operadores cabe analizar los efectos que la operación notificada pudiera tener sobre la determinación del valor de la terminación de llamadas originadas en otras redes móviles y terminadas en las redes móviles de las notificantes.

1949. En ese sentido, la empresa fusionada, por su mayor tamaño podría resultar en un recibidor neto de pagos por terminación y en ese sentido podría tener incentivos a aumentar los precios del cargo por terminación de llamada en su red.

1950. Este tipo de conducta elevaría los costos para las llamadas originadas en redes de otros operadores y terminadas en la red de la empresa concentrada y por ende colocaría en desventaja a los competidores.

1951. De aprobarse la operación lisa y llanamente como está planteada por las partes quedaría conformado un operador con una estructura de red asimétrica, el cual tendría incentivos económicos para incrementar el precio de la terminación.

1952. Así, esta Comisión Nacional entiende que la operación generaría problemas en el mercado de terminación de llamadas, el cual afectaría a las empresas competidoras y finalmente al usuario del servicio.

XIII.b.1.7. Mercados mayoristas de telecomunicaciones.

1953. La estructura de red de un operador de telecomunicaciones se compone de la red troncal que realiza el transporte de larga distancia. De la misma se desprenden los tendidos al interior de las áreas locales, los cuales presentan una menor capacidad acorde al tráfico que transportan en dichas áreas. Finalmente, de los nodos de distribución que agrupan las comunicaciones dentro de las áreas locales, se desprenden los accesos a los hogares que demandan los servicios (última milla).

1954. Las condiciones en las que se ofrecen cada uno de los servicios

involucrados difieren según las condiciones de la oferta y de la demanda específica del servicio en cuestión.

1955. El usuario residencial, al demandar un servicio final como el de teléfono o Internet, hace uso de la infraestructura de uno o más operadores.

1956. A su vez, un operador de telecomunicaciones puede demandar las facilidades de otro operador para completar su red y poder ofrecer servicios a zonas y usuarios alejados de sus facilidades.

1957. En el análisis de la competencia en el sector de telecomunicaciones es de suma importancia considerar la infraestructura a partir de la cual se ofrecen los servicios. En efecto, las distintas partes que componen las redes verifican distintos niveles de desafiabilidad y por lo tanto de competencia efectiva y potencial132.

1958. Como señala TELEFÓNICA, haciendo alusión a un dictamen emitido por esta Comisión Nacional, "la red será desarrollada en tanto exista una densidad mínima de clientes en el área a cubrir que financie los costos comunes no sensibles al número de suscriptores. Dichos ahorros se conocen bajo el concepto de "economías de densidad". Así para determinados niveles de demanda el número eficiente de operadores –proveedores de red puede ser un número limitado; si aumenta la demanda por encima de un cierto umbral, socialmente podría verse justificada la duplicación a través del ingreso de nuevos operadores."[133]

1959. Existen diversos niveles de red, los cuales se distinguen fundamentalmente por el tráfico que trasladan a través de los ductos.

1960. Dado que el grado de competencia varía dependiendo de la cantidad de tráfico utilizado, lo cual hace a la escala que puede alcanzar uno o más operadores en la prestación de ese servicio, y el costo vinculado a la prestación del servicio en cada uno de los niveles de red.

1961. En efecto, la red de acceso al hogar transporta el tráfico entrante y saliente

[132] "Las condiciones de competencia respecto a los proveedores de infraestructura varían dependiendo de sobre cuál de esos elementos se focalice el análisis, es decir, que para aquellos activos de difícil o inconveniente duplicación el nivel de competencia será bajo mientras que en aquellos que no reúnen tal características el nivel de competencia será mayor". Dictamen N 417, p:26.

[133] Ver Contestación a la Resolución CNDC 30/10 realizada por Telefónica. Fojas 7489. Página 57.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

-148

11654

del hogar, mientras que una red de transporte de larga distancia transporta el tráfico entre dos localidades, regiones, países o continentes.

1962. Así, las redes troncales que vinculan grandes distancias y transportan gran capacidad suele verificar un mayor grado de competencia, en comparación con las redes de acceso a los hogares.

1963. De esta forma es esperable que en los tramos de red troncales que vinculan los principales centros de aglomeración del país, exista un mayor número de licenciatarios operando con redes propias

1964. En el otro extremo se encuentra las condiciones de competencia que verifica el mercado en los servicios prestados a los usuarios finales a través de las redes de acceso a los hogares[134].

1965. Los operadores de telecomunicaciones prestan servicios mayoristas (como carrier, a otra empresas del rubro, interconectando redes de distintos operadores), o minoristas (al sector corporativo, Pyme y residencial).

1966. En los servicios mayoristas, las redes son arrendadas por otro operador

98 En la presentación realizada por TELEFÓNICA como respuesta a la Resolución CNDC 30/10 se realiza una introducción acertada relativa a lo determinantes microeconómicos que dan origen a estructura competitiva en los mercados de infraestructura en las telecomunicaciones. Sin embargo, dicha presentación no reconoce la existencia de distintos mercados relevantes dentro del mercado mayorista de telecomunicaciones. Y lo que es peor aún, identifica las condiciones de competencia que verifica el mercado de arrendamiento de capacidad local con el todo el mercado. Así, luego de hacer una introducción general al mercado de infraestructura, expone un cuadro que muestra la cantidad de **áreas locales** (localidades) dentro de las cuales Telefónica presenta algún tipo de competencia (Ver fojas 7490).
Textualmente las partes afirman que *"Telefónica presta servicios en 988 áreas locales dentro de las cuales presenta algún tipo de competencia en 417 localidades"* (Fojas 7490). Y posteriormente argumenta que *"Telecom Argentina, como operador de red, está presente en 168 localidades, es decir 40% de las localidades donde Telefónica tiene competencia"* (Fojas 7490). De esta manera las partes hacen solamente referencia a los tramos incluidos dentro de las áreas locales, omitiendo el análisis de las redes troncales. Como se verá posteriormente, en el mercado de Transporte de larga distancia, según el análisis realizado por esta Comisión en base a la comparación de los mapas obrantes en los expedientes y considerando las declaraciones realizadas en Audiencia Testimonial por Edmundo Poggio (Director de Marco Regulatorio de TELECOM), las relaciones horizontales entre las empresas incumbentes en este mercado se verifican en todo el país.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

FOLIO 11655

(en forma iluminada u oscura, y con distintas tecnologías involucradas) para realizar transporte, iniciación, acceso, terminación, etc.

1967. Como se ha visto en los mercados minoristas, la clasificación de la demanda resulta de importancia, en tanto difiere el volumen de tráfico demandado y, nuevamente, las condiciones de competencia en los mercados involucrados en la prestación de dichos servicios.

1968. A los efectos del análisis que sigue importa destacar que las redes troncales de telecomunicaciones o backbones constituyen un soporte físico sobre el que pueden prestarse distintos servicios mayoristas con características específicas, y que se ofrecen utilizando un conjunto de elementos de red también específicos. Por tal motivo corresponde que sean tratados en forma separada desde el punto de vista de la competencia.

1969. Este es el caso de los servicios de acceso a Internet mayorista, de transporte de larga distancia de de voz y datos, y de arrendamiento de capacidad en áreas locales; cuyas características particulares serán desarrolladas en lo que sigue.

XIII.b.1.7.1. Servicios mayoristas.

XIII.b.1.7.1.1. Mercado de Acceso Mayorista a la red de Internet.

XIII.b.1.7.1.1.1. Mercado del producto

1970. La red de Internet esta conformada principalmente por cuatro actores: ISP's, backbones (operadores de red, que cuentan con redes troncales y de acceso local), usuarios de Internet que demandan acceso, y los usuarios de red que ofertan contenido.

1971. El Backbone se compone de redes de fibras ópticas troncales de larga distancia y locales, a través de las cuales se realiza el transporte de datos de gran capacidad. Este medio es la estructura física a través del cual se prestan todos los servicios de telecomunicaciones. Dada la característica de este medio físico reviste fuertes economías de escala.

1972. El desarrollo de los mercados puede traer aparejado la integración entre

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

estos actores, como sucede entre los proveedores de Internet minoristas (ISP) y mayoristas (Backbone Providers) y/o entre estos y los proveedores de contenidos para la Web. A su vez, el desarrollo de las redes sociales hace que los usuarios de Internet se conformen en proveedores de contenidos.

1973. Una ejemplificación del funcionamiento integrado de esta red podría suscitarse en el caso en el que un usuario final demanda un contenido a través de la Web.

1974. Este proceso involucra una serie de relaciones entre, en primer lugar, el usuario de Internet y el proveedor de acceso minorista (ISP), entre este último y el proveedor de acceso mayorista a la red de redes nacional y/o internacional, y finalmente entre el Backbone Provider (BP) y el Server donde se aloja el contenido demandado[135].

1975. Si bien existen casos en los cuales el acceso a la red de Internet por parte de un usuario (para demandar contenidos o servicios) implica la utilización de los activos de una sola empresa (i.e. en el caso en el que el ISP, Backbone y acceso final sea de una misma empresa), la valoración de los servicios asociados a la red se incrementa a medida que aumentan la cantidad de los usuarios interconectados.

1976. De esta manera la interconexión entre redes incrementa la valoración que hace el usuario que demanda el servicio, a la vez que incrementa la utilidad de los restantes usuarios, lo cual es el fundamento de las externalidades positivas que presentan los servicios de interconexión entre usuarios (como por ejemplo las telecomunicaciones)[136].

1977. El servicio de Internet presupone, por definición, la interconexión entre redes de operadores para la prestación de los servicios a los usuarios finales, quienes demandan interconexión (en un sentido amplio, no sólo de voz) con otros usuarios y contenidos a través de la red. "La red de Internet es una interconexión de redes. Cada una de esas redes tiene distintos elementos. Estos elementos

[135] A partir del avance y el desarrollo de los servicios que se ofrecen y demandan a través de Internet, las empresas de mayor volumen de negocios tienden a tercerizar el alojamiento y cuidado de los contenidos ofrecidos en la red a otras empresas que cuentan con buena conectividad al Backbone y, a su vez, con gran capacidad para administrar y alojar estos contenidos (Data Center).

[136] La literatura económica denomina a este fenómeno como economías de red.

son: servidores para las aplicaciones, puestos de trabajo para los usuarios, y en forma genérica tenemos lo routeadores, que son los encargados de distribuir el tráfico en una red y llevar su tráfico a través de las redes en las cuales está conectado para alcanzar el destino final de esa comunicación"[137].

1978. Así, las redes de los operadores se interconectan entre si. Este intercambio, a diferencia de los acuerdos de interconexión celebrados para la prestación de los servicios de telefonía local y de larga distancia, no tienen una regulación efectiva.

1979. Las distintas modalidades de interconexión de redes IP son: el intercambio gratuito de tráfico entre operadores de características similares (peering) o la venta del acceso mayorista a Internet, donde redes de mayor capacidad y cobertura ofrecen el servicio de acceso a nivel mundial (Tránsito)138. "Los proveedores de redes de acceso a Internet obtienen la conexión a través de uno de dos medio: a). acuerdos de tránsito, que proporciona acceso a Internet global y b). acuerdos de intercambio de tráfico entre redes homólogas (peering o interconexión), que prevén el intercambio, en determinados puntos, de cantidades comparables de tráfico entre dos redes de cobertura geográfica aproximadamente equivalente"[139].

1980. Mientras que el "transito es un servicio comercial que proporciona acceso a Internet mediante el pago de una cuota", los acuerdos de "interconexión suponen un acuerdo entre dos operadores, mediante el cual cada uno acepta el tráfico de los clientes del otro operador cuyo destino final sea su propia red"[140].

1981. Cuando se establece un acuerdo de peering, ambos BACKBONE PROVIDER ponen a disposición del otro el tráfico de cada red. Así, la existencia de peering entre los BACKBONE PROVIDER A y B, por un lado, y B y C por el otro; no permite a los usuarios asociados al BACKBONE PROVIDER A,

[137] Ver Audiencia Testimonial al representante de CABASE del 30 de Junio de 2009.

[138] Existen modalidades intermedias donde se establece un acuerdo de peering entre pares y en forma adicional se compensa el mayor o menor tráfico en una u otra red.

[139] Decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre la fusión entre MCI WorLey de Defensa de la Competenciaom y Sprint. 28 de Junio de 2000. Página 5.

[140] Decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre la fusión entre MCI WorLey de Defensa de la Competenciaom y Sprint. 28 de Junio de 2000. Página 5-6.

interconectarse con los usuarios y contenidos asociados al BACKBONE PROVIDER C.

1982. La interconexión entre muchos BACKBONE PROVIDER se puede realizar a través de un NAP (National Acces Point) o punto de acceso común, en donde los distintos BACKBONE PROVIDER se encuentran y ponen a disposición su tráfico[141].

1983. En términos del bienestar general, este peering colectivo, genera beneficios económicos en tanto evita realizar una interconexión entre cada BACKBONE PROVIDER. De esta manera, los NAP evitan saltos[142] y agilizan el tráfico[143].

1984. Sin embargo, existen factores que favorecen los acuerdos privados por sobre los colectivos, los cuales pueden ser tanto de índole económica como de seguridad. En lo que refiere a un BACKBONE PROVIDER con cobertura local, establecido en áreas locales alejadas al NAP, puede resultar más rentable realizar un acuerdo para que un solo BACKBONE PROVIDER le provea acceso nacional

---

[141] En al Argentina, existe un punto de interconexión en Buenos Aires, denominado NAP CABASE[141], administrado por dicha cámara, en donde se interconectan bajo esta modalidad "empresas dedicadas al negocio de prestación o generación de contenidos en Internet" y dentro de las cuales se pueden enumerar a TELMEX, PRIMA e IPLAN, entre otras

[142] Se denomina salto al acceso a una red de un tercero con la cual no se cuenta una interconexión física directa. Los Saltos, incrementan la demora en el tráfico, generando problemas en la calidad del mismo como ser la latencia. "A cada uno de esos acuerdos necesarios para poder acceder a una red de terceros a la que no estoy interconectado directamente se le da el nombre en castellano de saltos. Entonces aparecen los puntos de interconexión de redes, como CABASE, para disminuir la cantidad de saltos y generar de alguna manera mejor visibilidad dentro de la red y mayor velocidad porque cada salto genera un retraso. El NAP CABASE permitió dar un salto en la Argentina. Antes de una red de Argentina había que dirigirse a Estados Unidos, dar el salto ahí, y luego volver a una red en la Argentina". Ver Audiencia Testimonial al representante de CABASE del 30 de Junio de 2009

[143] Así, mientras que en el peering individual se requieren establecer N * (N-1)/2 enlaces para interconectar los N BACKBONE PROVIDER, la existencia del peering colectivo disminuye a N la cantidad de enlaces requeridos (en este caso, dirigidos hacia el NAP). "Sin una conexión directa el tráfico tiene que pasar por etapas adicionales (es decir, etapas intermedias de tránsito) y la calidad del servicio disminuye, llevando a un aumento de la latencia (es decir, se retrasa el transporte de tráfico) y a una mayor probabilidad de pérdida de paquetes". Decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre la fusión entre MCI WorLey de Defensa de la Competenciaom y Sprint. 28 de Junio de 2000. Página 8.

e internacional.

1985. En este caso, el BACKBONE PROVIDER no establece una relación de pares entre redes, sino una relación vertical en tanto le ofrece el servicio al BACKBONE PROVIDER local de interconectar, no solo los usuarios y contenidos propios, sino también a terceros BACKBONE PROVIDER con cobertura nacional e internacional.

1986. De esta manera, la relación entre los operadores de redes se establece de manera jerárquica, con acuerdos de intercambio entre redes similares (peering) y oferta mayorista entre redes con desigual cobertura (tránsito)[144].

1987. Los elementos que se consideran para determinar la jerarquía de un BACKBONE PROVIDER son la cantidad de clientes, la dimensión del backbone, la cantidad de tráfico acumulada, la cantidad de accesos de última milla asociados (sean de su propiedad o no).

1988. En efecto, el análisis de la estructuración de la red de Internet a nivel mundial muestra que existen una decena de operadores que, dada la extensión global de sus redes, realizan intercambio de tráfico entre sí y ofrecen a su vez a redes de jerarquía menor el servicio de conexión a la red de redes. A su vez, dentro de la áreas menores (a nivel regional o nacional, por ejemplo) los distintos operadores de red de similar magnitud y alcance realizan acuerdos de intercambio a nivel regional y o nacional y contratan el servicio de conexión global a operadores de nivel superior. Finalmente, a nivel local las redes de menor jerarquía y los ISP demandan conexión a la red nacional y/o internacional de Internet a proveedores de jerarquía superior145.

---

[144] "La interconexión es más económica que el tránsito, siempre que no haya de establecerse un numero excesivo de acuerdos de interconexión; de ahí la naturaleza jerárquica de Internet. Esta está también implícito en las propias estrategias empresariales de los operadores. Si les resultase mas barato adquirir transito que establecer acuerdos de interconexión, lo harían". Decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre la fusión entre MCI WorLey de Defensa de la Competenciaom y Sprint. 28 de Junio de 2000. Página 8.

[145] "La investigación de la Comisión ha confirmado su conclusión en la Decisión WorLey de Defensa de la Competenciaom/MCI de que Internet es una estructura jerárquica y de que existe una parte de proveedores de red de máximo nivel que garantizan su conexión enteramente mediante acuerdos de interconexión entre las redes de máximo nivel o en el ámbito interno. La investigación también muestra que los proveedores de red de máximo nivel siguen estableciendo entre ellos acuerdos de interconexión en puntos de interconexión

1989. Considerando los elementos vertidos hasta aquí, desde el punto de vista antitrust, corresponde realizar un análisis de la estructura jerárquica de la red de Internet en la Argentina para indagar la situación ex ante y ex post en este mercado.

1990. Para determinar el mercado relevante del producto corresponde analizar todos los bienes que se consideren sustitutos por el consumidor al ofrecido por las empresas involucradas en la presente operación, para así determinar el menor grupo de productos y/o servicios respecto del cual a un hipotético monopolista le resultaría rentable imponer un aumento de precios pequeño, aunque significativo y no transitorio.

1991. Cabe destacar que la estructura de red de las empresas involucradas las convierte a estas en las principales proveedoras del servicio de Internet mayorista en la Argentina. A su vez, las mismas realizan acuerdos de intercambio de tráfico (peering) en forma exclusiva, mientras que los demás operadores de red compran tráfico a las involucradas (en forma directa y/o a través de otro operador) e intercambian tráfico en el NAP de CABASE.

1992. La información recabada por esta Comisión muestra que TELEFÓNICA y TELECOM acumulan la mayor partes del tráfico realizado a través de las redes en la Argentina, lo cual se evidencia en la posición de mercado de las empresas incumbentes en los mercados de transporte mayorista y accesos locales.

1993. Aquí cabe resaltar, de manera sucinta en tanto se analizará con mas detalle posteriormente, que en el mercado de provisión de enlaces locales, es decir de tráfico al interior de las áreas locales; las empresas incumbentes acumulaban al 2006 el 75% de participación, según el análisis realizado por esta Comisión en el marco de la Concentración 621[146].

1994. En el mercado de transporte interurbano (transporte de larga distancia), en

privados. Por otra parte, los proveedores de red mas pequeños (de segundo nivel) continúan basándose en acuerdos de interconexión regionales o nacionales para obtener conexión nacional, regional y quizá Europea. Sin embargo, para obtener la conexión global, incluso los grandes proveedores de red europeos compran el tránsito a uno o más proveedores de conexión a Internet de máximo nivel". Decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre la fusión entre MCI WorLey de Defensa de la Competenciaom y Sprint. 28 de Junio de 2000. Página 14.

[146] Ver informe emitido por la Consultora Signals S.R.L del Expte N° S01: 0077292/2007/ Conc. 621

la ruta de mayor competencia que va desde Buenos Aires a Mendoza, las incumbentes rondaban el 60% de participación de mercado para ese mismo año[147].

1995. Otro indicador de la cantidad de tráfico cursadas a través de las redes, lo cual le otorgaría a las empresas concentradas capacidad para ejercer poder de mercado en la prestación de servicios como los mayoristas de Internet, es la participación de las mismas en el mercado de acceso a Internet residencial de banda ancha. En dicho mercado, a partir de los tendidos de última milla tienen una participación conjunta del 62,4% según al información publicada por Convergencia, a Setiembre de 2008, mientras que el Grupo Clarín concentra el 26.2% y aproximadamente un 11.5% el resto de los operadores[148].

1996. Similar situación se registra en los servicios de telecomunicaciones corporativos ofrecidos en forma conjunta con los servicio de voz y datos donde, aún compitiendo con empresas como Telmex y Global Crossing que llegan con sus propias redes hasta sus empresas clientes, la participación conjunta de las prestadoras históricas alcanzaría más de la mitad del mercado (56%).

1997. La posición dominante en los mercados ante dichos es el resultado de las extensiones de las redes de fibra óptica con la que cuentan las empresas. Telefónica contaba aproximadamente con 22.000 Km. de fibra óptica, mientras que la red de Telecom alcanzaba los 13.761 Km.[149].

[147] Ver Dictamen CNDC Nº650 (Conc. 621). En el resto de las rutas de transporte del país la posición de dominio es aún mayor, incluyendo zonas donde las incumbentes son las únicas que cuentan con tendidos de red en forma paralela.

[148] Es reconocida la dificultad que presenta la medición directa de los niveles de concentración resultantes en el mercado de acceso a Internet mayorista debido a los inconvenientes para discriminar dentro del tráfico total de telecomunicaciones aquel que corresponde específicamente a este mercado. El criterio que se ha adoptado en tales casos es el de indicadores indirectos. Mayor detalle sobre este punto puede consultarse en el dictamen correspondiente a la concentración MCI WorLey de Defensa de la Competenciaom / Sprint en el ámbito de la Unión Europea (disponible en la siguiente página de internet: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m1741_20000628_610_es.pdf).

[149] Como referencia se puede indicar que la red de Telmex cuenta con 4800 Km. Otros competidores como iPLAN y Gigared, con una cobertura más local que la de Telmex, es de 1.000 Km. aproximadamente. Estos valores dan cuenta de la extensión de la red de las empresas involucradas en comparación con otros operadores de telecomunicaciones.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

-148

11662

1998. En lo que refiere al acceso de última milla cabe resaltar que las incumbentes TELEFÓNICA y TELECOM contaban con 3.5 y 4.3 millones de líneas fijas (cerca de 8.5 millones de líneas telefónicas en conjunto) a través de las cuales están en condiciones de conectar a su Backbone a usuarios finales (residenciales y/o empresas)[150]. En efecto, la cantidad de clientes de telefonía fija residencial acumulan las prestadoras históricas es del 89%, mientras que el resto se reparte en partes iguales entre las cooperativas locales y las empresas entrantes[151].

1999. Esta posición de dominio de las empresas involucradas en cada uno de los mercados analizados las ubica como los únicos operadores con capacidad para garantizar, de manera conjunta e independiente del resto de los operadores, conexión a la red nacional de Internet. Así esta Comisión considera que el mercado relevante de la operación es la oferta de acceso mayorista a Internet de jerarquía nacional, el cual está compuesto por las empresas involucradas.

2000. A su vez, y en consonancia con la definición anterior, el resto de los operadores de red que ofrecen servicios de acceso mayorista a Internet nacional dentro del país conforman un mercado separado del que se definió anteriormente.

2001. Considerando la estructura jerárquica de la red de Internet, es razonable considerar la posibilidad de que exista, además del mercado definido uno o más mercados de acceso mayorista a Internet de menor jerarquía al definido anteriormente.

2002. Sin embargo, para el análisis de la presente operación no resulta relevante realizar una análisis más específico de la estructuración jerárquica nacional de la red de Internet, considerando que las redes de menor jerarquía a la definida aquí van a demandar tránsito de manera directa (adquiriendo tránsito IP a las involucradas) o indirecta (adquiriendo tránsito a redes que a su vez demandaron tránsito a las involucradas) a TELEFÓNICA y/o a TELECOM.

2003. Por lo dicho hasta aquí las empresas que participan en el mercado de

[150] Como es analizado en el mercado de Internet residencial, el acceso minorista a Internet por par de cobre (donde la tecnología ADSL es la más utilizada) puede ser ofrecido por ISPs integrados verticalmente con las incumbentes o por ISPs independientes. Sin embargo, en cualquier instancia, ese acceso se encuentra asociado al Backbone de la incumbente..

[151] Información aportada por la CNC en el marco de la investigación.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

acceso mayorista a Internet de jerarquía nacional, ofrecen acceso mayorista a Internet a redes de jerarquía menor dentro del ámbito local y a su vez demandan acceso mayorista a operadores internacionales de mayor jerarquía (los denominados Tier 1).

2004. Cabe destacar que en la Argentina, como en la mayoría de los países del mundo, este mercado no se encuentra regulado[152]. Así la posibilidad de que distintos BACKBONE PROVIDER no establezcan acuerdos de peering es factible y usual. Incluso, considerado la estructuración jerárquica enumerada en el punto anterior es justificable dentro de la racionalidad económica.

2005. La definición de la estructura jerárquica aquí realizada es similar a la jurisprudencia internacional. La Comisión de las Comunidades Europeas consideró en la decisión de la Comisión referida a la fusión de MCI WorLey de Defensa de la Competenciaom – Sprint y en otras realizadas con anterioridad[153], que el mercado a considerar involucra a los oferentes de acceso mayorista a Internet ubicados a un mismo nivel de jerarquía, como proveedores de acceso global a la red internacional de Internet (operadores de red de mayor jerarquía o Tier 1).

2006. Cabe destacar que el acceso a los contenidos nacionales de Internet, y a los servicios montados sobre esta red, no puede sustituirse a través de una conexión internacional alternativa en tanto esto generaría fallas en el servicio (demoras, latencias, perdidas de paquetes, posibles interrupciones, etc.) que serían percibidas por los usuarios finales vinculados a estas redes y, en última instancia, imposibilitaría el desarrollo competitivo de los operadores que quisieran cursar el tráfico por vías alternativas a la red de jerarquía nacional o jerarquía 1.

2007. En función de todo lo expuesto se define al mercado mayorista de Internet de jerarquía nacional como mercado de producto en el que se evaluarán los efectos de la presente concentración.

XIII.b.1.7.1.1.2. Dimensión geográfica de los mercados.

[152] Cabe destacar la excepción de Chile.

[153] Ver Decisión MCI - WorLey de Defensa de la Competenciaom

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

2008. Lo desarrollado anteriormente tiene vinculación directa en la definición de alcance nacional del mercado geográfico del servicio de acceso mayorista a Internet.

2009. Sustentan esta consideración las características de las redes que se fusionan en la presente operación y la importancia del tráfico nacional dentro de los contenidos demandados por los usuarios de Internet.

2010. Finalmente cabe aclarar que esta Comisión considera que el acceso a redes del exterior y posterior reingreso por ese medio a la red nacional como medio para acceder a las páginas Web de Argentina, no constituye un sustituto suficientemente cercano al realizado en forma directa a través de las redes que operan en el país, dado que la calidad de acceso a Internet que se le podría ofrecer al consumidor final tendría un nivel marcadamente inferior.

XIII.b.1.8. Transporte de larga distancia nacional e internacional.

XIII.b.1.8.1. Mercado del producto

2011. El mercado de transporte de larga distancia incluye la provisión de transporte de datos entre distintas áreas urbanas y el arriendo de determinada capacidad sobre la infraestructura para prestar el servicio de transporte de larga distancia.

2012. Este servicio es demandado por operadores de telecomunicaciones que brindan servicios de larga distancia pero que no cuentan con infraestructura para prestar el servicio por sí. De este modo el operador deberá recurrir a un "carrier" que le brinde el servicio de transporte de tráfico.

2013. En este caso es el dueño de la infraestructura quien administra los recursos y usa la facilidad para dar un servicio, pudiendo compartirla con otras necesidades (propias o de otros terceros). Esto es, un operador puede demandar la fibra oscura (no equipada)[154] para realizar un transporte nacional. En estos

[154] Según los dichos del representante de la empresa Global Crossing, en su declaración testimonial en el marco del dictamen CNDC Nº 650 (Expte Nº S01: 0077292/2007/ Conc. 621) a fs. 1015 y 1016, el mismo declaró que el "*servicio de fibra negra que provee GC SAC a Telmex y COMSAT en la ruta Buenos Aires-Mendoza implica brindarle del cable existente, dos pares de fibras no iluminadas (no equipadas).*

casos, deberán contar con el hardware para iluminar la red y realizar la bajada del tráfico en los puntos que desee.

2014. Si el operador de telecomunicaciones demanda la fibra iluminada, los elementos de hardware son aportados por el operador que presta el servicio. El transporte se realiza en este caso, hasta el punto donde se interconectan las redes[155].

2015. El servicio de transporte de tráfico puede ser remunerado al "carrier" en función del tráfico efectivamente transportado en el caso de voz (medido por minuto o fracción de minuto de comunicación) o puede pagarse por un monto fijo por una determinada capacidad de transporte disponible.

2016. Es decir, en todos los casos, se demanda un porción de la capacidad de la red del carrier, pudiendo variar quien administra el tráfico (el demandante o el carrier) y si el cargo es fijo o variable (por tráfico).

2017. En cuanto a la instalación de las redes troncales, la misma obedece a la circulación del tráfico de voz y datos entre los principales centros de aglomeración, ubicadas de manera tal de acumular la mayor cantidad de tráfico posible en los nodos troncales y minimizando los accesos locales. Es por tal razón que la principal ruta en la Argentina atraviesa el centro del país de manera horizontal, formando un tendido de redes troncales que une la Ciudad de Buenos

---

Dependiendo del equipo que el demandante le ponga a esas fibras va a poder usarlo como un enlace local o uno de larga distancia nacional, no internacional, ya que en este caso debe adquirir de GC SAC el servicio de transporte internacional. Sigue mencionando que: "*lo que se evita el demandante es hacer el tendido, la obra civil". El demandante de fibra negra debe ubicar un equipo para no ir perdiendo calidad en la señal, cada determinada cantidad de kilómetros, estos son los equipos repetidores. Si se quiere bajar en Córdoba desde Buenos Aires, por ejemplo, tendrá que instalar un equipo no ya repetidor sino un equipo de demultiplexado para bajar a menores capacidades. Después con su red propia en Córdoba tendrá que hacer la entrega o distribución."*

[155] Cabe destacar que dentro del sector se verifican otros acuerdos de intercambio de pelos de fibra entre prestadores, a través de la cual una empresa que no tiene infraestructura en una determinada zona intercambia con otro prestador, fibra oscura. "Hay que remarcar que si bien esta práctica de SWAP o arrendamiento de pelo fue habitual en los primeros cinco años de la década, la tendencia actual de los prestadores es la de rechazar ofertas de SWAP o arrendamiento por mas que posean una caudal importante de fibra oscura disponible a efectos de controlar el mercado intermedio de Internet, factor clave en la capacidad de ofertas de servicios de mayor calidad y menor precio en el acceso a Internet". Ver Audiencia Henoch Aguiar a fs. 1571/1580 – 1595/1613 – 1648/1651.

Aires con la ciudad de Mendoza (Buenos Aires, La Plata, Rosario, Córdoba, Mendoza)[156/157].

2018. Cabe destacar que la situación en el resto del país difiere sensiblemente de la señalada en dicha ruta. Según la declaración Testimonial del Director de Marco Regulatorio de TELECOM, Edmundo Poggio, "la red fija de TELECOM de larga distancia se extiende por todo el territorio nacional, y sus redes locales, básicamente por la región norte"[158]. A su vez, en la misma audiencia testimonial se le consultó al representante de TELECOM en qué "zonas de la Argentina se verifica superposición de redes entre Telefónica y Telecom, y qué utilidad tienen las mismas, DIJO: (para) transporte en todo el país"[159].

2019. Por su parte, en la declaración testimonial del Dr. Henoch Aguiar, el mismo mencionó que la mayoría de los "prestadores debe utilizar una red de larga distancia ajena para integrarse a la red pública de telecomunicaciones. En dicho caso, sólo la zona central del país donde hay pluralidad de redes de fibra óptica pueden conectarse con alguna libertad de elección del transporte que elijan"[160].

2020. En efecto, operadores de red que se encuentran compitiendo con infraestructura propia en la oferta de servicios (por ejemplo, en la prestación de los servicios de telecomunicaciones al sector corporativo como ser Transmisión de Datos, Internet Dedicado, etc.) en un área determinada, van a requerir para ofrecer estos servicios complementar su red con la de otro operador en otra área donde no cuentan con infraestructura propia. La complejidad de la industria hace al mismo tiempo que dos competidoras verifiquen relaciones horizontales y

[156] Esto obedece a la existencia de un gran tráfico de información (sea voz o datos), y las economías de escala y densidad en el transporte de los múltiples bytes (para la prestación de distintos servicios) con destinos diversos (el tráfico que se dirige a distintos accesos locales circula por la misma red).

[157] Según los dichos del representante de la empresa Global Crossing, en su declaración testimonial en el marco del dictamen CNDC N° 650 (Expte N° S01: 0077292/2007/ Conc. 621) a fs. 1015 y 106, el mismo declaró que: *"en esa ruta prácticamente están todos los operadores (Telefónica, Telecom, COMSAT, TELMEX), el corredor Rosario - Córdoba – Mendoza, es el corredor donde casi todos tienen ruta"*.

[158] Audiencia Testimonial celebrada el 1 de Junio de 2009 a Edmundo Poggio, como Director de Marco Regulatorio de TELECOM a fs. 1518/1524

[159] Audiencia Testimonial celebrada el 1 de Junio de 2009 a Edmundo Poggio, como Director de Marco Regulatorio de TELECOM, a fs. 1518/1524

[160] Audiencia Testimonial celebrada el 11 de Junio de 2009 a Henoch Aguiar a fs. 1595/1613

verticales al mismo tiempo.

2021. De aquí que la competencia en los servicios de infraestructura se convierta en un atributo deseable para el desarrollo de la competencia en el resto de los mercados de telecomunicaciones.

2022. En efecto, Global Crossing posee una red que, "en el caso de la Argentina va desde Las Toninas, hasta Chile, pasando por las principales ciudades, Rosario, Córdoba, San Luis y Mendoza"[161]. Vinculados a esta red troncal, la empresa cuenta con nodos en las principales ciudades, donde existe un tendido "de fibra metropolitana, que generalmente abarca la parte céntrica de las ciudades que tienen mas potencialidad".

2023. Por su parte, TELMEX cuenta con una red que une Buenos Aires con Mendoza (pasando por Rosario, Santa Fe y Córdoba); Buenos Aires con Bahía Blanca (pasando por La Plata, Las Toninas y Mar del Plata); y Buenos Aires con Uruguayana (pasando por San Nicolás, Campana y Gualeguaychú). A su vez, dentro de las principales ciudades que rodean el tendido cuenta con tecnología de acceso con red de fibra óptica, lo cual le permite prestar el servicio de arrendamiento de infraestructura local.

2024. Por tanto, los principales operadores de telecomunicaciones en la Argentina, que prestan el servicio de transporte de larga distancia son Global Crossing, Telmex, Telefónica y Telecom; las cuales compiten en la ruta que va desde Buenos Aires a Mendoza, atravesando las ciudades señaladas.

2025. A su vez, Telmex cuenta con un tendido de fibra en la ruta que va desde Córdoba a Salta, atravesando el Noroeste Argentino; y otros tendidos de menor cobertura hacia el Noreste Argentino.

2026. Cabe mencionar que existen otras empresas de menor cobertura con tendido propio en determinadas zonas, como puede ser Gigared (ruta de Buenos Aires por el nordeste hasta Resistencia), Telcosur (ruta que va desde la zona centro hacia el sur) e iPLAN (zona centro), entre otras.

2027. En virtud de lo anteriormente descripto y analizado, esta Comisión Nacional considera que el servicio de transporte de larga distancia (voz y datos)

[161] Ver Audiencia Testimonial a Luis Alberto Piccolo, representante de Global Crossing, el 1 de Julio de 2009 a fs. 1805/1812.

constituye un mercado relevante en sí mismo.

XIII.b.1.8.2. Mercado geográfico relevante

2028. En lo que respecta al ámbito geográfico a considerar para evaluar la concentración objeto de análisis, al existir diferentes condiciones de competencia en diferentes "rutas" de redes esta Comisión adoptará una visión restrictiva y, por tanto, se considerará a cada ruta individualmente.

2029. En este sentido, debe destacarse que las empresas involucradas se superponen como oferentes a lo largo de todo el territorio nacional.

2030. A su vez, cabe distinguir la situación competitiva registrada a lo largo del país en comparación con la registrada en la principal ruta interurbana que atraviesa la zona centro, donde además de las incumbentes operan las empresas entrantes. Este tendido parte desde Buenos Aires hasta Mendoza, atravesando las principales zonas urbanas del centro y Centro- Norte del país (Rosario, Córdoba, San Luis, entre otros).

2031. De este modo se tomarán como referencias geográficas para el análisis de la concentración en este mercado la ruta Buenos Aires – Mendoza y por otro lado se harán consideraciones sobre los efectos de la operación en otras rutas donde las empresas involucradas son las únicas que cuentan con la infraestructura necesaria para brindar este servicio y/o presentan alguna competencia menor de un tercer operador.

2032. En efecto, como se señaló anteriormente, existen diversas situaciones de competencia a lo largo del país, como la que se verifica en la zona norte (ruta noroeste y nordeste) y la zona sur. Sin embargo, se realiza el análisis antitrust las zonas de mayor competencia, considerando que en el resto del país existe menor nivel de competencia.

XIII.b.1.9. Provisión de enlaces locales (capacidad).

XIII.b.1.9.1. Mercado del producto

2033. La provisión de enlaces locales consiste en el arriendo de capacidad sobre

infraestructura de red en un área local, de manera independiente de la transmisión de datos sobre esos enlaces propiamente dicha, e incluye todas las actividades destinadas a proveer infraestructura, equipos y activos en general, utilizados como un insumo en la prestación de servicios de transmisión de señales de voz y datos[162].

2034. Los enlaces mencionados son medios de transmisión de información "punto a punto" de características específicas, sobre los cuales se pueden brindar servicios de transmisión de datos, de telefonía y de Internet.

2035. En este mercado, además de las empresas licenciatarias de telecomunicaciones que cuentan con redes de acceso local, existen otras empresas que actúan como oferentes del citado producto dado que tienen ductos y medios de transmisión de información propios y que ofrecen parte de esta capacidad a terceros[163].

2036. Dado que se tendrá en cuenta exclusivamente la demanda realizada por empresas licenciatarias de telecomunicaciones, y que éstas arriendan infraestructura para utilizarla como un insumo de los servicios que prestan, se considera que los enlaces utilizados en carácter de insumos no encuentran un sustituto eficaz en la adquisición de un servicio de transmisión de datos propiamente dicho. De allí que, como se señaló al comienzo del apartado, la provisión de enlaces es considerada para el análisis de la presente operación como un mercado relevante en sí mismo.

2037. Por tanto, de lo dicho hasta aquí se desprende que, éste es en esencia un mercado mayorista, en tanto los demandantes de estos servicios son licenciatarios de telecomunicaciones que no cuentan con redes propias en determinadas zonas locales y requieren de arriendo de las mismas para iniciar, terminar y/o transportar voz y/o datos[164].

[162] La definición de mercado relevante realizada en este Dictamen es coincidente con la realizada en el Dictamen CNDC Nº 417 del 22/12/2004 "BELLSOUTH CORPORATION y TELEFÓNICA MÓVILES S.A." (Conc. 448)

[163] Por ejemplo, las empresas de ferrocarriles arriendan capacidad sobre sus tendidos de fibra óptica.

[164] Como se señalo en Dictámenes la Comisión Nacional, existe la posibilidad de que empresas no licenciatarias demanden infraestructura independientemente de prestar un servicio sobre la misma. Sin embargo, su escasa incidencia sobre la demanda total de capacidad lo hacen despreciable.

2038. Para el análisis de la presente operación, y aún considerando las limitaciones tecnológicas en lo que refiere a su capacidad de transporte, esta Comisión Nacional incluye dentro del mercado relevante de producto de provisión de enlaces locales los servicios de arrendamiento provisto a través de tecnología inalámbrica.

XIII.b.1.9.2. Mercado geográfico relevante

2039. Siguiendo los lineamientos establecidos por la Comisión Nacional en anteriores Dictámenes, se considera que "el ámbito geográfico del mercado relevante provisión de enlaces locales es local dada la presencia de altos costos hundidos al ser un mercado de infraestructura" (no es sustituto de un área local determinada la infraestructura de otro operador en otra área local). Esto implica que para que una empresa pueda ofrecer capacidad en determinada localidad es necesario que invierta en ductos y enlaces en la misma, lo que constituye una barrera a la entrada significativa.

2040. En el caso particular en que el demandante sea un operador de telecomunicaciones, el arriendo de estos enlaces se utiliza generalmente para complementar la infraestructura de sus propias redes, por ejemplo en áreas donde el despliegue inicial de sus redes no estaba previsto, uniendo diversos puntos de su propia red, o conectando a un cliente de este operador en particular.

XIII.b.1.10. Efectos horizontales en los mercados mayoristas de telecomunicaciones.

XIII.b.1.10.1. Mercado mayorista de acceso a Internet: Descripción de la infraestructura de redes para el acceso mayorista a Internet.

2041. El mercado relevante donde se analizarán los efectos de la operación esta compuesto por TELEFÓNICA y TELECOM de manera exclusiva y su dimensión geográfica es de alcance nacional. Si bien existen otros operadores de red que cuentan con infraestructura propia, estos requieren de interconectarse a la red de las involucradas para ofrecer el servicio de acceso a internet otros backbones y/o

a los consumidores finales. Cabe destacar que la recíproca no se cumple.

2042. Esto se debe a que en la actualidad el Backbone de las empresas incumbentes es el de mayor capacidad a nivel nacional. En el caso de TELECOM ARGENTINA S.A., "Mas del 85% de nuestros clientes están conectados entre sí y al mundo con vínculos de fibra óptica, lo que garantiza el mejor costo por bit y la disponibilidad futura, en base a la incorporación de nuevos equipos electrónicos, de una capacidad mucho mayor a la que hoy puede vislumbrarse como necesaria"[165].

2043. Para el año 2008 el Backbone de TELECOM cuenta con 13.761 Km de fibra óptica a través de la cual alcanza más de 1000 localidades a lo largo del país[166]. En el caso de Telefónica, el Backbone alcanzo los 21.000 Km. para ese mismo año[167]. En ambos casos la extensión de la red de fibra óptica ha crecido en los últimos 5 años en valores aproximados al 20%.

2044. A su vez, ambas empresas han incrementado la capacidad de conectividad internacional, ya sea por medio de inversiones en redes propias, demanda de tráfico (con redes del tipo Tier 1 o de mayor jerarquía intenacional) y/o con acuerdos de peering; con el objeto de ofrecer un mejor servicio como operador nacional en el servicio de acceso mayorista a Internet.

2045. Así las dos empresas incumbentes se comportan como los principales oferentes de acceso mayorista a Internet a nivel nacional, en tanto cuentan con sendas redes de cobertura nacional no replicable y con una buena conectividad internacional.

2046. Como señala Telefónica en su contestación a la Nota 938/09 requerida por esta Comisión, "Internacionalmente, para alcanzar acuerdos de peering, las partes involucradas toman en consideración los siguientes parámetros: capacidades de tráfico de Internet gestionado, capilaridad y cantidad de nodos, dispersión

[165] "Se continuó fortaleciendo la estrategia de disponer de un Backbone de transmisión único sobre el cual se despliegan todos los servicios, de voz fija y móvil, de Internet y las soluciones de conectividad corporativa". Memoria y Estados Contables al 31 de diciembre de 2008 de Telecom Argentina S.A.

[166] Ver presentación realizada el 7 de Agosto de 2009 como respuesta al requerimiento Nota CNDC 937/09 a fs. 4149/4158.

[167] Información presentada por las partes y Estados Contables Individuales al 31 de diciembre de 2009 y 2007 de Telefónica de Argentina S.A.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

geográfica, balances de tráfico, etc.".

2047. Como se afirmó a lo largo del análisis de la estructura mayorista de las redes de Internet, considerando su estructura jerárquica, los Backbones establecen acuerdos de peering entre redes consideradas como pares. "La única empresa con que se ha establecido un contrato de intercambio de tráfico gratuito (peering) en Argentina, es Telecom Argentina S.A"[168]. Misma respuesta ofreció Telecom.

2048. En los siguientes cuadros se observa la evolución en la partición de mercado de las empresas involucradas, medida a partir de la cantidad de clientes y de la facturación anual.

Cuadro Nº 17: Evolución de la participación en el mercado involucrado (facturación anual en miles de pesos)

Año	Facturación en miles		Participación de mercado ex ante		Participación de mercado ex-post
	Telefónica	Telecom	Telefónica	Telecom	
2005	8.074.000	7.147.257	53,0%	47,0%	100,0%
2006	19.569.000	10.397.712	65,3%	34,7%	100,0%
2007	25.815.000	10.286.258	71,5%	28,5%	100,0%
2008	40.914.000	14.427.284	73,9%	26,1%	100,0%
2009*	52.500.000	22.075.985	70,4%	29,6%	100,0%

* 1 semestre

Fuente: elaboración propia en base a información provista por las partes

Cuadro Nº 18: Evolución de la participación en el mercado involucrado (cantidad anual de clientes)

	Cantidad de clientes		Participación de mercado ex ante		Participación de mercado ex-post
	Telefónica	Telecom	Telefónica	Telecom	

[168] Contestación de Telefónica a Nota 938/09 a fs. 4149/4158.

2005	71	131	35,1%	64,9%	100,0%
2006	98	187	34,4%	65,6%	100,0%
2007	122	173	41,4%	58,6%	100,0%
2008	144	188	43,4%	56,6%	100,0%
2009*	162	189	46,2%	53,8%	100,0%

* 1 semestre

Fuente: elaboración propia en base a información provista por las partes

2049. Se observa claramente que de aprobarse la operación aquí analizada sin condicionamiento alguno se consolidaría un monopolio en la provisión de servicios de acceso mayorista a Internet de jerarquía nacional, en tanto se concentran las dos empresas que competían en la provisión de este servicio en la Argentina.

2050. Cabe desatacar, a modo de comparación, que Telmex contaba para este año con 13 clientes de acceso mayorista a Internet y una facturación anual de $3,5 millones. Es decir, un monto equivalente al 5% de la facturación y al 4% de los clientes, si se compara con los valores que verificarían las empresas involucradas de aprobarse la operación.

2051. El resultado de esta operación sería la conformación de un único operador (donde antes había dos) con capacidad para garantizar conectividad nacional a la red de Internet; sin que la misma pueda ser replicada por otras empresas competidoras a través de su red de acceso nacional y/o internacional.

2052. A su vez, un precio que se establecía con algún grado de competencia (la cual se manifestaba en la captación de clientes, la cambiante evolución en las participaciones de la facturación y en el tendido de redes de fibra óptica) pasaría a conformarse de manera monopólica; sin la posibilidad que un operador de red nacional o internacional pueda disciplinar a las empresas involucradas.

2053. Por todo lo indicado esta Comisión considera que la operación genera motivos de preocupación desde el punto de vista de la competencia en este mercado[169].

[169] Cabe destacar que la Comisión de las Comunidades Europeas prohibió a través de la Decisión de la Comisión del 28 de Junio de 2000 la operación de concentración entre las redes MCI World Com y Sprint. La

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

11674

XIII.b.1.10.2. Mercado de transporte de larga distancia nacional e internacional.

2054. La red de transporte de larga distancia de la empresa TELEFÓNICA cuenta con 21.750 Km. de fibra óptica tendidos a lo largo del territorio nacional. Además Telefónica cuenta con cobertura de radioenlaces de alta y media capacidad, y con vínculos satelitales para llegar a zonas cordilleranas y de difícil acceso en general[170].

2055. Por su parte y como se mencionó en párrafos anteriores, TELECOM cuenta con una red de transporte de larga distancia que se extiende por todo el territorio nacional solapada con la perteneciente a Telefónica[171].

2056. Así las empresas involucradas se superponen, en primer lugar, como oferentes del mercado de producto definido en la ruta que va desde Buenos Aires hasta Mendoza, atravesando las ciudades antes mencionadas; junto con otras empresas entrantes al mercado de telecomunicaciones.

2057. Por lo tanto para evaluar la situación competitiva en la principal ruta donde se produce esta superposición debe considerarse la participación de las empresas del grupo Telmex (Techtel, AT&T y Metrored) y Global Crossing, entre otras.

2058. Como se evidencia en el cuadro, este mercado se encuentra liderado por TELEFÓNICA y TELECOM, las cuales poseen en conjunto una participación de alrededor del 60% medido en facturación para el año 2006.

Cuadro Nº 19: Participaciones del mercado de Transporte de larga distancia

Proveedor	Market Share

conclusión de dicha decisión dice que "la fusión entre MCI World Com y Sprint llevaría bien a la creación de una posición dominante (...) o al refuerzo de una posición dominante (...) en el mercado de prestación de conexión de máximo nivel o universal, a consecuencia de lo cual la competencia en el mercado común se vería considerablemente obstaculizada en el sentido del apartado 3 del artículo 2 del Reglamento de Concentraciones." Ver Decisión de la Comisión del 28 de Junio de 2000. Numeral 410.

[170] Ver Mapas de red troncal interurbana de los principales operadores de telecomunicaciones adjuntados en el presente expediente.

[171] Ver Audiencia al representante de Telecom, Edmundo Poggio, en el marco del análisis del presente Dictamen a fs. 1518/1524.

	2004	2005	2006
Telefónica	32,0%	32,5%	33,6%
Telecom	27,5%	27,1%	26,4%
GC SAC/Impsat	15,0%	13,8%	12,1%
Telmex	9,0%	11,7%	13,5%
Otros	16,5%	14,8%	14,4%
Telefónica/ Telecom	**59,5%**	**59,6%**	**60,0%**
Total	**100,0%**	**100,0%**	**100,0%**
HHI pre			**2361,94**
HHI post			**4136,02**
Var HHI			**1774,08**

Fuente: Dictamen CNDC Nº 650 (Expte Nº S01: 0077292/2007/ Conc. 621)

2059. La observación del cuadro anterior permite apreciar que el grado de concentración existente en el mercado de transporte de larga distancia resulta ser alto, incluso con anterioridad a la presente operación de concentración, reflejado en un HHI172 de 2.361,94 puntos.

2060. Los datos expuestos muestran además que, de aprobarse incondicionadamente la operación de concentración bajo análisis, las Empresas Involucradas alcanzarían una participación, en valor total de facturación en el mercado de servicios de transporte de larga distancia, del 60% incrementando la concentración del mercado en 1.774.08 puntos, valor que indica que las condiciones de competencia en el mercado relevante considerado sufrirán variaciones importantes.

[172] El Índice de Herfindahl-Hirschmann es el índice más Standard encontrado en la Organización Industrial y es el más frecuentemente utilizado en el análisis antitrust para la medición de la concentración de un mercado. Se define como la sumatoria de los cuadrados de las participaciones de mercado de las empresas que actúan en la industria analizada. Los valores del HHI oscilan entre 0 (mercado perfectamente competitivo) y 10.000 (mercado monopólico).

2061. Por tanto, de aprobarse lisa y llanamente la presente operación de concentración los efectos horizontales que generaría la misma en el mercado de servicios de transporte de larga distancia, principalmente evaluados en el área de la ruta Buenos Aires- Mendoza donde se verifica competencia, resultarían perjudiciales desde el punto de vista de la competencia, dado que las empresas involucradas aumentaran su poder de mercado en el control del tráfico de información (voz y datos).

2062. En el resto del país, como se detalló anteriormente, el grado de concentración de las redes es aún mayor. La ruta Noroeste que va desde Córdoba a Salta las incumbentes tienen solapamiento parcial, con un tendido realizado por la empresa Telmex. En la Región nordeste existe una red de cobertura regional, de la empresa Gigared (1000 Km. de fibra óptica aproximadamente). En la zona Sur existe un tendido realizado por Telcosur. En otras regiones del país las únicas redes en competencia son las pertenecientes a las incumbentes.

2063. Así, de aprobarse la operación quedaría conformada una empresa con posición dominante en las principales rutas de tráfico nacional y posición monopólica en el resto de las rutas a lo largo del país. Esta Comisión considera que la operación genera motivos de preocupación desde el punto de vista de la competencia en el mercado de transporte en todo el territorio nacional.

XIII.b.1.10.3. Mercado de arrendamiento de enlaces locales.

2064. Las empresas TELEFÓNICA y TELECOM cuentan con infraestructura para ofrecer este tipo de enlaces principalmente en la región sur y en la región norte, respectivamente.

2065. Por su parte, en las zonas de mayor aglomeración poblacional, donde existe una demanda de tráfico mayor, las empresas incumbentes han realizado tendidos locales fuera de sus áreas de prestación histórica[173]

[173] Este análisis es coincidente con la realizada en telefonía fija, para las localidades incluidas dentro del Grupo B.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

-148

11677

2066. A su vez en algunas de estas zonas las empresas de telecomunicaciones entrantes fueron tendiendo su propia infraestructura de red. Un ejemplo de este caso es Telmex, empresa que cuenta con tendido local en áreas locales del centro y norte del país[174].

2067. Por su parte, en las zonas de mayor aglomeración poblacional, donde existe una demanda de trafico mayor, las empresas incumbentes han realizado tendidos locales fuera de sus áreas de prestación histórica[175]

2068. Así se observa superposición de redes en algunas zonas de la Capital Federal, en el corredor que va desde Buenos Aires a Santiago de Chile, con bajada en las principales centros urbanos, y en los principales aglomerados urbanos del interior del país.

2069. Este análisis es coincidente con la información aportada por las partes en respuesta a la Resolución CNDC 30/10. En efecto, las partes afirman que "Telefónica presta servicios en 988 áreas locales dentro de las cuales presenta algún tipo de competencia en 417 localidades" (Fojas 7490). Y posteriormente argumenta que "Telecom Argentina, como operador de red, está presente en 168 localidades, es decir 40% de las localidades donde Telefónica tiene competencia" (Fojas 7490).

2070. Cabe recordar, en el mismo sentido de lo expuesto anteriormente, que el análisis del mercado de telefonía fija residencial dio como resultado solapamiento de redes en los principales centros de aglomeración urbana y de tráfico de red del país. En efecto, el conjunto de localidad incluidas en el Grupo B explican el 30% de las localidades y el 70% de las líneas existentes en todo el país.

2071. Esta Comisión luego del análisis efectuado, pudo consignar que existen solapamientos de redes de tendido local de las incumbentes. Estas localidades representan las áreas de mayor importancia a nivel nacional dado el tráfico que

[174] Nos referimos a Buenos Aires (Campana, San Nicolás, Pergamino, Pilar, La Plata y Mar del Plata), Santa Fe (Rosario, San Francisco, Santo Tomé y Santa Fe), Córdoba (Córdoba capital, Villa María y Rio Cuarto), Mendoza (Mendoza y Lujan de Cuyo), Entre Rios (Parana y Gualeguaychú y en las capitales de Tucumán, San Luis, Salta, Corrientes, Chaco y Neuquén.

[175] Este análisis es coincidente con la realizada en telefonía fija, para las localidades incluidas dentro del Grupo B.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

allí se demanda.

2072. Así las áreas de concentración horizontal revisten suma importancia si se considera la proporción del tráfico nacional que estas transportan a través de sus redes176.

2073. Por otro lado las empresas incumbentes ostentan, cada una en su zona histórica, los mayores volúmenes de facturación en concepto de arriendo de infraestructura de acceso local. Esto evidencia la gran extensión de las redes de las empresas incumbentes dentro de las áreas locales, la cual es sustancialmente mayor a la de los entrantes.

2074. De lo señalado se desprende que este mercado presenta como principales competidores a los prestadores históricos de los servicios de telecomunicaciones, tanto en las zonas donde existen solamente tendidos de red propios como en aquellas zonas donde, dadas las características socioeconómicas de la región, han ingresado nuevos competidores al mercado.

2075. A su vez, cabe recordar que las redes de distribución local completan el transporte de la capacidad dentro de un área local determinada. Así, estos elementos de red complementan a los mercados de transporte anteriormente analizados.

2076. Como se dijo anteriormente las incumbentes presentan solapamiento de redes a lo largo del territorio nacional, mientras que la principal diferencia entre ambas redes se encuentra en los tendidos analizados en éste mercado y los accesos a lo hogares; en tanto que, omitiendo la zona centro del país y los principales centros de aglomeración, cada una ha mantenido preponderancia en su zona de prestación histórica.

---

[176] En su presentación en respuesta a la Resolución CNDC 30/10, TELEFÓNICA afirma que "la integración de estas dos redes elimina inequívocamente un proveedor alternativo de red (es decir un competidor con infraestructura propia) resulta erróneo económicamente e irrazonable jurídicamente porque en una parte importante del país las dos empresas no se superponen en sus redes. Desde el punto de vista de la demanda, teniendo en consideración lo antes expuesto, el impacto eventual sería muy reducido". Fs 7490-7491). Cabe hacer notar que al analizar los efectos de la concentración las partes refieren a la cantidad de áreas locales donde se verifica concentración horizontal, cuando desde el punto de vista del tráfico de red correspondo observar la calidad de dichas localidades: estas son la de mayor densidad poblacional y que, a la vez, acumulan la mayor parte del tráfico nacional.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

2077. Así, aún en las zonas donde se verifica una infraestructura de red única perteneciente al operador incumbente; el principal competidor potencial a dicha empresa es el otro prestador histórico en tanto ya cuenta desplegada las redes troncales a través de las cuales cursar el tráfico entre las áreas locales.

2078. Cabe destacar que la diferencia de precios en el arrendamiento de capacidad entre las regiones donde solamente existen las prestadoras históricas y en aquellas zonas donde se verifica competencia con nuevos entrantes da cuenta de la importancia de la operación notificada para el desenvolvimiento competitivo.

2079. Otro elemento a considerar en este mercado es la relación entre los accesos locales y el acceso a los hogares. En efecto, el Local Loop se ha constituido en uno de los elementos de red con mayores dificultades para su duplicación lo cual le ha valido la definición de facilidad esencial.

2080. Por este motivo los operadores entrantes han orientado los servicios de telecomunicaciones al sector corporativo ubicadas en las regiones próximas a su zona de cobertura troncal (Telmex, Iplan, Global Crossing, etc); en tanto el uso que dan estas empresas a las redes (en tanto demandan servicios convergentes de voz, imagen y datos), hace rentable el tendido de red específico.

2081. Sin embargo, los beneficios de la escala verificados en el transporte de larga distancia son sensiblemente menores en las redes de acceso a los hogares (las bajadas de los ductos de transporte en las áreas locales donde se prestan los servicios).

2082. En efecto, a medida que la red se aproxima al hogar menor es la economía de escala (porque son menos los hogares que se interconectan), de densidad (menor volumen de tráfico) y de alcance (ahorro por prestaciones convergentes de servicios).

2083. Así, aún en las áreas locales donde han ingresado las empresas entrantes a competir en este mercado, la infraestructura de red de éstas verifica una capacidad competitiva fuertemente limitada (como en el del resto de los servicios de telecomunicaciones destinados al sector residencial).

2084. Finalmente cabe destacar que este servicio mayorista es utilizado por las empresas de telecomunicaciones para complementar sus redes en las áreas donde no cuentan con infraestructura propia.

2085. Así, el grado de competitividad en este mercado en las distintas áreas

locales tiene fuerte impacto sobre la capacidad competitiva de las empresas que no poseen infraestructura en dichas zonas y que requieren de esa facilidad para prestar servicios de telecomunicaciones con tránsito en dicha área local[177].

2086. De lo dicho hasta aquí se desprende que el mercado de provisión de enlaces locales se encuentra liderado por las empresas TELEFÓNICA y TELECOM, con presencia de las entrantes en algunas áreas locales.

2087. Una fotografía a nivel nacional muestra la preponderancia de las empresas incumbentes en el mercado de arrendamiento de enlaces locales. En efecto, las mencionadas poseen una participación conjunta superior al 70% de la facturación a nivel nacional, para el año 2006. Esto puede verse en el cuadro que sigue.

Cuadro Nº 20: Participaciones en el mercado de Servicios de Provisión de enlaces locales (capacidad).

Proveedor	Market Share		
	2004	**2005**	**2006**
Telefónica	40,0%	40,0%	39,0%
Telecom	33,8%	34,0%	35,0%
GC SAC/Impsat S.A.	10,5%	10,0%	8,6%
Telmex	6,6%	8,0%	9,0%
Otros	9,1%	8,0%	8,4%
Telefónica/ Telecom	**73,8%**	**74,0%**	**74,0%**

Fuente: Dictamen CNDC Nº 650 (Expte Nº S01: 0077292/2007/ Conc. 621)

2088. Si bien estos datos no son los que representan al mercado, dado su carácter local en cuanto a su ámbito geográfico, sirven para observar el poder de mercado que ostentarán las empresas notificantes de aprobarse la operación bajo análisis.

[177] De aquí surge que este mercado requiere de un análisis posterior en lo que refiere a los riesgos exclusorios que traería aparejada la concentración analizada en la presente operación.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

FOLIO 11681

2089. En efecto, la situación expuesta puede afectar negativamente la competencia en forma diferenciada según las distintas áreas geográficas que se consideren, conforme a la existencia de competencia de redes entre las incumbentes. Así, por ejemplo, en aquellas áreas donde existen redes superpuestas (cercanas al corredor Buenos Aires-Mendoza) es más probable la existencia de competencia directa en la provisión de enlaces locales.

2090. Además, en los principales centros de aglomeración urbanos ambas empresas cuentan con tendidos de fibra óptica dentro de las áreas locales.

2091. En el resto de las áreas del norte y sur del país, donde cuenta con tendido local la prestadora histórica, se verían afectadas las condiciones de competencia potencial ya que de aprobarse la presente operación dejaría de existir un proveedor alternativo de estos enlaces, con capacidad de ingreso en el corto plazo.

2092. Así, esta Comisión considera que la operación genera motivos de preocupación desde el punto de vista de la competencia en el mercado de arrendamiento de enlaces locales.

XIII.b.1.11. Efectos Verticales en los mercados mayoristas y minoristas

XIII.b.1.11.1. Marco conceptual.

2093. Se realizan a continuación un conjunto de consideraciones previas que permitirán focalizar cuáles son los motivos de preocupación que una concentración horizontal en los mercados de infraestructura y minoristas pueden generar, además del ejercicio de poder de mercado en términos de prácticas horizontales ya analizado, en los mercados relacionados verticalmente.

2094. Como se subrayó a lo largo de este Dictamen, los operadores de telecomunicaciones prestan los distintos servicios a partir de infraestructura propia y/o de terceros. La interconexión es un principio esencial de la industria, en tanto permite interconectar a los distintos clientes, independientemente del operador que posea infraestructura en su área.

2095. La interconexión y el arrendamiento de redes entre operadores es necesaria para prestar los distintos servicios finales, como ser telefonía fija local,

móvil y de larga distancia, Internet, servicios corporativos, etc. De todos los mercados minoristas analizados en la presente operación, solamente el mercado de telefonía tiene regulación efectiva referida a las condiciones de interconexión, la cual reglamenta la obligatoriedad de la misma con precios y condiciones determinadas por el regulador.

2096. En efecto, dado que el usufructo del servicio de telefonía fija fue otorgada bajo las condiciones económicas de un monopolio natural, el regulador estableció un Reglamento Nacional de Interconexión a los operadores de red que se adjudicaron dicha red pública. Este reglamento permite a los operadores entrantes prestar este servicio, aun sin contar otros clientes recibiendo el servicio a través de su red.

2097. Cabe desatacar que la obligatoriedad de interconectar redes no se cumple para la prestación del resto de los servicios de telecomunicaciones, como ser Internet banda ancha y los servicios corporativos. En estos casos prima la racionalidad económica, en tanto en un mercado competitivo los beneficios que traen aparejados la interconexión son mayores a los de arrendar infraestructura a terceros.

2098. Por el contrario, en un mercado mayorista de naturaleza no competitiva, con posición monopólica y/o dominante de un operador, puede resultar racional para éste no brindar la interconexión a otros operadores o hacerlo a precios no competitivos; en el caso que tenga la capacidad efectiva de ofrecer de manera directa los servicios en cuestión al cliente final. Es decir, siempre y cuando conforme una red con relativa independencia para prestar todos los servicios de telecomunicaciones a lo largo del territorio nacional.

2099. El análisis de los mercados mayoristas realizados hasta aquí muestra que esta situación se verificaría en la Argentina de aprobarse incondicionalmente la concentración entre las empresas involucradas en la presente operación, en tanto conformarían una estructura de red con alcance nacional, distribución local en la mayoría de las áreas del país y la mayor parte de los accesos de última milla.

2100. Estos elementos introductorios son de vital importancia para el análisis de relaciones verticales en el mercado mayorista, y entre estos y los minoristas; y para los casos donde no existe regulación efectiva sobre interconexión y/o acceso desagregado a la infraestructura del incumbente.

XIII.b.1.12. Relaciones verticales entre el mercado de acceso mayorista a la red de Internet de mayor jerarquía y otros operadores de red de jerarquía menor.

XIII.b.1.12.1. Introducción.

2101. El análisis de los efectos verticales de la operación en el mercado de acceso mayorista a Internet requiere de realizar unas consideraciones previas referidas a los acuerdos de interconexión entre redes de distintas jerarquías.

2102. En primer término corresponder aclarar que la prestación del servicio de tránsito IP elimina, en ciertas condiciones competitivas, la posibilidad de Free Riding que deviene de utilizar mayormente la red de un competidor (sea en forma intensiva y/o extensiva) para la prestación de un servicio a un cliente propio.

2103. El peering entre un Backbone Provider grande y uno chico permitiría a este último ofrecer servicios de red como si tuviera la cobertura de un proveedor de mayor jerarquía pero con menores costos.

2104. Por ello, según se señalara, dicha modalidad de conexión gratuita se realiza predominantemente entre redes de similar alcance; mientras que los contratos de tránsito se instrumentan mediante el pago que una red de jerarquía inferior le realiza a una de mayor alcance. En este último caso es que se registran posibilidades de que aparezcan prácticas restrictivas de la competencia.

2105. El análisis de esta situación requiere considerar las condiciones de competencia en el mercado de acceso mayorista a Internet. En efecto, y como fue señalado, "in a competitive backbone market, there may be a number of legitimate reasons for one backbone to refuse to peer with another backbone. Therefore, such a refusal may not constitute a barrier to entering the backbone market. As long as transit arrangements are available on a competitive basis, smaller backbones can enter and ensure that the backbone market remains competitive"[178]

2106. En segundo lugar la existencia de un mercado competitivo de acceso

[178] "The Digital Handshake: Connecting Internet Backbones". Michael Kende. Office of Plans and Policy. Federal Communications Commission. September 2000.

mayorista de Internet genera fuertes impulsos para que los acuerdos alcanzados redunden en beneficios pro competitivos para los consumidores, aún en los casos donde un backbone provider rechace acuerdos peering a otro operador menor.

2107. "In a competitive market, a backbone may refuse to peer with a smaller rival for legitimate, rather than anti-competitive, reasons. The paper shows that, backbone market, because competition among the larger top-tier backbones gives them an incentive to provide transit arrangements to smaller backbones in place of peering. If, on the other hand, there was a dominant backbone, the dominant backbone might be able to disventage actual or potential rivals in anti-competitive manner by, for instance, not peering or not providing transit to smaller backbones"[179].

2108. Así, mientras exista competencia entre los backbones de jerarquía superior, el propio desenvolvimiento del mercado podría incentivar el desarrollo de las redes de operadores menores para alcanzar a los de mayor jerarquía y establecer acuerdos de peering, a la vez que se garantiza el acceso a la red de redes mediante la compra mayorista de tránsito. Así, el acceso a las redes de mayor jerarquía a precios de mercado competitivos favorece la existencia y el desarrollo de la competencia entre distintas plataformas alternativas.

2109. Así lo consideró la Comisión de las Comunidades Europeas en la operación de concentración entre MCI World Com y Sprint, dos de los principales oferentes de red denominadas Tier 1180. Esa Comisión analizó el mercado en cuestión, incluyendo a nivel horizontal a las distintas redes de igual jerarquía, y concluyó que la operación significaba una concentración a nivel horizontal que obstaculizaba la competencia. Cabe destacar que dicha operación presentaba un Market Share menor al correspondiente a esta operación, en tanto a pesar de la operación existían otros operadores de red de la misma jerarquía.

2110. Debe considerarse que la capacidad de entrar y permanecer en el mercado como proveedor de acceso a Internet mayorista (e inclusive para prestar directa y/o indirectamente los servicios IP como IPTV, VoIP, Red Privada Virtual,

[179] "The digital handshake: Connecting internet backbones". Michael Kende. Federal Communications Commission. 2000.

[180] Ver "Decisión de la Comisión de 28 de Junio de 2000. Asunto No COMP/M.1741-MCI World Com / Sprint".

entre otros), esta directamente relacionada con la posibilidad de conectarse con otras redes (sea como Tránsito IP o peering).

2111. De aquí que si bien la negativa a realizar peering con otro backbone provider no es una conducta en sí, la estructura de mercado determina la capacidad de un backbone para negar interconexión y/o cobrar un precio abusivo de Tránsito IP a otras empresas.[181] Es decir, la consolidación de un backbone provider como prestador dominante del servicio puede generar las condiciones para que su accionar unilateral lesione el interés general.

2112. "A dominant backbone could harm the interest public in a number of ways. First, by definition a dominant firm has the unilateral ability to profitably raise and sustain retail prices above competitive level. In Addition, a dominant backbone would have both the ability and de incentive to stop cooperating with smaller backbones. Failure to cooperate could take a number of forms, including refusing to interconnect at all, executing a price squeeze, or degrading the quality of interconnection by not upgrading the capacity of connections with smaller backbones"[182].

2113. Un backbone provider con poder de mercado tiene incentivos para no interconectarse y/o ofrecer un servicio de menor calidad a otras redes, en tanto el usuario final de los servicios montados sobre las redes IP tendrían fuertes incentivos para cambiar de proveedor para apropiarse de las externalidades

181 Having denied peering to smaller backbones, ones might question wheter the larger top-tier backbones providing transit would either refuse to prvide transit to smaller backbones or simply increase the cost of transit in order to squeeze out the smaller rivals. There are two reasons that this would be unlikely in a competitive backbone market. The first reason is unique to the internet. In negotiating peering, one important bargaining chip is the number of customer to which a backbone provides acces; this includes the number of transit customers. Therefore, backbones will compete with each other to win transit customer to use as leverage when negotiating peering relationship with other backbones. The second reason is traditional, that the large backbone will compete for the transit bussines of smaller backbones in order to increase their revenues, wich will keep transit prices down. In a growing market such as the internet market, in particular, one would not expect it to be profitable for a competitive backbone to raise price, and thereby restrict sales, and growth in sales. Therefore, in competitive backbone market, no Backbone Providers is likely to find it profitable to use a price squeeze to disadvantage smaller rivals". Kende. 2000:20.

182 "The digital handshake: Connecting internet backbones". Michael Kende. Federal Communications Commission. 2000.

positivas derivadas de las economía de red vinculadas al operador dominante.

2114. A su vez, cabe señalar que la existencia de integración vertical entre el backbone provider, los accesos de última milla y los ISP, con posición dominante en cada uno de los segmentos, generan las condiciones propicias para la exclusión de competidores; en tanto a la vez que generan barreras a la entrada en cada uno de los segmentos enumerados, vuelve poco desafiables a estos mercados a lo largo de toda la cadena de valor[183].

2115. Cabe destacar que este proceso de migración de usuarios hacia redes del prestador dominante puede incentivarse no solo negando la interconexión, sino también degradando la calidad de la misma en forma directa o indirecta. En forma directa, en tanto los backbone provider tiene capacidad para disminuir y/o alterar el ancho de banda que lo interconecta con otro operador menor, lo cual será percibido por el usuario asociado a este último como una merma en la calidad del servicio.

2116. Si bien, la interconexión de las redes para prestar los servicios en cuestión hace que la calidad merme para ambos operadores, la cantidad de usuarios del backbone provider dominante en comparación con el pequeño hace que los efectos de la degradación impacte en mayor medida en este último.

2117. El price squeeze (estrechamiento de precios) a un backbone provider competidor con red de menor alcance, se puede materializar cobrándole precios excesivos de tránsito IP de forma tal que no pueda trasladar su incremento de costos al precio del servicio que ofrece, ya que en tal caso perdería clientes a favor del competidor que posee la red de mayor jerarquía.

2118. En la misma medida se vería reducido o desaparecería el margen de rentabilidad del operador de menor tamaño, lo cual los debilitaría comprometiendo su continuidad en el mercado. Tal conducta tiene también impacto sobre la calidad de servicio que esta en condiciones de ofrecer un competidor. En efecto, los costos elevados pueden traer aparejados la disminución de la calidad en los servicios prestados y hasta incluso la imposibilidad absoluta de continuar

[183] Esto, como se vera posteriormente, tiene fuertes impactos sobre la competencia actual en algunos servicios y sobre el desarrollo de los servicios IP en crecimiento en la Argentina, y los avances tecnológicos necesarios para prestar los mismos.

ofreciendo los mismos.

XIII.b.1.12.2. Efectos verticales entre el mercado de acceso mayorista a la red de Internet de mayor jerarquía y otros operadores de red de jerarquía menor.

2119. Hasta el 2004 el intercambio de tráfico de Internet se realizaba en la Argentina a través de un punto de interconexión público ubicado en Buenos Aires y administrado por CABASE[184].

2120. En el año 2004 se retiraron del NAP CABASE las empresas que contaban con Backbone con mayor cobertura, y pasaron a ofrecer el servicio de interconexión mayorista al resto de los ISP y operadores de red menores (este servicio fue denominado comercialmente "tránsito IP").

2121. Así, en la actualidad, el acceso a la red de Internet que puede realizarse a través del NAP de CABASE es limitado, en tanto no incluye a las empresas que abandonaron ese punto de acceso y que acumulan la mayoría de tráfico nacional.

2122. Desde el 2004 a la actualidad se ha consolidado en la Argentina un mercado de acceso mayorista a Internet, donde los principales competidores son las prestadoras incumbentes TELEFÓNICA y TELECOM, las cuales verifican una red de cobertura nacional.

2123. Cabe señalar que las condiciones de acceso a la red varían dependiendo de la existencia o no de superposición de infraestructura dentro de las áreas locales. "La diferencia radica en la cantidad de prestadores en cada lugar. En Buenos Aires el precio mayorista ronda los 120-150 dólares por mes. En el interior, dependiendo de la ciudad, puede ser de dos a cinco veces más. Solamente depende de cuantos operadores estén prestando servicios allí"185.

2124. La información provista por las partes muestra que la facturación anual promedio por cliente de Tránsito IP desde el 2005 hasta la actualidad de TELEFÓNICA y TELECOM se ha incrementado en un 185% y 114% respectivamente.

2125. En efecto las empresas incumbentes cuentan con una gran cantidad de

[184] Denominado NAP CABASE.

[185] Ver Audiencia CABASE. Página 4 a fs. 1798/1804.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

accesos a los hogares, lo cual hace que acumulen una gran cantidad de tráfico por su red. A su vez, revisten tendidos exclusivos (sin solapamientos) en sus áreas de prestación histórica, convirtiéndose en un proveedor monopólico del servicio en determinadas áreas locales y con posición dominante en otras186.

2126. De aprobarse la operación de concentración entre las empresas incumbentes, estas se consolidarían en un único Backbone de alcance nacional, a la cual todos los operadores de redes IP de menor cobertura deberían arrendar interconexión para acceder a las páginas nacionales.

2127. El backbone de la empresa resultante contaría con tendido local a lo largo de todo el país, y en comparación con la situación actual, duplicaría la cantidad de accesos a los hogares conectados a su red.

2128. Como fuera analizado en los efectos horizontales, el servicio ofrecido por las involucradas no verificaría un sustituto eficaz en el mercado, dado lo cual los operadores de red de menor jerarquía se enfrentarían, en el mejor de los casos, con un precio monopólico de un insumo.

2129. A su vez, desaparecería el principal competidor de TELEFÓNICA en la oferta mayorista de acceso a Internet, incrementando sustancialmente la capacidad para excluir a competidores no integrados que operan con redes de menor alcance (como ser Global Crossing, Telmex u otros operadores locales), mediante la negativa a interconectar otras redes a la suya y/u ofrecer el servicio de acceso mayorista a precios no competitivos y/o con calidad inferior.

2130. Así, las empresas involucradas estarían en condiciones de negar la interconexión (u ofrecerla a condiciones y calidad inferior) a operadores de menor jerarquía y así incapacitar a las mismas de ofrecer el servicio a otros operadores de red con infraestructura menor o sin infraestructura.

---

186 "PREGUNTADO AL TESTIGO PARA QUE DIGA si considera que, de aprobarse la operación, la entrada de un nuevo competidor para prestar los servicios de acceso mayorista a Internet sería posible y rentable. DIJO: conceptualmente el negocio mayorista de internet tiene dos aristas, una el acceso internacional y otra el acceso local. La construcción internacional depende de fibra óptica o satélite. La cobertura en ciudades y hogares permitiría tener mayor penetración. Desde el punto internacional es factible porque los precios internacionales bajan todo el tiempo. No pasa lo mismo a nivel nacional por ejemplo es más caro un enlace Bs. As. y otras ciudades del país, como por ejemplo Río Gallegos, Formosa o Roca que un enlace Bs. As. Miami." Ver Audiencia CABASE a fs. 1798/1804.

2131. Estos operadores percibirían rápidamente que la empresa concentrada es la única con capacidad para ofrecer el servicio de acceso mayorista a Internet a nivel nacional. De esta manera, el resultado de la operación podría implicar, en el extremo, la desaparición de cualquier oferente de acceso mayorista de Internet de jerarquía menor al del backbone resultante de la concentración entre TELEFÓNICA y TELECOM.

2132. Por lo señalado hasta aquí, esta Comisión considera que la operación conformaría un Backbone de jerarquía nacional no replicable, con capacidad e incentivos para excluir a otros Backbone Provider de menor jerarquía que ofrezcan el servicio de acceso mayorista a Internet dentro del territorio nacional.

2133. De esta perspectiva resulta relevante para el proceso competitivo que las redes de las empresas incumbentes (troncales, locales y de última milla), permanezcan bajo la propiedad de dos empresas competidoras.

XIII.b.1.13. Mercado mayorista de transporte (mercado aguas arriba) y los mercados de acceso local y otros servicios minoristas.

2134. Como se analizó anteriormente, de aprobarse la operación se verificaría una relación vertical entre las redes de transporte de TELEFÓNICA en la zona norte del país y las redes acceso local de TELECOM (y los servicios minoristas prestados a través de ellas); y entre las redes de transporte de Telecom en la zona sur del país y las redes acceso local de Telecom (y los servicios minoristas prestados a través de ellas).

2135. Como se señaló en apartados anteriores, las empresas incumbentes han invertido en tendidos locales de fibra óptica en la zona de prestación histórica del otro incumbente, para las áreas locales de mayor aglomeración.

2136. Por otro lado, la operación verificaría una integración vertical entre dos operadores que en la actualidad verifican competencia efectiva en el mercado de transporte, y competencia potencial en el de acceso local en aquellas áreas donde hoy en día no se verifica tal superposición (en tanto estarían en condiciones de competir en el mercado de acceso local a través de la red troncal ya instaladas).

2137. Por tanto, es importante analizar los efectos verticales derivados de la presente operación, como ser el eventual fortalecimiento de la capacidad de las

empresas para cerrar mercados y/o aplicar algún tipo de acción con efectos exclusorios sobre competidores en los mercados de provisión de enlaces locales y de transporte.

2138. En efecto, existen empresas de telecomunicaciones que cuentan con tendidos troncales próximos a ciudades, en las cuales demandan el tendido local a otro operador. La inversa sucede con operadores locales, las cuales al no contar con tendidos de larga distancia demandan transporte a otras empresas.

2139. Esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA entiende que la operación le otorgaría a las empresas involucradas un poder de mercado que le permitiría excluir competidores en los mercados relacionados verticalmente en este apartado e impedir la entrada rentable de otros competidores.

2140. En este sentido, un posible entrante al mercado de transporte de larga distancia en una ruta cualquiera tendría una barrera a la entrada en tanto difícilmente alcanzará una escala mínima eficiente que permita ofrecer este servicio, dado que los accesos locales a lo largo del territorio nacional estarían integrados con la principal competidora en el mercado de transporte de larga distancia.

2141. Asimismo, se advierten motivos de preocupación si se considera la hipótesis de ingreso de un entrante al mercado de provisión de enlaces locales y/o servicios de telecomunicaciones minoristas (accesos a Internet, transmisión de datos, etc.), ya que la presente operación implica un cierre del mercado de transporte relacionado "aguas arriba".

2142. A su vez, en lo que refiere a los operadores de red de cobertura local sin integración con las redes de transporte interurbano, las empresas concentradas podrían negar la interconexión y/o acordar precios no competitivos para el tráfico a través de sus redes en tanto compiten en la prestación de los servicios de última milla ofrecidos por sus competidores a nivel local. Por ejemplo, en la prestación de los servicios corporativos, Internet (ISP no integrados o con plataformas de acceso propias), y otros servicios prestados a través de tecnología IP.

2143. De esta perspectiva resulta relevante para el proceso competitivo que las redes de larga distancia de las empresas incumbentes y sus respectivos accesos locales y de última milla, permanezcan bajo la propiedad y el control de dos

empresas competidoras.

2144. Esta Comisión Nacional considera que los efectos verticales aquí analizados despiertan preocupación desde el punto de vista de la competencia.

2145. Finalmente es importante destacar que este análisis es complementario al realizado anteriormente en los efectos horizontales de la presente concentración en los mercados de acceso mayorista a Internet, transporte y accesos locales.

XIII.b.1.14. Mercados mayoristas de infraestructura y mercados minoristas aguas abajo.

2146. Por otro lado, es importante señalar que a través de las redes de los operadores se pueden ofrecer una serie de servicios a los consumidores finales. Operadores de menor cobertura (o con cobertura local), ISP's y cooperativas locales que no cuentan con redes propias de alcance nacional, estarían en condiciones de ofrecerlos en el caso que puedan acceder a una conexión eficiente a la red de redes.

2147. Es importante señalar que la prestación de servicios al sector residencial, como VoIP[187] e IPTV, y al sector corporativo, como ser las redes privadas virtuales que permiten unir distintos puntos geográficos a través del Backbone creando canales exclusivos de transmisión, requieren que el proveedor de red garantice el acceso a la red con calidad de servicio (QoS).

2148. En efecto la prestación del servicio de interconexión puede ofrecerse con o sin calidad de servicio, lo cual representa distintos precios en función a los costos involucrados[188]; en tanto la calidad de servicio requiere de inversión en "infraestructura, enlaces, espacios físicos, routers, servers (todo lo que constituye una red)". Una vez que se cuentan con los medios físicos, la QoS depende de la forma en que se administra una red.

[187] Voz sobre protocolo de Internet.

[188] "Manejar al red de extremo a extremo permite dar calidad de servicio. Cuando dependo de otra red, para dar calidad de servicio el dueño de esa red debe garantizar el servicio. Dentro de tu red podes manejar la calidad de servicio, cuando pasa por la red de un tercero necesitas que te garanticen la calidad de servicio. Es un acuerdo que lleva un costo distinto. Se hacen para servicios especificos que requieren esa calidad". Ver Audiencia Testimonial al representante de CABASE del 30 de Junio de 2009. a fs. 1798/1804

2149. Dada la estructura de mercado actual, en la cual las empresas incumbentes son competidoras con posición dominante en los servicios de telefonía de larga distancia nacional e internacional, Internet minorista, servicios de telecomunicaciones corporativos y controlan más del 70% del mercado de enlaces locales y el 90% de los enlaces de última milla de par de cobre (ver en la presente operación los análisis de los efectos de la concentración en los mercados de Internet minorista, telefonía fija local), y a su vez concentrarían la mayor parte del tráfico de Internet nacional; de aprobarse sin condición alguna la operación en la Argentina aumentaría la capacidad y los incentivos de las mismas para desarrollar prácticas exclusorias de tipo vertical contra competidoras actuales y/o futuras en los mercados minoristas aguas abajo[189].

2150. Así, como resultado de la operación las empresas concentradas estarían en "condiciones de disciplinar el mercado mediante la simple amenaza de reducir selectivamente la calidad de conexión de sus competidores. Esto le permitirá controlar tanto a sus competidores reales y potenciales como a los clientes de este mercado."[190]

2151. Nuevamente cabe considerar que existen según los datos de mercado[191] 3,2 millones de accesos minoristas a Internet (año 2008). De las mismas, cerca de 2 millones de usuarios acceden al servicio mediante el par de cobre de las incumbentes, mientras que el resto lo hacen a través de medios alternativos.

2152. Así los riesgos verticales se verificarían en primer lugar, para los ISP's no integrados verticalmente que brindan el servicio de Internet utilizando la plataforma mayorista de las empresas incumbentes (par de cobre), en tanto

[189] "PREGUNTADO PARA QUE DIGA si un proveedor de tránsito IP (acceso mayorista a Inter.) con capacidad para ofrecer QoS, podría técnicamente degradar la calidad de un contenido transportado para que el mismo no este en condiciones de demandarse con dicha calidad por parte de un usuario final. DIJO: técnicamente lo puede hacer. Puede armar rutas mas largas por ejemplo. No es lógico pero lo puede hacer. Puede hacerlo pasar por servers saturados también. 22. PREGUNTADO PARA QUE DIGA si un proveedor de acceso mayorista a internet podría técnicamente degradar el contenido originado en otra red y, paralelamente, ofrecer con QoS el tráfico originado y terminado en su propia red. DIJO: podría." Ver Audiencia Testimonial al representante de CABASE del 30 de Junio de 2009 a fs. 1798/1804.

[190] Decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre la fusión entre MCI WorLey de Defensa de la Competenciaom y Sprint. 28 de Junio de 2000. Página 37.

[191] Ver "Convergencia, Atlas y Anuario 2008".

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

utilizan la red de la incumbente para cursar el tráfico[192].

2153. Pero también cabe resaltar, por su participación en el mercado, que existen riesgos de exclusión vertical en la provisión de acceso minorista Internet en los hogares que demandan este servicio por medios alternativos al par de cobre[193] cuyo ejemplo más importante por inserción de mercado es el servicio denominado cablemodem prestado por las compañías de televisión por cable coaxil.

2154. En efecto, y de verificarse la hipótesis de exclusión vertical analizada, los usuarios de Internet de estas empresas percibirían una merma en la calidad de servicio, resultando beneficioso la utilización del par de cobre (asociado al Backbone de las incumbentes) como medio de acceso minorista a Internet[194]. Este análisis puede replicarse para cualquier proveedor de servicios con infraestructura propia que requiera conectar su red a la de las incumbentes.

2155. Una situación similar puede verificarse para el caso de los servicios corporativos. Las empresas competidoras a las concentradas dentro de un área local determinada requieren en muchos casos arrendar infraestructura en otra zona para ofrecer los servicios al consumidor final. Por lo tanto las empresas compiten y se interconectan a la vez, para la prestación de un servicio verifican relaciones horizontales y verticales.

2156. Esta situación es común en la industria de telecomunicaciones para la prestación de los servicios corporativos, salvo en los casos donde el demandante requiere de una conexión punto a punto sin interconexión con la red pública de telefonía y/o Internet, es decir en los casos donde se realiza la obra de ingeniería civil a medida del cliente y sin interconexión con otros usuarios.

---

[192] Además de el arriendo de la ultima milla, los ISP demandan en el mayor de los casos infraestructura de los operadores para cursar el tráfico desde el acceso local hasta su servidor. En forma alternativa el ISP demanda acceso mayorista a Internet. Para mas detalles, ver las relaciones verticales en el mercado de Internet residencial.

[193] En las zonas urbanas y de mayor aglomeración el cable coaxil de los cableoperadores ha resultado un sustituto efectivo al acceso a los hogares por par de cobre. Existen otros accesos residenciales alternativos al par de cobre que, según la capacidad de ancho de banda, podrían tener algún grado de sustitución con los servicio de Internet por ADSL (como ser inalámbrico, móvil, etc.)

[194] Cabe resaltar que esta situación podría suceder aún cuando el competidor cuente con la tecnología de transporte de la última milla más moderna y competitiva.

2157. En el resto de los servicios corporativos las empresas concentradas encontrarían rentable incrementar los precios de la infraestructura al competidor, o incluso negar la interconexión, generando a éste último la imposibilidad de competir con la empresa misma.

2158. Las empresas incumbentes, las cuales cuentan con sus propios Data Center, encontrarían rentable ejercer el poder de mercado que le otorga su poder de mercado como backbone de cobertura nacional para ofrecer conectividad a sus Data Center integrados aguas abajo. Estas empresas estarían en condiciones de ofrecer un servicio no replicable por el resto de los Data Center competidores, en tanto no tendrían forma de acceder a la red de Internet nacional de un manera rápida y segura.

2159. Es importante recordar que de concentrarse los accesos locales de las incumbentes en manos de un solo operador, la empresa resultante de tal operación controlaría el inicio y la terminación del tráfico de Internet de la mayoría de los hogares y empresas.

2160. Así, la extensión del poder de mercado aguas abajo no sólo impactaría en la participación de mercado, sino en el desarrollo de la tecnología de última generación, la cual es de vital importancia para el desarrollo de los servicios IP[195].

2161. A su vez, relacionado con la calidad de servicio, la concentración del tráfico nacional de Internet en un prestador con posición dominante genera condiciones anticompetitivas en base a innovación, tanto en el mercado aguas arriba (mercados de infraestructura), como aguas abajo (servicios a los clientes finales)[196].

2162. En efecto, dado el control de la misma sobre el tráfico y los protocolos

[195] A modo de ejemplo, podemos enumerar que la conformación de un operador de red de jerarquía nacional controlaría técnicamente la capacidad de desarrollo de la telefonía IP (VoIP), servicio sustituto al que las empresas ofrecen en condiciones monopólicas (telefonía fija residencial).

[196] "Para garantizar la calidad de servicio, los proveedores de acceso a Internet tienen que acordar una norma (un protocolo) que garantice la calidad de estos al pasar por distintas redes. (...). La entidad fusionada estaría en condiciones ideales para desarrollar normas para tales servicios, que se ofrecerían bien solamente en su red o con una calidad mucho mayor en su red salvo que sus competidores aceptasen ciertas condiciones." Decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre la fusión entre MCI WorLey de Defensa de la Competenciaom y Sprint, 28 de Junio de 2000.

asociados a él, está en condiciones de definir y/o incidir en las decisiones tecnológicas de la empresas de telecomunicaciones relacionadas verticalmente, sean operadores con red de cobertura limitada y/o ISP, Data Centers, etc.

2163. "Dado que la innovación desempeñará un papel cada vez más importante en el desarrollo futuro de Internet, un operador dominante estará en mejores condiciones para establecer el ritmo de tal innovación. La tecnología utilizada por el operador dominante para proporcionar un servicio concreto se convertiría en una norma de facto, puesto que todos los clientes de esta empresa dominante habrían adoptado la tecnología elegida por el titular"[197].

2164. Como síntesis de lo desarrollado hasta aquí cabe señalar que por lo que se refiere a la oferta de infraestructura necesaria para prestar servicios de telecomunicaciones al consumidor final, además de la posición dominante que se generaría como consecuencia de la concentración horizontal propiamente dicha, la empresa resultante adquiriría la capacidad y tendría los incentivos para desarrollar un conjunto de prácticas exclusorias verticales que constituyen otros tantos motivos de preocupación desde el puntos de vista de la competencia.

2165. En efecto, como consecuencia de la presente operación se conformaría un operador de red con capacidad para discriminar a otros competidores en los mercados aguas abajo de acceso a Internet minorista, corporativo, Data Center, así como a competidores potenciales en mercados de servicios IP sustitutos a los ofrecidos (en la actualidad o en el corto plazo) por las incumbentes (VoIP, IPTV, etc.).

2166. En función de todo lo expuesto, esta Comisión considera que la presente operación genera incentivos para la realización de prácticas exclusorias dentro de los mercados de infraestructura (transporte, acceso local y acceso internet) así como respecto de los mercados minoristas verticalmente relacionados, los cuales podrían ser realizados de manera efectiva y perdurable por las empresas involucradas y que por lo tanto resultan preocupantes desde el punto de vista de la competencia.

[197] Decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre la fusión entre MCI Word y Sprint. 28 de Junio de 2000.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

XIII.c Barreras a la entrada.

XIII.c.1. Introducción.

2167. En los Lineamientos para el Control de las Concentraciones Económicas se indica específicamente que: "aún en los casos en que una operación de concentración económica aumente significativamente el nivel de concentración existente en el mercado relevante, es posible que ella no afecte negativamente al interés económico general si en ese mercado no existen barreras que impidan el ingreso de nuevos competidores. La amenaza del ingreso de nuevos competidores constituye un freno a la capacidad de las empresas existentes en el mercado de subir sus precios. Para ello es necesario que el ingreso de nuevos competidores al mercado pueda realizarse en forma rápida, probable y significativa".

2168. Por lo expuesto, un análisis correcto de las barreras de entrada y su impacto sobre el funcionamiento competitivo del mercado es trascendental para valorar los efectos que la operación notificada habrá de tener sobre la competencia efectiva y potencial.

2169. Siguiendo estas pautas básicas, a los fines de dimensionar las barreras a la entrada, se consideraran tanto las correspondientes al mercado de telecomunicaciones, como así también las que surgirían específicamente de aprobarse lisa y llanamente la operación bajo análisis.

2170. Como se ha observado a lo largo del Dictamen, el análisis de la competencia en esta industria esta fuertemente determinado por la estructura de la oferta en cada uno de los mercados relevantes que la componen.

2171. Al ser TELEFÓNICA y TELECOM los principales competidores en todos los mercados de telecomunicaciones, su concentración sin limitación alguna daría como resultado la conformación de una industria fuertemente concentrada en todos sus niveles y/o mercados.

2172. En este apartado corresponde analizar los riesgos de la operación en el ingreso de nuevos operadores en los mercados involucrados, sea por la expansión de las redes de los operadores que actualmente compiten en otra zona o mercado relevante y/o por el ingreso de un nuevo competidor en la industria.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

2173. Previamente cabe señalar algunos elementos que, si bien han estado presentes a lo largo del Dictamen cobran relevancia en el análisis que se desarrollará aquí.

2174. En primer lugar cabe señalar que esta industria presenta importantes economías de escala y fuertes costos hundidos, elementos que constituyen una barrera a la entrada económica para cualquier competidor. Este elemento, que no debe menospreciarse, es intrínseco de la industria y es determinante para explicar las dificultades que verifican los entrantes en ofrecer los distintos servicios de telecomunicaciones en condiciones competitivas.

2175. Existe un segundo aspecto que, en el contexto de lo señalado anteriormente y de aprobarse la operación, generarían barreras a la entrada aún mayores.

2176. Dadas las economías de red que caracterizan estas industrias, el principio fundamental que rige la prestación de todos los servicios finales es el de la interconexión entre los operadores.

2177. Si se observa la industria en su conjunto, la misma se compone de un conjunto de operadores que, para prestar servicios finales a los usuarios, compiten en los mercados aguas abajo complementando su infraestructura con la de otros operadores.

2178. Así, la interconexión entre operadores toma distintas formas según los servicios finales y los mercados relacionados 'aguas arriba'. El arriendo de enlaces, el transporte, la oferta de capacidad, el acceso mayorista a Internet, etc; son las interconexiones necesarias entre los operadores para que los mismos puedan ofrecer los servicios de telefonía (local y de larga distancia, sea fija o móvil), Internet, trasmisión de datos, etc.

2179. Cabe destacar que originariamente los distintos países han establecido regulaciones en aquellos mercados donde, ante la provisión monopólica o dominante de un operador, era necesario establecer mecanismos y/o precios para permitir la entrada de otros competidores al mercado y al sector (telefonía fija por ejemplo).

2180. La tendencia mundial se manifiesta como tendiente a disminuir la injerencia regulatoria del Estado a medida que la innovación, producto del desarrollo tecnológico, permite introducir la competencia en mercados donde

antes, considerando la estructura de costos de la actividad, existía un solo operador[198].

2181. La fusión de las redes de TELEFÓNICA y TELECOM traería aparejado la conformación de un operador con una red de cobertura nacional[199], tanto en redes troncales como de última milla, con capacidad para ofrecer todos los servicios de telecomunicaciones casi sin necesidad de complementarse con las redes de los competidores.

2182. Como se desprende de lo dicho hasta aquí, la entrada y/o la permanencia de un operador no puede concebirse como posible en esta industria sin la interconexión de redes competidoras. De aprobarse la operación sin condicionamiento alguno se generaría un red con autosuficiencia casi absoluta para la prestación de servicios de telecomunicaciones y, por ende, con la capacidad y el incentivo material para no interconectar operadores.

2183. Así, a contrapelo del desarrollo mundial de la industria, en mercados donde no había injerencia del Estado en tanto existía competencia y precios de mercado, se conformaría un operador de red con estructura no replicable por ningún operador de telecomunicaciones y posición dominante en los principales mercados en competencia, así como con la mayor cantidad de enlaces locales y de última milla[200].

2184. Finalmente cabe destacar que el acceso a lo hogares ha sido y es en la actualidad la parte de la red que los operadores enfrentan mayor dificultad en desarrollar, dadas las economías de densidad que la misma presenta.

2185. El entorno convergente en el que se desarrolla la industria ha permitido el

[198] Cabe recordar que allí donde se introduce la competencia, los precios de mercado se corresponden con la maximización del bienestar general.

[199] Este operador contaría con más 35000 km de fibra óptica distribuida a lo largo del territorio nacional mas de 8.5 millones de accesos de última milla.

[200] Ver Recomendación de Comunidad Europea al Ente Regulador de Polonia (UKE), donde la UE dictaminó que dicho organismo regulador debería retirar sus planes para regular los mercados para los servicios de Internet de intercambio de tráfico en Polonia.
(http://circa.europa.eu/Public/irc/infso/ecctf/library?l=/commissionsdecisions/pl-2009-1019-1020/_EN_1.0_&a=d)

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

surgimiento de nuevos competidores, inclusive desafiando las características de facilidad esencial del bucle del abonado. Dan cuenta de ello la estructura de red que han desarrollado los operadores para prestar servicios al sector corporativo

2186. Aunque la convergencia tecnológica aún no ha alcanzado un desarrollo pleno en la Argentina, TELEFÓNICA y TELECOM cuentan con redes capaces de desarrollar estos servicios en competencia en áreas locales. Su concentración, en cambio, daría como resultado un único operador con capacidad futura para ofrecer estos servicios en todo el territorio nacional.

2187. Así, cuando se considera el impacto de las barreras a la entrada de la operación debe considerarse no sólo los servicios presentes, sino también los efectos sobre los mercados convergentes de servicios en conformación.

XIII.c.2. Barreras a la entrada en los mercados de mayoristas o de infraestructura (acceso mayorista a Internet, transporte y acceso local).

2188. Lo dicho anteriormente es abarcativo para cada uno de los mercados de infraestructura.

2189. Es importante recordar que el desarrollo de la infraestructura implica un costo hundido, que en el marco de esta industria presenta altas magnitudes. A su vez, la industria presenta la particularidad de tener fuertes economías de escala producto de la capacidad ociosa de los ductos existentes.

2190. La combinación de los altos costos hundidos y la economías implican altas barreras a la entrada. A esto debe sumarse lo analizado en la introducción de este apartado, en tanto la posibilidad de que el operador con posición dominante no ofrezca interconexión.

2191. Cabe destacar que para que un operador encuentre rentable el tendido de red en una zona determinada debe contar con una masa crítica de tráfico.

2192. En este sentido resulta importante señalar que la integración vertical existente en los distintos mercados analizados en esta operación, en tanto las empresas concentradas contarían con poder dominante en el transporte del tráfico, iniciación y terminación del mismo, acrecienta las barreras a la entrada naturales del sector.

XIII.c.3. Barreras a la entrada en los mercados de mayoristas o de infraestructura (acceso mayorista a Internet, transporte y acceso local).Larga Distancia Nacional e Internacional, Telefonía móvil, Acceso a Internet Minorista y Servicios de Telecomunicaciones al sector Corporativo).

2193. Generalmente los operadores de telecomunicaciones para ofrecer los servicios minoristas aún en las áreas donde tienen infraestructura, arriendan servicios mayoristas de infraestructura para complementar su red en áreas donde no cuenta infraestructura (transporte, capacidad, acceso mayorista a Internet, etc.).

2194. De allí que lo desarrollado en el punto anterior es sustancial para el análisis de las barreras a la entrada en los mercados minoristas.

2195. Cabe destacarse que la competencia en lo servicios minoristas provino en la actualidad de empresas con infraestructura propia. En efecto, en el mercado de Internet el principal competidor ofrece el servicio a partir de la plataforma desarrollada originalmente para prestar los servicios de televisión cerrada (Internet por cablemódem). En el caso de los servicios corporativos, los principales competidores son Global Crossing y Telmex (los cuales cuentan con fibra óptica en algunas "rutas").

2196. Así, la regulación vigente en la Argentina no se ha mostrado eficaz para garantizar la existencia y desarrollo de un mercado de servicio con proveedores sin infraestructura.

2197. En el caso de Internet, y como ha sido analizado oportunamente, la participación de los ISP se ha visto seriamente resentida.

2198. Cabe esperar que de aprobarse la operación a través del artículo 13 inciso a) de la Ley 25.156, y al conformarse un proveedor monopolista de acceso mayorista a Internet y de última milla, la posibilidad de ingreso sea aún menor a la que se evidencia en este mercado con la regulación actual.

2199. Similares consideraciones cabría hacer respecto de la evolución del mercado de telefonía fija local. La relación entre los costos de interconexión y los precios finales (en este caso regulados), no ha permitido un desarrollo de proveedores del servicio sin infraestructura propia.

2200. En cuanto a su evolución futura y las barreras a la entrada cabe indicar

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

11701

que cabe esperar el ingreso de competidores para la prestación de servicios de voz como parte de una canasta de servicio convergentes.

2201. En este sentido, un operador de red que pretenda desarrollar infraestructura propia para ofrecer servicios convergentes (como ser Triple Play) solamente tiene garantizada la interconexión efectiva con precios regulados para el servicio de telefonía. Para el servicio de Internet, sin embargo deberá solicitar acceso a su competidor.

2202. Lo dicho hasta aquí es aplicable a la prestación de servicios a clientes corporativos. Para ofrecer este servicio, los operadores requieren estar en condiciones de interconectar distintos puntos geográficos, en donde pueden contar con infraestructura propia o no. A su vez, considerando que la demanda de este sector verifica la característica de ofrecerse en forma de canasta, se aplica el análisis realizado anteriormente para los ISP's sin infraestructura.

2203. En el caso de la telefonía móvil cabe señalar que para prestar este servicio es necesario contar con Espectro Radioeléctrico, el cual por ser un bien escaso es administrado por el Estado Nacional.

2204. Por otro lado, el nivel de concentración alcanzado en este mercado donde la presente operación implicaría la existencia de dos competidores a nivel nacional, presenta elevadas barreras a la entrada dadas fundamentalmente por las inversiones necesarias para constituir una red con cobertura en la mayor parte del país como requisito para tener capacidad de competir con las empresas que actualmente participan de este mercado y, en particular, con la firma que surgiría de la presente operación, que ostentaría una participación del 63%.

2205. Por todo lo desarrollado hasta aquí, se observa que de aprobarse la presente operación incondicionadamente se generaría un mercado altamente concentrado sin la posibilidad efectiva de que un operador alternativo ingrese en los mercados relevantes analizados en forma rápida, probable y significativa; debido a las importantes barreras a la entrada que tiene la actividad y que, a su vez, se verían incrementadas por la operación.

XIII.d. Ganancias de eficiencia.

2206. En los mercados de telecomunicaciones, dadas la importantes economías

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

de escala que se verifican, la fusión entre empresas traen aparejadas ganancias de eficiencia.

2207. En el caso de aprobarse incondicionadamente la operación aquí analizada, estas economías implicarían una reducción en los costos de la empresa concentrada, en tanto controlaría un mayor volumen de tráfico a lo largo de su red.

2208. Esta Comisión ha indagado acerca de las ganancias de eficiencias en las audiencias celebradas con los principales operadores del mercado, y los expertos.

2209. En general, todos ellos han coincidido en señalar que la operación verificaría una ganancia de eficiencia si se considera la concentración desde un punto de vista meramente técnico.

2210. Así, por ejemplo, el representante de TELMEX señaló que la eficiencia devenida por la concentración de ambas empresas en un solo operador es una cuestión técnica, pero "una cuestión es la técnica y otra es la económica y de competencia para el acceso de terceros a esa infraestructuras en manos de una solo operador"[201].

2211. Lo vertido en la audiencia testimonial por el representante de Telmex, ha sido ratificado por el Ingeniero Edmundo Poggio, Director del Marco Regulatorio de Telecom, en tanto dijo "que un control de la red por un único operador podría traer aparejado una disminución en los costos comunes pero por otro lado, no se puede asegurar que esto pueda ser trasladado a los clientes, porque esto depende mucho más del entorno de la competencia en ese mercado que del eventual ahorro. Los precios en estos mercados no siempre responden a los costos, sino a las condiciones de mercado."[202]

2212. Finalmente, como se observa en el siguiente extracto de la audiencia celebrada con el especialista Henoch Aguiar, las conclusiones son coincidentes con las volcadas anteriormente:

2213. "Puede haber una eficiencia acrecentada importante, por cuanto la evolución de la gestión de las redes tiende a la unificación del manejo inteligente

[201] Ver Audiencia celebrada con el representante de Telmex el 11 de Junio de 2009 a fs.1614/1621.

[202] Ver. Audiencia Testimonial celebrada con el representante de Telecom el 1 de Junio de 2009 a fs. 1518/1524.

de toda la red, especialmente en materia de telefonía. Allí donde había cientos de centrales con conmutadores de alto costo, hoy, el abaratamiento de las rutas, hace que en el mediano plazo, una comunicación entre dos usuarios telefónicos de Salta, de la misma compañía, pueda ser tratada mas eficientemente, transportando esa comunicación hasta Buenos Aires y devolviéndola al usuario salteño con una única central, que manteniendo la central de conmutación local. Si este esquema de unificación se realiza sobre toda la red nacional, la ganancia de eficiencia interna de la gestión de telefonía, Internet, celular, etc., podría ser significativa."

2214. "Sin embargo, no considero que ese acrecentamiento de los márgenes internos tenga vocación de transformarse en mejoras de precio para el usuario en la medida en que esa concentración significa menores incentivos a la competencia de los que ya existen. La tecnología permite un manejo integrado de las dos redes más eficiente, pero sólo los incentivos competitivos son los que traducen estas modificaciones en beneficios para el usuario.".

2215. El análisis realizado por esta Comisión en lo que refiere a los efectos de la concentración junto con las altas barreras a la entrada del sector, las cuales serían significativamente mayores de aprobarse la operación, muestran que de aprobarse la operación sin condicionamiento alguno no existirían los incentivos necesarios para traducir dicha economías al precio de los servicios finales.

XIII.e.Argumentos económicos vertidos por las partes en virtud del traslado conferido a través de la Resolución CNDC Nº 30/10.

2216. El análisis de la operación de concentración entre TELEFÓNICA y TELECOM requirió de un extenso estudio de esta Comisión, el cual se manifiesta en las aproximadamente 160 páginas destinadas a la investigación de los efectos económicos de la misma; es decir, a la descripción de la industria, definición de los mercados relevantes y análisis de los efectos de la operación propiamente dichos.

2217. En el presente dictamen se explicitó que "existen relaciones horizontales en los servicios de: a) telefonía móvil, b) telefonía fija local, c) telefonía de larga distancia nacional e internacional, d) servicios de telecomunicaciones al sector

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

corporativo, e) acceso a Internet, f) data center, y servicios de provisión de infraestructura, como: g) mercado de acceso mayorista a la red de Internet, h) mercado transporte de larga distancia i) la provisión de enlaces locales j) telefonía pública."

2218. A su vez, párrafos seguidos, esta Comisión detalló que la operación verificaba relaciones verticales, las cuales fueron analizadas en este mismo Dictamen. Las mismas de detallan a continuación de manera explícita: "relaciones de naturaleza vertical entre los Mercados mayoristas y los Mercados minoristas, tales como; el Mercado de acceso mayorista a la red de Internet de mayor jerarquía y otros operadores de red de jerarquía menor; el mercado mayorista de transporte y los mercados de acceso local; y mercados de infraestructura y mercados minoristas aguas abajo."

2219. "A su vez existen relaciones verticales entre la infraestructura de acceso de última milla de las incumbentes y el servicio de acceso a Internet y servicios de telefonía pública; y entre el mercado de Data Center y los servicios de Internet dedicado (mercado de servicios corporativos)."

2220. "Por otra parte, la operación bajo análisis presenta relaciones verticales en el mercado de telefonía móvil en términos de servicios de roaming y terminación de llamadas en red de destino."

2221. De la estructura presentada en el Índice del presente dictamen se desprende la metodología seguida por la Comisión para el análisis de la concentración. En el mismo se evalúan los efectos para cada uno de los mercados involucrados, agrupando los mismos según si los servicios son ofrecidos a los clientes finales (servicios minoristas de telecomunicaciones), si son servicios de infraestructura (servicios mayoristas de telecomunicaciones) y para el mercado de la telefonía móvil.

2222. A su vez, se considera separadamente las barreras a la entrada y las ganancias de eficiencia resultantes de la operación.

2223. A continuación se realizará en el presente apartado un análisis pormenorizado de las contestaciones efectuadas por las partes a la Resolución CNDC 30/10. Cabe indicar que estos conceptos están incorporados a lo largo del Dictamen de esta Comisión, pero para una mejor claridad expositiva se reflejan nuevamente.

2224. Es importante destacar que todas las definiciones de mercados relevantes adoptadas por esta Comisión Nacional en el presente dictamen, en algunos casos cuestionadas por las presentaciones de las Partes, guardan coherencia con la jurisprudencia de esta Comisión relativa a concentraciones económicas donde participaron las empresas del sector, inclusive las involucradas en la presente operación.

2225. Si bien las evidencias recabadas en el análisis de la presente operación hizo necesaria la reformulación de algunos mercados y el análisis pormenorizado de otros antes no considerados como relevantes; en general la Comisión mantuvo sus definiciones alcanzadas en su jurisprudencia, en tanto no ha surgido evidencia que haga necesaria su reformulación.

2226. En este sentido corresponde realizar una aclaración de manera preliminar sobre los contenidos de las presentaciones de las partes a lo largo del expediente.

2227. En los Formularios F1 y F2 presentados por las mismas, salvo en el caso de TELEFÓNICA, no se ha aportado información relativa a los mercados involucrados.

2228. La información presentada por TELEFÓNICA ARGENTINA S.A. en los formularios F1 y F2 obrantes en el expediente, es coincidente con la definición de los mercados relevantes realizados por esta Comisión.

2229. Las presentaciones realizadas a raíz de la Resolución CNDC 30/10 por TELECOM ITALIA S.P.A. y TELECOM ITALIA INTERNACIONAL N.V., ASSICURAZIONI GENERALI S.P.A., INTESA SANPAOLO S.p.A. y MEDIOBANCA S.P.A., SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A., PIRELLI & C.S.P.A., y NORTEL INVERSORA S.A.; objetan en esta oportunidad las definiciones realizadas por esta Comisión sin aportar información, fundamento y/o datos concretos del mercado, sino basándose en opiniones o afirmaciones sueltas.

2230. No obstante lo cual a continuación se expone el análisis de las presentaciones efectuadas por las partes notificantes en virtud de lo dispuesto por la Resolución CNDC Nº 30/10.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

XIII.e.1. Presentación realizada por TELECOM ITALIA S.P.A. y TELECOM ITALIA INTERNACIONAL N.V.

2231. En la presentación realizada por TELECOM ITALIA S.P.A. y TELECOM ITALIA INTERNACIONAL N.V., se plantean las observaciones dedicadas a refutar el análisis económico realizado por esta Comisión.

2232. De todos los mercados analizados por esta Comisión, se plantearon objeciones explícitas a las definiciones realizadas para el mercado relevante de Telefonía Fija y a los efectos resultantes en el mercado de telefonía móvil.

2233. Por otro lado se han realizado comentarios sobre el análisis dinámico de la tendencia convergente de los distintos mercados de telecomunicaciones y audiovisuales realizados por la Comisión. Cabe resaltar que las partes no proponen una definición de mercado alternativa, sino solamente que esta Comisión considere que el estado actual de competencia por plataformas (...) limita el futuro competitivo de las compañías telefónicas"; y argumentan que si en el futuro se agregasen nuevos jugadores al mercado "las participaciones serían otras".

2234. A la vez se objetó de manera general la metodología utilizada para definir mercados relevantes, aunque sin justificar por qué en concreto los mercados relevantes argumentados extensamente por este organismo antitrust, en base a diversos materiales recopilados en estas actuaciones y en base a su jurisprudencia, serían erróneos (salvo para el caso del de telefonía fija, como se señaló anteriormente). Tampoco proponen las partes definición alternativa de mercados relevantes.

2235. Finalmente las partes sugieren que la solución a los problemas de competencia de la operación debería buscarse "por vía regulatoria". Cabe destacar que estas afirmaciones aparecen de manera vaga y confusa, sin hacer referencias específicas a cuáles sería los mercados que verifican problemas de competencia y que podrían resolverse a través de "una regulación que tiene que estar actualizada".

XIII.e.2. Análisis de la presentación realizada por TELECOM ITALIA S.P.A. y

TELECOM ITALIA INTERNACIONAL N.V. en el marco de la Resolución CNDC Nº 30/10.

2236. A modo preliminar se considera pertinente realizar algunos comentarios relativos al análisis de los mercados involucrados realizado por esta Comisión en el marco del presente expediente.

2237. A lo largo del presente Dictamen esta Comisión ha descripto la industria en términos globales, definió los mercados relevantes y analizó los efectos de la operación de concentración.

2238. Se desprende del mismo la existencia de un mercado de telecomunicaciones que a grandes rasgos se estructura a partir de una oferta mayorista de infraestructura y una oferta minorista destinada a los consumidores finales.

2239. Dentro de los servicios de infraestructura esta Comisión ha definido los siguientes mercados: "g) mercado de acceso mayorista a la red de Internet, h) mercado transporte de larga distancia i) la provisión de enlaces locales"

2240. Cabe indicar que a partir del análisis de la concentración horizontal resultante en los mercados mayoristas, junto con la relación vertical que éstos verifican con los mercados minoristas, donde también se producen efectos horizontales se ha llegado a la conclusión de la necesidad de la existencia de dos operadores de red ofreciendo los servicios de infraestructura en competencia de forma independiente y no consensuada.

2241. En los párrafos subsiguientes se considerarán los argumentos aportados por las partes en su presentaación, relativos a la definición de los mercados relevantes minoristas.

XIII.e.3. Consideraciones vertidas por las partes en relación al análisis dinámico de los mercados convergentes realizado por esta Comisión.

2242. Las partes afirman erróneamente que en la actualidad nos encontraríamos ante un gran mercado de telecomunicaciones que involucra a los servicios de telefonía fija, telefonía celular, Internet y televisión.

2243. En ese sentido, esta Comisión Nacional considera oportuno resaltar que en

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

la actualidad la oferta de triple play esta restringido a un conjunto de prestadores menores de televisión por cable.

2244. Este servicio no es ofrecido por las empresas de telecomunicaciones en tanto la regulación anterior relativa a la radiodifusión (Ley de Radiodifusión) y la Ley actual de Servicios Audiovisuales, de reciente sanción, excluyen la posibilidad de prestar servicios de televisión por parte de las empresas de telecomunicaciones.

2245. En su análisis prospectivo, referido a la prestación de servicios convergentes, ésta Comisión considera la evolución de la industria a nivel mundial, lo cual implica considerar la potencialidades técnicas de las distintas empresas para ofrecer estos servicios a través de sus redes.

2246. Para este análisis se hizo abstracción de las barreras regulatorias existentes en la actualidad que impiden que las empresas de telecomunicaciones ofrezcan estos servicios, no porque las mismas no existan sino porque el análisis dinámico de la industria requiere considerar la posibilidad y/o necesidad que la regulación se modifique a medida que los cambios tecnológicos de la industria así lo requieran.

2247. Por otro lado cabe resaltar que la conclusión de ésta Comisión, obtenida a partir del análisis prospectivo del mercado de servicios convergente, fue la conveniencia de la existencia de operadores de telecomunicaciones separados.

2248. En el dictamen se consideró las fortalezas y debilidades que enfrentan las empresas de telecomunicaciones para ofrecer los servicios convergentes (haciendo abstracción de las barreras regulatorias) .

2249. De manera resumida cabe recordar que las empresas de telecomunicaciones cuentan con la estructura de red más desarrollada a nivel nacional, tanto en sus redes troncales, locales y de última milla (acceso a los hogares a través del par de cobre).

2250. Dentro de sus limitaciones se encuentra la escasa capacidad relativa de ancho de banda de la última milla. En efecto, la oferta de imágenes requiere ampliar el ancho de banda de la misma, lo cual implica continuar con el proceso de upgrading que los operadores vienen realizando sobre dicha infraestructura (como por ejemplo, para ofrecer los servicios de Internet de banda ancha).

2251. Cabe resaltar que mundialmente se verifica un proceso de crecimiento en

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

-148-

11709

la demanda de ancho de banda (capacidad) de parte de los hogares. Así los países donde más ha avanzado el proceso de convergencia, han realizado el upgrading del par de cobre como primera etapa para luego reemplazar parcial o totalmente el par de cobre por tendidos de fibra óptica hasta el hogar.

2252. Es dable destacar que de conformarse un mercado convergente a futuro, y aún cuando tanto TELEFÓNICA como TELECOM hayan superado las barreras tecnológicas y regulatorias para ofrecer el servicio de IPTV, las condiciones socioeconómicas y demográficas determinarán la estructura de red a través de la cual se proveerán los servicios dentro de cada zona en particular: si realizando el upgrading del par de cobre y/o con un tendido de fibra hasta el nodo o al hogar.

2253. A nivel mundial se observa que estos servicios se han focalizado en zonas geográficas específicas, las cuales tienen la característica de combinar un alto poder adquisitivo como así también alta densidad poblacional.

2254. Cabe destacar que en las zonas de mayor aglomeración y poder adquisitivo del país, las partes verifican solapamiento en las redes troncales y de acceso local, lo cual les permitiría realizar en el corto plazo una oferta convergente de servicios ya sea a través de sus propio acceso de última milla, arrendando el del operador incumbente o realizando un tendido nuevo de fibra óptica.

2255. De aquí que el análisis dinámico del mercado muestre que las empresas de telecomunicaciones verificarán altos niveles de rivalidad por captar el acceso de última milla a los hogares. Es esperable que este proceso competitivo traiga aparejado beneficios en variedad, capacidad y precios a los consumidores finales.

2256. Finalmente cabe hacer algunas aclaraciones adicionales sobre la presentación realizada por las partes.

2257. En primer lugar, en lo que refiere a las plataformas competidoras, esta Comisión ha señalado que la red HFC de los cableoperadores cuenta con una ventaja regulatoria de poder ofrecer el servicio de triple play en la actualidad.

2258. Desde el punto de vista técnico, en cambio, estas empresas dependen de la oferta de capacidad que le venden las empresas de telecomunicaciones. Así los cableoperadores deben demandar capacidad a las empresas con las que, en caso de superar las barreras técnicas y regulatorias, competirían en el mercado aguas abajo.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

-148

11710

2259. De aprobarse la operación a través del inciso a) del artículo 13 de la Ley 25.156, la oferta de capacidad sería provista por un único operador que monopolizaría las redes de transporte en todo el país[203].

2260. Otro elemento que es importante aclarar es que esta Comisión considera como positiva la tendencia verificada internacionalmente a adecuar los marcos legales y regulatorios con vistas a posibilitar la competencia de proveedores sin infraestructura[204].

2261. Sin embargo, las partes parecen sugerir que existiendo regulación en tal sentido sería redundante la existencia de competencia a través de plataformas alternativas. De esta manera se estarían proponiendo como monopolistas en el mercado de infraestructura.

2262. En este sentido es importante resaltar que la principal competencia en la Argentina a los servicios minoristas de las incumbentes proviene en la actualidad de plataformas alternativas. Así, la evolución de la industria resultó en este modelo competitivo el cual esta Comisión, en tanto organismo antitrust, pretende preservar de la operación de concentración entre TELEFÓNICA y TELECOM (operación verificada a nivel mundial con efectos restrictivos sobre la competencia en Argentina).

2263. En este contexto es que esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA considera como fundamental garantizar el desarrollo competitivo entre los distintos operadores y plataformas (tanto intra como inter plataforma) por mantener y/o acceder con un medio propio o arrendado a los hogares.

2264. Finalmente cabe realizar una última aclaración en lo que refiere a las objeciones realizadas por las partes. La existencia futura y/o actual de un mercado convergente de servicios de televisión paga, Internet y telefonía (en el cual, como ya fue señalado, no participan en la actualidad las empresas de telecomunicaciones), no invalida la existencia de mercados separados de telefonía fija, Internet y Televisión.

[203] Para mayor detalle ver el análisis de los mercados mayoristas realizados en el presente Dictamen.

[204] Mayores precisiones sobre estos procesos de revisiones regulatorias pueden consultarse en el documento de la Organization for Economic Cooperation and Development (OECD). Working Party on Communication Infrastructures and Services Policy. IPTV: Market developments and regulatory treatment. December 2007.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

- 248
11711

2265. Las partes parecieran sugerir que la existencia de un mercado convergente en el que participen las empresas de telecomunicaciones (aún siendo una posibilidad futura que en la actualidad no se verifica), haría redundante el análisis del comportamiento de cada uno de los mercados considerados individualmente.

2266. Muy por el contrario, la existencia de oferta convergente en los servicios de Internet y telefonía por parte de las telcos, o de Internet y televisión cerrada por parte de las empresas de cable (y en algunos casos también debe sumarse telefonía), no invalida la existencia de un mercado de telefonía e Internet por separado, o de televisión por cable e Internet.

2267. Las partes parecieran dar por supuesto que, habiendo sustitución desde el punto de vista de la oferta en estos mercados los mismos se constituyen de hecho en uno solo, obviando el análisis correspondiente al comportamiento de la demanda[205]. Es que si se siguiera el análisis de la demanda, tal como proponen los Lineamientos de esta Comisión y de los distintos organismos antitrust del mundo, se observaría con claridad que la demanda de Internet, telefonía y televisión manifiestan características bien diferenciadas.

2268. En resumen, de lo dicho hasta aquí se desprende que: a) el fundado análisis realizado por esta Comisión concluyó que para la competencia futura en el mercado convergente de Telefonía, Internet y Televisión; resulta de importancia la existencia independiente de las involucradas, en tanto las mismas se comportan como las principales competidoras potenciales de dicho mercado, b) este mercado convergente de servicios de televisión, Internet y telefonía, que en la actualidad se manifiesta de manera incipiente, no está constituido por las empresas incumbentes en tanto existen barreras regulatorias que así lo impiden, c) el análisis dinámico realizado por esta Comisión no invalida la existencia de mercados de telefonía e Internet por separado.

2269. El cuadro que sigue a continuación constituye un resumen aproximado de la situación actual de cada uno de los mercados enumerados anteriormente. Se desprende del mismo que la convergencia ha permitido la proliferación de la competencia en el mercado de Internet y que el servicio de triple play solamente es ofrecido por cableoperadores.

[205] Además de obviar las barreras regulatorias a la entrada.

Cantidad de clientes por servicio y plataforma. Año 2008		
	TELCOS	CABLEROS
Telefonía (1)		
Involucradas	8.404.386	(3)
Total	9.313.514	
Internet		
Involucradas	1.908.186	
Total	2.332.942	884.909
Televisión Paga		
Involucradas	0	
Total	0	4.945.231
Triple Play (2)		
Involucradas	0	
Total	0	40.000 - 60.000

(1) Excluye las líneas telefónicas ofrecidas por las empresas de cable como parte del paquete de Triple Play.

(2) Estimaciones a partir de audiencias y noticias periodísticas.

(3) los cableoperadores ofrecen el servicio telefónico solamente como parte del paquete Triple Play

Fuentes: Dictamen N° 637, F2 de Telefónica Concentración N° 741, Convergencia 2008.

XIII.e.4. Definición de los mercados relevantes en el sector minorista realizados por esta Comisión.

2270. Este organismo ha venido realizando análisis de concentraciones económicas de los mercados de telecomunicaciones de manera continúa cuanto menos desde hace seis años. Cabe citar, dentro de los principales dictámenes el que resultara del análisis de la Conc. 448 entre Telefónica y Bell South (Resolución del Secretario Nº 196/2004) en el año 2004.

2271. Cabe destacar que las empresas de telecomunicaciones, dentro de las cuales se encuentran las involucradas en la presente operación, nunca han objetado la definición realizada por la Comisión en los sucesivos Dictámenes en lo que refiere a los mercados de telefonía celular, telefonía fija local, larga distancia nacional e internacional, entre otros.

2272. Ya en aquella oportunidad la COMISIÓN NACIONALD DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA dejó constancia de que se trataba de mercados sujetos a

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

-148

11713

cambios tecnológicos y por lo tanto que el enfoque estático del SSNIP podría verse modificado, aunque en el caso del Dictamen Nº 417 sólo se tomó como una referencia conceptual ya que el proceso de convergencia tecnológica era muy incipiente. En efecto, el análisis de dicha operación se hizo básicamente aplicando los criterios que se derivan de los Lineamientos para el Control del las Concentraciones Económicas y por lo tanto no se hicieron mayores consideraciones de naturaleza dinámica.

2273. En el mismo sentido, en el Dictamen CNDC Nº 637 de diciembre de 2007, atento a la evidencia internacional sobre el grado de desarrollo de la prestaciones de servicios convergentes (programación televisiva, telefonía fija e Internet o triple play) se realizaron consideraciones específicas acerca del impacto que la difusión de estas tecnologías podrían tener a futuro en los mercados relevantes definidos[206].

2274. Con similar criterio y con mayores elementos de juicio se ha realizado en el presente dictamen un análisis sobre las posibilidades de conformación de un mercado de servicios de triple play. Este enfoque resulta complementario del que surge al definir los distintos mercados relevantes según los criterios que mantuvo esta Comsión Nacional desde el año 2004 hasta el presente pero no sustituyendo a estas definiciones.

2275. Lo anterior tiene su explicación en que hasta la fecha, la oferta de triple play no juega un rol relevante en las condiciones de competencia del sector telecomunicaciones en Argentina, debido a que las empresas prestadoras tanto incumbentes como entrantes no pueden ofrecer el servicio de televisión paga según las disposiciones de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual (Ley Nº 26.522) por lo tanto no son competidores efectivos en dicho mercado. Sí en cambio lo pueden brindar las empresas prestadoras de televisión por cable e Internet por cable módem pero aún en estos casos el desarrollo de los tres servicios integrados es todavía muy incipiente cubriendo una parte marginal de la

[206] Por otra parte, esta Comisión modificó los análisis de los mercados relevantes cuando hubo evidencia concreta de que esto sucedió (por ejemplo televisión paga considerada como un único mercado de satelital + cable). (Dictamen CNDC Nº 637 del 07/12/2007 (Conc. 596) caratulado "Grupo Clarín S.A, Vistone LLC, Finbtech Advisory ITL, Fintech Media LLC, VLG Argentina LLC y Cablevisión S.A S/ Notificación Artículo 8º Ley 25.156 (Conc. 596)".

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

oferta.

2276. Lo indicado anteriormente, no obsta a considerar que en el mediano plazo pueda constituirse un mercado de servicios convergentes. Por tanto, sí corresponde analizar la realidad económica del sector considerando los servicios convergentes como un mercado potencial sobre el que la presente operación sin duda tendría efectos.

2277. Finalmente cabe indicar que las partes involucradas han presentado en el marco del análisis de la presente operación información para los mercados relevantes de Internet, Telefonía Básica, Telefonía Pública, Telefonía móvil, entre otros.

2278. Al realizar el análisis pormenorizado de los mercados relevantes, las partes notificantes, afirman que la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA realizó la definición de los mercados relevantes de manera arbitraria y sin aplicar el test SSNIP que es el que se utiliza según la literatura específica y el utilizado por esta Comisión para determinar los mercados relevantes en una operación de concentración económica.

2279. En este sentido, cabe indicar que la definición de mercado coincide con la investigación realizada en el marco de ese expediente, la cual evidenció que no habían elementos de peso que implicaran un cambio en la definición de los mercados relevantes realizado por esta Comisión en anteriores Dictámenes. A su vez, como fue detallado anteriormente, esta definición coincide con la aportada por las partes, tanto en las presentes como en otras actuaciones que las tenían como involucradas.

2280. Finalmente cabe indicar que, por parte de aquellas empresas que han objetado a instancias de la Resolución CNDC 30/10 las definiciones realizadas por esta Comisión, no se ha aportado ninguna evidencia que contraríe los mercados relevantes definidos en éste Dictamen, en base a las potestades que le otorga la ley como organismo de aplicación de la política antitrust en la Argentina.

XIII.e.5. Definición de mercado relevante realizado por la Comisión en Telefonía Fija.

2281. Las partes argumentan que la definición de mercado relevante en su

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

11715

dimensión geográfica para la telefonía fija realizada por la Comisión es erróneo "dado que toma a la telefonía fija como un mercado regional que abarca a toda la República Argentina".

2282. Al respecto es dable señalar que el presente dictamen define al mercado de telefonía fija de carácter local, considerando los conceptos vertidos en el Dictamen CNDC Nº 417, conceptos que nunca fueron objetados a lo largo de todos estos años.

2283. Se desprende de aquí que las partes no han leído correctamente la definición de mercado y los efectos de la operación sobre los mismos, o bien intentan confundir acerca de su entendimiento.

2284. A continuación se procede a transcribir una traducción literalmente la definición del mercado relevante realizado por esta Comisión

2285. "(...) Esta Comisión considera que los conceptos vertidos en el Dictamen N° 417 referido al mercado de telefonía fija local siguen, en lo esencial, teniendo vigencia en tanto refleja el comportamiento global de este mercado (...)".

2286. En este dictamen se considera a la posesión de infraestructura dentro del área local como elemento sustancial para el análisis de la estructura de oferta y demanda en dicho mercado.

2287. Así a partir de esta consideración es que la Comisión entiende que el mercado relevante de telefonía fija tiene carácter local[207]."

2288. Y en lo que refiere al análisis de los efectos de la concentración en este mercado cabe citar lo siguiente:

2289. "Desde una óptica antitrust corresponde realizar una mirada de ámbito local, en las cuales se verifican distintas condiciones de competencia entre las operadoras incumbentes según el nivel de superposición de redes dentro de dicho ámbito de cobertura.

2290. Los análisis realizados por esta Comisión verifican tres situaciones diferenciadas, las cuales pueden agruparse bajo la siguiente denominación: el grupo A, con áreas locales de alta competencia, el grupo B, con áreas locales de

[207] La definición de telefonía residencial excluye a la oferta del servicio, como parte de una canasta convergente, realizada al sector corporativo. Como se anticipara, la prestación de servicios de telecomunicaciones al sector corporativo se analizará posteriormente.

baja competencia, y el grupo C, con áreas locales sin competencia.

2291. La importancia de esta separación refiere a la diferencia entre el análisis estático (situación actual) y dinámico (escenario de mercados convergentes) anteriormente fundamentado en el presente Dictamen: mientras que en las áreas locales del grupo A la operación generaría lesiones graves a la competencia entre operadores en la actualidad, en el resto la operación podrían tener efectos sobre la competencia potencial[208]."

2292. Y posteriormente se afirma que: "Se observa que las localidades donde se verifican mayor competencia (Grupo A) son escasas en cantidad y número de líneas dentro del escenario general de la operación. En estas localidades (Cariló, General Madariaga, Necochea, San Clemente, Santa Teresita y san Carlos de Bariloche) quedaría conformado un operador con poder dominante.

2293. En lo que refiere a las localidades incluidas en el Grupo B, su característica principal reside en constituirse en localidades de mayor aglomeración y estar ubicadas de manera cercanas a las bajadas de las redes troncales de los operadores incumbentes[209]."

2294. De esta manera, y más allá del error cometido por las partes, nos encontraríamos ante una coincidencia en la definición de mercados relevantes.

2295. Si bien las partes no objetan el análisis de los efectos de la operación en el mercado de telefonía fija, cabe recordar que esta Comisión considera que en las localidades contenidas en el grupo A, la operación reviste riesgos desde el punto de vista de la competencia actual, mientras que en las localidades incluidas dentro del Grupo B existen riesgos desde el punto de vista de la competencia potencial, análisis que debe complementarse con el análisis dinámico relativo a la conformación de los mercados convergentes de Telefonía, Internet y Televisión.

---

[208] Como se señaló anteriormente el análisis dinámico requiere de consideraciones específicas en lo que refiere a la evolución del mercado.

[209] Dentro de este grupo se incluye el AMBA, la cual presenta una situación que cabe resaltar en lo que refiere a la aglomeración urbana, situación socioeconómica y cercanía de redes (entre incumbentes e incluso entrantes). El AMBA cuenta aproximadamente con 3.5 millones de líneas. La situación de competencia en esta área local es similar a la observada a lo largo del territorio nacional; en tanto verifica zonas de alta competencia, zonas de competencia menor y con relevancia para un análisis de competencia potencial, y finalmente zonas donde no se verifica competencia.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

-148

11717

2296. Por otra parte, las partes afirman que la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA sostiene que la telefonía fija no es sustituible con la telefonía móvil, lo cual según las partes iría contra las evidencias existentes.

2297. Esta Comisión Nacional ha definido, tanto en este dictamen como en anteriores referidos al sector, los mercados de telefonía móvil y el mercado de telefonía fija como mercados relevantes distintos. Para ello se basó en la aplicación estricta de los Lineamientos.

2298. A su vez en el presente dictamen se ha fundamentado por qué el mercado de telefonía móvil y fija no constituyen un mismo mercado relevante. En efecto esta Comisión ha expuesto que:

2299. "En forma adicional, y a los efectos de la definición de este mercado, se estima necesario realizar las siguientes puntualizaciones respecto de las posibilidad de sustitución con la telefonía celular.

2300. En la presente investigación se tomaron en cuenta variables tales como precios, prestaciones tecnológicas y oportunidades de consumo de cada servicio.

2301. Si bien los precios de la telefonía celular han ido cayendo, aun hoy la diferencia en los mismos permite suponer que ante un aumento de precios en telefonía fija de la magnitud prevista por el SSNIP la telefonía móvil no captaría demanda adicional o no se convertiría en un sustituto.

2302. Por otro lado el nivel de sustitución aumenta en casos puntuales, como ser cuando los clientes de telefonía celular cuentan con llamadas gratis y/o con descuento dentro de cierto grupo o cuando el cliente debe llamar a otro teléfono celular y por lo tanto deba abonar el Calling Party Pays (en tanto la iniciación es mas cara, para el cliente, en la telefonía fija que en la celular).

2303. Pese a ello en principio esta Comisión considera que si el abonado se encuentra a disposición de un teléfono fijo, sea en su hogar u oficina, por regla general tenderá a no sustituir este servicio por el móvil.

2304. Por otra parte, la demanda de una línea de telefonía fija para algunos usuarios puede tener motivaciones adicionales a la del consumo de servicios de telefonía. Se estima que una creciente porción de los demandantes de telefonía fija consideran como un aspecto relevante la posibilidad de acceso a la RTPN para consumir servicios adicionales a la telefonía, principalmente los de acceso a

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

Internet mediante modalidad dial-up o ADSL."

2305. Al respecto esta Comisión Nacional considera importante señalar algunas cuestiones adicionales que llaman la atención sobre los dichos de las partes. En primer lugar, las notificantes no aportan evidencia alguna relativa a esta definición de mercado propuesta ahora. En segundo lugar, la definición coincide con la aportada en el F1 y F2 por las empresas involucradas. Finalmente es importante hacer notar que este nuevo mercado propuesto por las partes, sin fundamentación ni argumento, traería aparejado desde el punto de vista del análisis de la competencia una situación aún más gravosa que en el presente dictamen.

2306. En efecto, en el caso propuesto por las partes los niveles de concentración serían aún mayores que los verificados si se considera solamente el mercado de telefonía móvil, a la vez que los efectos de la operación a nivel geográfico se encontrarían en todo el país y no solamente en las áreas locales incluidas en los agrupamiento A y B correspondientes al análisis de la telefonía fija.

2307. Con respecto a este último punto, es evidente que las partes no aportan un análisis alternativo al realizado por esta Comisión Nacional debido a que no pueden demostrar que analizando un mercado conjunto de telefonía fija y telefonía móvil, los efectos como consecuencia de la presente operación resultarán diferentes y no perjudiciales para el interés económico general. Esto es, aún considerando la hipótesis de las partes, en donde la telefonía fija y la telefonía móvil son sustitutos y por tanto constituyen un solo mercado relevante, no existen evidencias de que la concentración resultante de la presente operación no generaría preocupación desde el punto de vista de la competencia.

2308. Por otro lado, las partes señalaron que "la telefonía fija tiene como particularidad que para poder prestarla hay que contar con el acceso a los nodos necesarios para poder realizar las comunicaciones. En materia de defensa de la competencia esa clase de nodos (última milla) es considerado una facilidad esencial". "Y dado que la Secretaría de Comunicación ha regulado eficientemente el libre acceso a las facilidades esenciales, las consideraciones sostenidas por la CNDC no tienen asidero alguno". "Esto es, la regulación vino a suplir los efectos anticompetitivos que podrían generar el abuso de una facilidad esencial, mediante por ejemplo la negativa de venta".

2309. Por otro lado, afirman que "constituye un error grosero en la materia sumar

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

-148

11719

la supuesta participación de mercado de Telefónica de Argentina y Telecom Argentina como elemento determinante de una barrera a la entrada, (...), dado que cada facilidad esencial constituyen un mercado en sí mismo. (...) Por consiguiente, la naturaleza de las facilidades esenciales es justamente su carácter monopólico. Y que esa circunstancia no la transforma en anticompetitiva".

2310. Las partes han realizado nuevamente una mala interpretación del dictamen, mientras que a la vez hacen una lectura errónea del mercado analizado.

2311. La telefonía fija es un servicio ofrecido por las empresas de telecomunicaciones, mientras que la última milla de las empresas incumbentes son el medio físico a través del cual se ofrecen los servicios de telecomunicaciones a los hogares.

2312. El Decreto N° 764/2000 establece que los prestadores, mientras tengan poder dominante, deben proveer acceso a la última milla (facilidad esencial) en forma desagregada.

2313. La Comisión ha detectado áreas locales donde se verifica concentración horizontal en el mercado de telefonía fija, y donde la operación revestiría riesgos desde el punto de vista de la competencia. Esto ya fue analizado anteriormente, así que no se hará mayor referencia al respecto.

2314. En lo que refiere a la provisión de infraestructura, esta Comisión ha señalado que la concentración de las incumbentes traería aparejado la conformación de un único operador de red con aproximadamente 8.5 millones de accesos locales, redes troncales solapadas a lo largo del país y tendidos locales en todas las áreas locales. Así, esta empresa concentraría la mayor parte del tráfico nacional, con capacidad para excluir a otros operadores de red no brindando acceso a su red para la prestación de los servicios de telecomunicaciones no regulados.

2315. Se entiende que el hecho que la mayoría de esos 8.5 millones de acceso a los hogares pueda considerarse como facilidad esencial da mayor gravedad a la operación, en tanto le otorga el control sobre el tráfico iniciado y/o terminado sobre esa red en forma monopólica. De allí que la empresa resultante adquiera la posibilidad de excluir a otras empresas de telecomunicaciones en los mercados de infraestructura (transporte de larga distancia, acceso mayorista a Internet y

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

- 148 -

11720

arrendamiento de enlaces locales, por ejemplo) y minoristas (oferta de servicios al sector corporativo, Internet minorista, telefonía de larga distancia, entre otros), a partir de la autonomía que le otorga la acumulación de la mayoría del tráfico nacional.

2316. De allí que esta Comisión considere necesario la desinversión de TELECOM y la permanencia en forma separada de los dos principales operadores de red con infraestructura a nivel nacional.

XIII.e.6. Definición de mercado relevante realizado por la Comisión en Telefonía móvil.

2317. En la presentación realizada por las partes relativo al mercado de telefonía móvil, no se observa que exista diferencia en lo que refiere a la definición de mercado (a pesar de haber hecho formulaciones expresas anteriormente en lo que refiere a la sustitución entre este mercado y el de telefonía fija).

2318. Las partes argumentan que "(...) no es cierto que no haya competencia luego de la OPERACION TELCO (...)". Y posteriormente aclaran que "(...) luego de mas de dos años de concretada la OPERACIÓN TELCO de existir las consecuencias sostenidas por la CNDC deberían haber sumado enorme cantidad de denuncias, prueba y quejas de los diferentes convocados discrecionalmente por la Comisión (...)".

2319. Sin embargo, corresponde realizar aclaraciones al respecto de las consideraciones vertidas por las partes.

2320. En primer lugar, corresponde afirmar enfáticamente que la operación de concentración no se ha conformado en la Argentina, en tanto este organismo antitrust no ha aprobado la misma.

2321. Por otro lado corresponde aclarar que este organismo antitrust analiza las operaciones de concentración con el objeto de evitar ex ante la comisión de una conducta por parte de una empresa que, como resultado de la operación, adquiera capacidad para realizar la misma (poder de dominio), tal como es usual en cualquier agencia de competencia a nivel internacional.

2322. La metodología propuesta por las partes parecería sugerir que este organismo antitrust, para observar la existencia de una concentración que lesione

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

el bienestar general, debiera aprobar las concentraciones y luego analizar si las empresas ejercen o no el poder de mercado que les otorgo la operación.

2323. Por otro lado las partes no desarrollan argumento alguno tendiente a refutar los análisis de los efectos horizontales y verticales que traería aparejado la operación de concentración en este mercado.

2324. En cambio proponen como remedio a la operación de concentración, a) permitir el ingreso de las cooperativas y b) obligar a las partes que utilicen el máximo de espectro autorizado (50 Mhz por área).

2325. En lo que refiere al primer punto, corresponde aclarar que es el Organismo Regulador del sector a quien le corresponde asignar y atribuir las porciones de ese bien escaso (espectro radioeléctrico).

2326. En segundo lugar cabe indicar que esas empresas no cuentan con la posibilidad inmediata de acceder al mercado, en tanto no tienen los insumos necesarios para iniciar la actividad en el corto plazo (espectro, estructura de red, etc.).

2327. Para que un mercado sea desafiable, los Lineamientos establecen que debe verificarse la amenaza de un ingreso rápido (corto plazo), probable (que el entrante pueda desempeñarse rentablemente en el mercado) y significativo (con capacidad de disciplinar un ejercicio de poder de mercado de las firmas que se concentran).

2328. Por tanto, las 300 cooperativas a las que hacen mención las Partes, las cuales surgieron para proveer servicios de telefonía en aquellas áreas locales de baja densidad, no serían una amenaza suficiente para disciplinar a las empresas notificantes.

2329. Las mismas se caracterizan por agrupar una cantidad menor de clientes. Por ejemplo, si se considera los clientes del servicio de telefonía, estas Cooperativas representan el 5% de las líneas totales existentes a nivel nacional.

2330. Así, las cooperativas no reúnen las condiciones necesarias para considerar al mercado de telefonía móvil como un mercado desafiable, en tanto no constituyen operadores con capacidad de ingreso en el corto plazo, de manera rentable y que tengan efecto disciplinador en el mercado nacional de telefonía móvil.

2331. Por todo lo expuesto, esta Comisión Nacional vuelve a reafirmar el análisis

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

de los efectos efectuados en el presente dictamen, señalando que:

2332. a) en relación a la acumulación del espectro radioeléctrico, las empresas involucradas, de no verse condicionada la operación bajo análisis, tendrían una acumulación del espectro que superaría a los 50 Mhz permitidos por la Decreto N° 266/1998; en base al juicio del organismo regulador referido a la cantidad total de espectro que se puede destinar a la telefonía móvil y a cada operador, generando motivos de preocupación desde el punto de vista de la competencia, en tanto una distribución desigual del espectro trae aparejada los efectos ya desarrollados sobre los costos operativos y, por ende, sobre la capacidad competitiva de los operadores.

2333. b) En segundo lugar, en base a la acumulación de clientes y facturación, de aprobarse lisa y llanamente la operación de concentración tal como fuera notificada, las Empresas Involucradas alcanzarían una participación, en valor total de facturación en el mercado de telefonía móvil, del 63%.

2334. Estos elevados niveles de concentración a nivel horizontal otorgan a la empresa concentrada la capacidad de generar graves perjuicios al interés económico a partir de los denominados "efectos de red".

2335. Las indagaciones realizadas por esta Comisión han mostrado que es una estrategia comercial habitual en el mercado realizar descuentos sobre la utilización de la telefonía móvil hacia el interior de la red. Estas promociones toman la forma de descuentos sobre el precio de la llamada y/o disponibilidad para la utilización gratuita de una cantidad de números de destino dentro de la misma empresa.

2336. Así, lo que en la actualidad podría considerarse como condición en la que se desenvuelve la competencia de mercado, de aprobarse la fusión bajo el artículo 13 inciso a) de la Ley 25.156 podría significar un riesgo de limitación de la competencia. Si se considera que la racionalidad económica que subyace a este tipo de promociones, la cual reside en la posibilidad de utilizar una capacidad ociosa al interior de la red; se observa que de aprobarse la operación aquí analizada de la forma ya mencionada, los incentivos para realizar dicha conducta se verían incrementados en base a un aumento en la capacidad ociosa de la redes fusionadas.

2337. En este caso, y como el tamaño de la red de la empresa concentrada sería

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

sensiblemente mayor a la de sus competidores, la probabilidad de llamadas que terminen sobre su misma red aumenta. Por ende los usuarios estarían incentivados a trasladarse hacia la empresa con mayor red para recibir dicho beneficio. Este efecto puede reforzar aún más la cantidad de clientes, lo cual redundaría en el ejercicio del poder de mercado y la posibilidad de excluir a un competidor eficiente (CLARO).

2338. Asimismo, es importante destacar, a modo complementario, que la capacidad de sustitución de empresa de un cliente de telefonía móvil esta limitada por varios aspectos. En primer lugar, en lo que refiere a las características de la demanda, que a la fecha no ha sido incorporada la portabilidad numérica en el servicio móvil (la cual favorecería la migración de clientes a otras redes, sin que estos afronten el "costo" de perder su numeración). Así, deberían existir fuertes incentivos económicos que motiven la movilidad de un operador a otro.

2339. En segundo lugar, y como fuera analizado a lo largo del presente dictamen, la cantidad de clientes a los que podría abastecer un operador (manteniendo la calidad de servicio a un nivel mínimo exigible) esta limitada por las condiciones de acumulación y reutilización del espectro radioeléctrico, el cual en la actualidad (según los operadores) se encuentra en sus máximos niveles. Así ante la hipotética suba de precios del operador con posición dominante, difícilmente un competidor estaría en condiciones técnicas de absorber una demanda de servicio adicional de magnitud tal para lograr disciplinar los precios de mercado.

2340. Por otro lado esta Comisión ha analizado que la operación de concentración genera riesgos exclusorios a través de la fijación de un precio elevado de los cargos por terminación de llamadas, el cual se reproduce a continuación.

2341. "En vista de que actualmente el valor de la terminación en las llamadas móvil – móvil se determinan por acuerdos privados entre los operadores cabe analizar los efectos que la operación notificada pudiera tener sobre la determinación del valor de la terminación de llamadas originadas en otras redes móviles y terminadas en las redes móviles de las notificantes.

2342. En ese sentido, la empresa fusionada, por su mayor tamaño podría resultar en un recibidor neto de pagos por terminación y en ese sentido podría tener

incentivos a aumentar los precios del cargo por terminación de llamada en su red.

2343. Este tipo de conducta elevaría los costos para las llamadas originadas en redes de otros operadores y terminadas en la red de la empresa fusionada y por ende colocaría en desventaja a los competidores.

2344. De aprobarse la operación quedaría conformado un operador con una estructura de red asimétrica, el cual tendría incentivos económicos para incrementar el precio de la terminación.

2345. Así, esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA entiende que la operación generaría problemas en el mercado de terminación de llamadas, el cual afectaría a las empresas competidoras y finalmente al usuario del servicio."

2346. Tales son, en síntesis, los argumentos en que se sustentan las preocupaciones desde el punto de vista de la competencia que despierta la presente operación en el mercado de telefonía móvil. Estos argumentos han sido desarrollados en extenso a lo largo del presente dictamen sin que se adviertan elementos de juicio adicionales que sugieran la necesidad de modificarlas, por el contrario se los ratifica en su totalidad.

XIII.e.7. Presentación realizada por las empresas ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., INTESA SANPAOLO S.p.A. y MEDIOBANCA S.p.A.

2347. La Comisión ha corrido traslado al resto de las empresas que se encuentran involucradas en la presente operación de concentración económica.

2348. Las empresas hacen referencia a la existencia de competencia entre las redes de telefonía móvil y fija, en tanto a partir de ambas redes el usuario cuenta en la actualidad con capacidad de acceder a Internet, considerando como erróneo excluir al servicio de Internet móvil ofrecido por las empresas de telefonía celular del mercado de acceso minorista a Internet.

2349. Argumentan que esta Comisión no recabó información suficiente para realizar dichas afirmaciones, en tanto no se valió de informe técnico o de "quienes desarrollan tecnología al efecto".

2350. Posteriormente argumentna que esta Comisión no ha considerado la

opinión del testigo Petrecolla quien argumenta que "...la telefonía móvil ha probado ser un competidor efectivo de la telefonía fija...". Cabe destacar que en este caso se hace referencia a la sustitución entre telefonía móvil y fija, y no al servicio de acceso a Internet móvil en comparación con el alámbrico (ADSL o Cablemódem).

2351. Posteriormente transcriben un párrafo del testimonio brindado por Petrecolla ante esta Comisión quien argumenta, según las partes, que la operación revestiría solamente relaciones verticales y que las mismas no generan problemas para con competidores no integrados en tanto existe una regulación al respecto (en referencia a la existente relativa a las facilidades esenciales).

2352. Esta argumentación es a su vez utilizada para luego desprender que, considerando la presente operación de concentración, "no estamos frente a un problema de competencia que no pueda ser tratado desde la regulación".

2353. Luegos las firmas se refieren a la definición realizada por esta Comisión relativa a los mercados relevantes involucrados. En efecto, dicen que: "se ha trabajado en su mayor parte con la idea implícita de que los mercados relevantes tenían alcance nacional. Esto podía ser relativamente razonable para el mercado argentino de telefonía móvil y para ciertos mercados minoristas, pero no parecía apropiado para los mercados mayoristas de telefonía fija (local y de larga distancia), para los de Internet y para los de telefonía pública".

2354. Posteriormente, y en referencia a la misma cuestión, se extienden sobre la supuesta definición del mercado geográfico nacional para el mercado de telefonía fija. Y concluyen que "A partir de estos presupuestos, como ocurrió ya con la Resolución 4/2009, la CNDC hizo un extensísimo análisis que aparentaba ser concreto pero que en realidad era (y es) inaplicable e inválido por cuanto está basado en supuestos equivocados o falsos".

2355. A la misma conclusión llegan las firmas en lo que refiere al mercado de Internet residencial, en cuanto las partes lo consideran local en contraposición con la definición realizada por el organismo antitrust.

2356. Posteriormente las mismas afirman, sin acompañar evidencia al respecto, que "frente a un escenario de Triple Play como el que se avecina, cualquier efecto que produjera la supuesta concentración bajo análisis quedaría diluido frente a las ventajas competitivas de los cableoperadores.".

2357. Posteriormente afirman que esta Comisión debería intentar ver "de qué forma a partir de mayores regulaciones se podía fiscalizar la competencia en el mercado sin afectar las inversiones de mi mandante", para luego afirmar que "lo importante en materia de competencia en el mercado de las telecomunicaciones es la existencia de una regulación seria, inteligente, eficiente y que se aplique en modo efectivo y no de acuerdo a la discrecionalidad del funcionario de turno y no es relevante ni nocivo que exista un operador del mercado con una participación del 70%".

2358. Finalmente las partes refieren al mercado de telefonía móvil. Nuevamente consideran que los problemas relativos a este mercado son de índole regulatoria, en tanto la portabilidad numérica y la puesta a disponibilidad de una cantidad mayor de espectro para nuevos entrantes corresponde al organismo regulador.

XIII.e.8. Respuesta a la presentación realizada por ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., INTESA SANPAOLO S.p.A. y MEDIOBANCA S.p.A.

XIII.e.8.1. Acerca de la regulación de los mercados de telecomunicaciones

2359. Como se consideró anteriormente, las firmas argumentan en ocasiones que los problemas de competencia que traería aparejado la concentración serían solucionables con una mayor regulación sobre el mercado. En otras ocasiones, en cambio, pareciera argumentar que la operación no implica problemas de mercado, en tanto en la misma sólo se verifican relaciones verticales en mercados regulados.

2360. Es importante señalar que ambas argumentaciones son incorrectas. En primer lugar cabe hacer notar que, considerando una mirada histórica, a medida que avanza el desarrollo tecnológico y se suceden las innovaciones la competencia ingresa a los mercados antes regulados por el Estado.

2361. En estos mercados, es su desarrollo competitivo el que trae aparejado el nivel de capital y precios que maximizan el bienestar general. Los organismos antitrust de los distintos países tiene como objetivo velar por el libre desarrollo de la competencia en esos mercados y así garantizar que los consumidores maximicen su excedente.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

2362. El sector de telecomunicaciones ha avanzado significativamente en lo que refiere a su procesos de desregulación en las últimas décadas, tanto en la Argentina como a nivel mundial. Este proceso permitió la proliferación de la competencia en una gran cantidad de mercados que antes eran usufructuados bajo el dominio estatal.

2363. Dentro de estos mercados podemos enumerar al mercado de acceso mayorista a Internet, transporte de larga distancia, arrendamiento de enlaces locales, telefonía móvil, servicios de telecomunicaciones al sector corporativo, etc.

2364. Para otros servicios, aquellos que su prestación requiere del arriendo de un elemento de red que dado el desarrollo tecnológico actual verifica en un grado elevado la característica de facilidad esencial, requiere de regulación referida a su acceso.

2365. Así la interconexión a la red pública de telefonía, el acceso a la última milla, la coubicación de equipos, etc. son considerados por el organismo regulador como elementos que el prestador con posición dominante debe poner a disposición de otros operadores al costo incremental de largo plazo (estableciendo tarifas reguladas).

2366. Esto es aplicable al arriendo de las facilidades esenciales para prestar los servicios de telecomunicaciones a partir del acceso de última milla, como lo hacen los ISP para ofrecer el servicio de Internet residencial a partir del par de cobre de las telecomunicaciones.

2367. Aclarado esto, corresponde indicar que a) no entra dentro del ámbito de este organismo regular el mercado de telecomunicaciones, sino velar por el desarrollo competitivo de los mercados y b) que lejos está del interés de esta Comisión proponer regular mercados que hoy se desarrollan en forma competitiva.

2368. Por el contrario, esta Comisión vela por el desarrollo competitivo del sector, evitando la conformación de monopolios en aquellos mercados que hoy se desenvuelven bajo diversas condiciones competitivas, de forma tal de evitar que se lesione el interés económico general.

2369. Finalmente corresponde indicar que el análisis de la operación de concentración entre TELEFÓNICA y TELECOM evidencia relaciones horizontales en un conjunto de mercados donde la regulación tiene ningún o escaso efecto

sobre el mercado.

2370. Cabe destacar, asimismo, que la concentración en los mercados mayoristas traería aparejado la conformación de un operador de red de extensión nacional con capacidad de funcionamiento autónomo con respecto al resto de los operadores. Dado el análisis realizado por esta Comisión en el presente dictamen, esta situación dotaría a esta empresa de la capacidad de excluir a los restantes operadores de red de los distintos mercados de servicios de telecomunicaciones.

2371. De aprobarse la concentración, es decir de conformarse una red nacional que concentre la mayor parte del tráfico nacional a través de sus ductos, los restantes licenciatarios se verían obligados a limitarse a la reventa de los servicios minoristas de telecomunicaciones arrendando elementos de la red monopólica de la empresa fusionada, haciendo uso de la regulación existente relativa al acceso a las facilidades esenciales.

2372. Cabe destacar que hoy en día es escasa la participación de mercado de las empresas no integradas verticalmente.

2373. Finalmente, cabe recordar la Decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre la fusión entre MCI Worldcom y Sprint. (Junio de 2000). Este Organismo prohibió la concentración de estas dos empresas de telecomunicaciones con redes de tránsito IP al concluir que "la fusión de MCI Worldcom y Sprint llevaría bien a la creación de una posición dominante [...] o al refuerzo de una posición dominante [...] en el mercado de prestación de conexión de máximo nivel o universal a consecuencia de lo cual la competencia en el mercado común se vería considerablemente obstaculizada".

2374. Asimismo a nivel internacional los organismos antitrust se han manifestado contrarios a avanzar con regulación sobre los mercados de acceso mayorista a Internet.

2375. Cabe señalar, en este sentido, la Recomendación efectuada en enero de 2010 por la Comisión Europea al Ente Regulador de Telecomunicaciones de Polonia (UKE), la cual se mostró contraria a la regulación propuesta por el organismo regulador de telecomunicaciones de Polonia (Urzad Komunikacji Elektronicznej - UKE) sobre los servicios de tránsito IP en Polonia.

2376. Después de dos meses de investigación, la Comisión Europea concluyó que el UKE no había demostrado que las condiciones de competencia en Polonia

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

11729

exijan la regulación de este mercado (los cuales no están regulados en otras partes de la UE).

2377. En el mismo sentido, esta Comisión considera que los problemas de competencia que traen aparejados concentraciones económicas no deben abordarse incrementando la presión regulatoria sobre el mercado, en tanto traería implicancias negativas sobre la inversión y desarrollo del sector. Para estos casos la aplicación de las leyes antitrust han mostrado ser la solución eficiente.

XIII.e.8.2. Objeciones a las definiciones de los mercados relevantes realizadas por la COMISIÓN DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA en las presentes actuaciones.

2378. En lo que refiere al análisis antitrust realizado por esta Comisión en el presente dictamen, cabe indicar que las firmas han objetado las definiciones realizadas sobre los mercados de telefonía fija (local y larga distancia), telefonía pública e Internet residencial.

XIII.e.8.2.1. Definición de mercado relevante en Telefonía Fija Local.

2379. En lo que refiere a la Telefonía Fija, las firmas han indicado que esta Comisión consideró al mercado como nacional, mientras que el mismo reviste carácter de local.

2380. Las mismas cometen una equivocación flagrante, en tanto esta Comisión ha realizado una definición del mercado geográfico relevante como local y analizó los efectos de la concentración considerando dicha definición.

2381. La conclusión arribada refiere a la existencia de tres agrupamientos de áreas locales, según el nivel de competencia observada entre las empresas involucradas. Mientras que en el Grupo se agrupan las áreas locales con alta competencia, pertenecen al Grupo B las áreas locales de competencia moderada, mientras que se incluyen dentro del Grupo C las áreas locales que no verifican competencia.

2382. Se señaló oportunamente que el Grupo A incluye localidades donde la operación verifica riesgos desde el punto de vista de la competencia actual, mientras que las localidades agrupadas en el Grupo B despiertan riesgos desde el

punto de vista de la competencia potencial (consideración que debe ser complementada con el análisis de la tendencia convergente de los mercados realizado oportunamente).

2383. Este tema ya fue abordado en el análisis del descargo realizado por Telecom Italia S.p.A. y Telecom Italia International N.V.. En honor a la brevedad nos remitimos a dicho análisis.

2384. Cabe indicar que las partes no han aportado información ni evidencia alguna que controvierta el análisis la definición de los mercados ni los efectos de la operación sobre los mismos que realizó la Comisión en el presente dictamen.

XIII.e.8.2.2. Sustitución entre telefonía fija y telefonía móvil

2385. A su vez las firmas alegan que el servicio de telefonía fija y el de telefonía móvil conforman un mismo mercado, donde se basan en ello a partir de la aseveración realizada por un testigo en una audiencia testimonial sin aportar otras evidencias que fundamenten tal argumentación.

2386. Esta Comisión ha investigado el nivel de sustitución entre ambos mercados, tanto desde el punto de vista de la oferta como de la demanda, llegando a la conclusión de que no existen elementos que modifiquen lo esencial del análisis de competencia que se encuentra vigente en la jurisprudencia.

2387. Dado que este tema ya fue abordado en el análisis del descargo realizado por Telecom Italia S.p.A. y Telecom Italia International N.V., nos remitimos a dichas argumentaciones

2388. Cabe recordar que la definición de mercado relevante propuesta por las partes traería aparejado riesgos aún mayores en cada una de las localidades donde se ha realizado el análisis de mercado sobre telefonía fija. En efecto, no sólo debería considerarse la posición dominante que estas detentan en el mercado de telefonía móvil, sino que correspondería sumar la que corresponde a la telefonía fija local. A su vez, la concentración se produciría a nivel horizontal en prácticamente todas localidades del país, dado la extensión nacional de la telefonía celular, revistiendo la operación aún una mayor gravedad desde el punto de vista antitrust.

2389. Sin embargo, esta Comisión Nacional considera esencialmente acertada la

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

definición de mercado relevante realizada en dicho Dictamen.

2390. Cabe indicar que las partes no han aportado información ni evidencia alguna que controvierta el análisis la definición de los mercados ni los efectos de la operación sobre los mismos que realiza la Comisión en estas actuaciones.

XIII.e.8.2.3. Definición de mercado relevante en Internet Minorista y Telefonía Pública.

2391. Se consideran ambas definiciones en su conjunto, dado que los argumentos desde el punto de vista antitrust son similares.

2392. Previamente es importante aclarar que la definición de mercado relevante realizado por la Comisión en el presente dictamen coincide con la jurisprudencia de la misma, en tanto en todas las operaciones de concentración del sector preexistentes fueron analizados estos mercados considerando su dimensión nacional.

2393. En ningún caso las empresas del sector, dentro de las que se encuentran las notificantes en esta concentración, han objetado el análisis dando muestras de conformidad con el mismo.

2394. Incluso es importante aclarar que la presentación realizada por TELEFÓNICA en el F1 y F2 de la operación de Concentración No 741 coincide con esta definición de mercado.

2395. En lo que refiere a la definición de mercado realizada por esta Comisión en el presente dictamen sobre la dimensión geográfica del mercado de Internet residencial, cabe reproducir en esta instancia el análisis realizado oportunamente:

2396. "Para la definición del mercado de Internet se considera la realizada oportunamente por esta Comisión en el marco del Dictamen N° 417.

2397. Según la misma, 'este mercado está constituido por el servicio que ofrecen los denominados Internet Service Provider (ISP) a usuarios residenciales y/o pequeñas y medianas empresas'[210].

[210] Nuevamente, como fuera aclarado para el caso de la definición realizada en telefonía fija, se excluye de este mercado el servicio de acceso Internet minorista ofrecido al sector corporativo, el cual esta incluido en el mercado de servicios ofrecidos al sector corporativo que se analiza más adelante.

2398. Esta definición del mercado en su dimensión del producto es consistente con la realizada a nivel geográfico, en tanto "se considera que el ámbito geográfico del mercado relevante del producto a considerar es nacional. Lo anterior encuentra fundamento en que se estima que, ante un aumento de precios en un área determinada de menor extensión a la nacional, los prestadores actuantes en otras regiones podrían establecerse en el área donde se produjo el aumento sin costos significativos y en un plazo relativamente corto, mediante el arrendamiento de los recursos de infraestructura necesaria en caso de no poseerla"[211].

2399. Cabe destacar, como fuera también señalado en anteriores Dictámenes de la Comisión, que la estrategia de las empresas que ofrecen Internet refieren a una mirada nacional, lo que cual impacta en los precios y las modalidades de acceso.

2400. A la misma conclusión llegan las partes cuando afirman que 'los planes de acceso a los servicios son normalmente equivalente entre distintas provincias o regiones del país. Estas características son evidentes en las tecnologías de banda ancha, de creciente aceptación tanto a nivel empresarial como residencial. Idénticas consideraciones le caben a las tecnologías inalámbricas de conectividad'[212].

2401. A su vez, como afirman las partes, tanto la naturaleza de las licencias como 'la jurisprudencia nacional e internacional confirma esta definición a nivel nacional del mercado geográfico relevante' del servicio de acceso a internet.."

2402. Se observa que existe coincidencia entre el análisis realizado por esta Comisión en el marco de esta Concentración y la jurisprudencia local e internacional referida al tema.

2403. Así esta Comisión Nacional ratifica la definición de mercado relevante realizado en este Dictamen.

2404. Cabe indicar que las partes no han aportado información ni evidencia alguna que controvierta la definición de los mercados y/o los efectos de la operación sobre los mismos que realizó esta Comisión en el presente dictamen.

2405. Los mismos argumentos expresados aquí para la existencia de una

[211] Ver Dictamen N° 417. (Conc. 448)

[212] Ver F2 presentado por Telefónica a fs. 4159/4237.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

extensión nacional del mercado de Internet son los considerados para la definición del mercado nacional de servicio de telefonía pública.

2406. En efecto, este servicio se ofrece a partir de la infraestructura con la que cuentan los operadores incumbentes en las áreas de prestación histórica. Cabe indicar que en zonas de mayor competencia de infraestructura, como ser la zona centro del país, existen además de las incumbentes proveedores alternativos del servicio de telefonía pública.

2407. Dado que el Decreto N° 764/2000 establece la obligación de proveer el acceso a esta infraestructura en aquellas zonas donde las incumbentes presenten poder dominante, no es determinante contar con infraestructura local para ofrecer los servicios de telefonía pública.

2408. Así, nuevamente, "ante un aumento de precios en un área determinada de menor extensión a la nacional, los prestadores actuantes en otras regiones podrían establecerse en el área donde se produjo el aumento sin costos significativos y en un plazo relativamente corto, mediante el arrendamiento de los recursos de infraestructura necesaria en caso de no poseerla" [213]

2409. Es así que en el presente dictamen se explicó que "el mercado geográfico desde el punto de vista de la demanda es claramente local, sin embargo, habida cuenta de las posibilidades de sustitución desde el lado de la oferta, esta comisión considera al mercado geográfico de estos servicios como de alcance nacional".

2410. Así esta Comisión Nacional considera acertada la definición de mercado relevante realizado en este Dictamen.

2411. Cabe indicar que las partes no han aportado información ni evidencia alguna que controvierta la definición de los mercados ni los efectos de la operación sobre los mismos que realizó la Comisión en las presentes actuaciones.

XIII.e.8.2.4. Mercado de telefonía fija de larga distancia

2412. La definición de mercado relevante realizada por la Comisión en el presente dictamen coincide con la jurisprudencia de la misma, en tanto en todas las operaciones de concentración del sector preexistentes fueron analizados estos

[213] Ver Dictamen N° 417. (Conc. 448).

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

11734

mercados considerando su dimensión nacional.

2413. En ningún caso las empresas del sector, dentro de las que se encuentran las notificantes en esta concentración, han objetado el análisis realizado por el organismo antitrust dando muestras de conformidad con el mismo.

2414. Incluso es importante aclarar que la presentación realizada por las partes en el F1 y F2 en el marco de la presente operación de Concentración No 741 coincide con esta definición de mercado.

2415. En el presente dictamen se detalla con claridad que "a diferencia de la telefonía fija local, no constituye una condición necesaria para participar en este mercado como oferente contar con infraestructura local."

2416. La forma de acceder al servicio de larga distancia a través de un proveedor alternativo al que ofrece el servicio básico local es a través del sistema de presuscripción. Para ello los operadores locales deben poner a disposición del Administrador de Base de Datos (en adelante indistintamente "ABD") el listado de sus clientes.

2417. A su vez el operador de larga distancia debe notificar al ABD el cliente que ha demandado su servicio de larga distancia, mientras que el usuario que desee hacer uso de dicha facultad debe manifestar la conformidad.

2418. Así, la regulación existente relativa a este mercado permite que los operadores de larga distancia ofrezcan sus servicios en todo el territorio nacional sin al necesidad de contar con estructura de red en dichas áreas locales[214].

2419. Además se incluye dentro de este mercado la venta de tarjetas prepagas. Este servicio es ofrecido por empresas que adquirieron capacidad a operadores que cuentan con infraestructura de larga distancia.

2420. "En segundo lugar, existen numerosos oferentes de servicios de telefonía de larga distancia que operan a través de sistemas prepagos, en general mediante tarjetas. Los usuarios deben marcar, previamente el número telefónico al cuál quieren llamar, el número que corresponde a su prestador prepago de larga distancia. Estas llamadas se encuentran pagas desde el momento en que se

[214] Están exceptuados de aportar el listado de clientes a ABD aquellas áreas locales con menos de 5000 clientes, áreas en las cuales se desempeñan operadores independientes y donde no prestan servicio las empresas incumbentes.

adquirió la tarjeta, en cuyo cargo se incluye el valor del consumo. En el caso de este tipo de operadores de larga distancia suele haber ofertas diferenciadas por destino o conjunto de destinos."

2421. Se observa que desde el punto de vista de la definición del mercado relevante en su dimensión geográfica, no resulta relevante contar con infraestructura local. A su vez, el sistema de presuscripción y de venta prepaga permite al usuario decidir sobre cuál operador demandará ese servicio, sin importar si el mismo tiene presencia física (de red) en su área de residencia.

2422. Así esta Comisión Nacional considera acertada la definición de mercado relevante realizado en este Dictamen.

2423. Cabe indicar que las partes no han aportado información ni evidencia alguna que controvierta la definición de los mercados ni los efectos de la operación sobre los mismos que realizó la Comisión en el presente dictamen.

XIII.e.8.2.5. Mercado de telefonía móvil.

2424. Las partes no han refutado la definición de mercado relevante realizada por la Comisión, ni el análisis de los efectos de la operación de Concentración en este mercado.

2425. En cambio, se han limitado a comparar los niveles de concentración de los mercados de televisión por cable y el mercado de telefonía móvil. Cabe indicar que esta Comisión realiza un análisis específico para cada operación de concentración, en donde se evalúan los efectos de la misma sobre el mercado en cuestión.

2426. El nivel de concentración horizontal, como los índices de concentración asociados a él, son indicadores que no pueden ser comparados linealmente en mercados distintos. Así la comparación realizada por las partes entre los niveles de concentración en los mercado de telefonía móvil y de televisión por cable carece de sentido práctico. Por otro lado el HHI de esta operación, en el servicio de telefonía móvil, representa aproximadamente 500 puntos más que el citado por las partes.

2427. Finalmente cabe afirmar que las partes no han aportado información ni evidencia alguna que controvierta la definición de los mercados y/o los efectos de

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

- 148

11736

la operación sobre los mismos que realizó la Comisión en el presente dictamen.

2428. Así esta Comisión Nacional ratifica la definición de mercado relevante realizada en este Dictamen y el análisis de los efectos realizado en el mismo.

XIII.e.8.2.6. Análisis prospectivo relativo a la conformación de mercados convergentes de, Telefonía, Internet y Televisión.

2429. Las partes señalan, de manera arbitraria, en tanto no aportan información que sustente dichas afirmaciones, que de considerarse el mercado de triple play las participaciones de mercados se verían diluidas: "frente a un escenario de Triple Play como el que se avecina, cualquier efecto que produjera la supuesta concentración bajo análisis quedaría diluido frente a las ventajas competitivas de los cableoperadores".

2430. Esta Comisión ya ha argumentado los fundamentos vertidos en dicho análisis a lo largo del presente dictamen, dado lo cual se vierten aquí los mismos argumentos de manera resumida.

2431. En efecto, anteriormente se señaló que en las zonas de mayor aglomeración y poder adquisitivo del país, las partes involucradas verifican solapamiento en las redes troncales y de acceso local, lo cual les permitiría ofrecer en el corto plazo una oferta convergente de servicios ya sea a través de sus propio acceso de última milla, arrendando el del operador incumbente o realizando un tendido nuevo de fibra óptica.

2432. De aquí que el análisis dinámico del mercado muestre que las empresas de telecomunicaciones verificarán altos niveles de rivalidad por captar el acceso de última milla a los hogares. Es esperable que este proceso competitivo traiga aparejado beneficios en variedad, capacidad y precios a los consumidores finales.

2433. Por otro lado, cabe destacar que la existencia futura de un mercado convergente en el que participen las empresas de telecomunicaciones (aún siendo una posibilidad futura que en la actualidad no se verifica), no implica que dejen de existir los mercados de telefonía, internet en los cuales esta operación tendría efectos en la actualidad.

2434. Finalmente cabe destacar que en el caso en el que se superen las barreras regulatorias y tecnológicas que impiden que las empresas de telecomunicaciones

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

participen en el mercado de oferta convergente de servicios de Televisión, Telefonía e Internet; de aprobarse incondicionadamente la operación las empresas incumbentes concentrarían la estructura de red que requieren sus competidores para ofrecer los servicios finales (redes troncales, tendidos locales, etc).

2435. Salvo en el caso de la telefonía, donde existe regulación específica relativa a la interconexión, para el resto de los servicios las partes involucradas contarían con la capacidad de excluir a su competidores en el mercado aguas abajo (triple play) negando el acceso a su red.

2436. Por otro lado cabe indicar que en la actualidad las incumbentes cuentan con aproximadamente 8.5 millones de usuarios conectados en forma directa a su red, mientras que todas las empresas de cable en su conjunto no alcanzan los 4 millones de accesos a los hogares.

2437. Finalmente cabe afirmar que las partes no han aportado información ni evidencia alguna que sustenten sus afirmaciones, y menos aún que controvierta el análisis realizado por esta Comisión en el marco de las presentes actuaciones.

XIII.e.9. Presentación realizada por la firma TELEFÓNICA, S.A. como contestación de la Resolución CNDC Nº 30/10

2438. Las partes aluden que la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ha hecho un evaluación incorrecta de la estructura de mercado, dando por sentado supuestos que no se compadecen con los datos reales de la industria.

2439. La exposición de las firmas se centra en dos aspectos fundamentales. Una primera parte refiere al análisis de los determinantes económicos de los tendidos de red por parte de una empresa de telecomunicaciones. De dicho análisis las partes desprenden que "afirmar que la integración de estas dos redes elimina inequívocamente un proveedor alternativo de red (es decir un competidor con infraestructura propia) resulta erróneo económicamente e irrazonable jurídicamente porque en una parte importante del país las dos empresas no se superponen en sus redes. Desde el punto de vista de la demanda, teniendo en consideración lo antes expuesto, el impacto eventual sería muy reducido".

2440. Una segunda parte refiere al análisis de los precios y de las cantidades en algunos de los mercados minoristas involucrados en la operación, a saber: telefonía fija, Internet, telefonía móvil y telefonía pública.

2441. Las partes argumentan a través de dicho análisis que en el mercado se observaría: "un comportamiento opuesto al que se verificaría de haberse concretado la restricción a la oferta necesaria para probar el supuesto daño al Interés Económico General"

XIII.e.9.1. Respuesta a la presentación realizada por TELEFÓNICA, S.A.

XIII.e.9.1.1. Estructura de red y efecto de la operación en los mercados mayoristas de telecomunicaciones

2442. A diferencia de las anteriores presentaciones, los cuales omitieron la existencia de redes en la industria de las telecomunicaciones (limitándose a realizar comentarios relativos a los mercados minoristas), TELEFÓNICA comienza por desarrollar una análisis relativo a la importancia de la infraestructura en el mercado de telecomunicaciones.

2443. En efecto la presentación describe que: "la industria de las telecomunicaciones es una actividad que se desarrolla a través de redes, las cuales generan costos de producción de los servicios que se montan sobre ellas que difieren marcadamente de los costos verificables en otras actividades que no requieren de redes". "En efecto, las compañías dedicadas a los servicios de comunicaciones y medios, al establecer sus redes, reconocen que la optimización de costos es un ejercicio en dos dimensiones complementarias: aumentar el tamaño o cobertura de red que permita alcanzar un número mayor de usuarios potenciales pero esto implica un aumento en los costos por desarrollo de red".

2444. Las firmas a su vez analizan las condiciones económicas que determinan, en términos abstractos, la existencia de tendidos de red por parte de los operadores.

2445. En este sentido afirman que: "la red será desarrollada en tanto exista una densidad mínima de clientes en el área a cubrir que financie los costos comunes no sensibles al número de suscriptores. Dichos ahorros se conocen bajo el

concepto de "economías de densidad". Así para determinados niveles de demanda el número eficiente de operadores –proveedores de red puede ser un número limitado; si aumenta la demanda por encima de un cierto umbral, socialmente podría verse justificada la duplicación a través del ingreso de nuevos operadores."

2446. Finalmente las explican las razones por las cuales se ha realizado esta introducción al explicar que: "hemos intentado explicar que si bien el fenómeno del solapamiento de redes puede ser deseable desde el punto de vista teórico es perfectamente cuestionable, como resultado general, desde la lógica de la estructura de costos de la industria. El no solapamiento de redes en algunas áreas ha sido una característica para las empresas involucradas dado que han superpuesto redes allí donde era racional hacerlo y no lo han hecho en otras áreas donde no estaban dadas las condiciones mencionadas arriba".

2447. En términos generales y abstractos el correcto análisis realizado por las mismas refiere a los determinantes generales de la conformación de los mapas de red dentro de un país, región o área local determinado.

2448. Sin embargo un análisis más detallado requiere analizar los distintos niveles en los que se estructuran las redes de los operadores de telecomunicaciones.

2449. Esta Comisión ha señalado en el presente dictamen que se puede hacer una diferenciación bastante clara en cuanto a los niveles de la red. La estructura de red de un operador de telecomunicaciones se compone de la red troncal que realiza el transporte de larga distancia, de la cual se desprenden los tendidos al interior de las áreas locales, los cuales presentan una menor capacidad acorde al tráfico que transportan en dichas áreas. Finalmente, de los nodos de distribución que transportan las comunicaciones dentro de las áreas locales, se desprenden los accesos a los hogares que demandan los servicios (última milla).

2450. Los niveles de red mencionados anteriormente están asociadas al alcance que puede tener la competencia entre operadores en los mercados involucrados, en tanto la cantidad de competidores está fuertemente determinada por los costos de construir la red, y por el flujo de tráfico que se cursa a través de la misma.

2451. De esta forma es esperable que en los tramos de red troncales que vinculan los principales centros de aglomeración del país, exista un mayor número

de licenciatarios operando con redes propias

2452. En el otro extremo se encuentran las condiciones de competencia que verifica el mercado en los servicios prestados a los usuarios finales a través de las redes de acceso a los hogares.

2453. En la contestación realizada por TELEFÓNICA, si bien se realiza una introducción acertada relativa a las condiciones microeconómicas que determinan los tendidos de redes en general, sin hacer una distinción precisa entre los distintos niveles de red y mercados relevantes involucrados, posteriormente se expone un cuadro con la cantidad de áreas locales (localidades) dentro de las cuales TELEFÓNICA presenta algún tipo de competencia.

2454. Textualmente las partes afirman que "Telefónica presta servicios en 988 áreas locales dentro de las cuales presenta algún tipo de competencia en 417 localidades" (Fojas 7490). Y posteriormente argumenta que "Telecom Argentina, como operador de red, está presente en 168 localidades, es decir 40% de las localidades donde Telefónica tiene competencia".

2455. Se observa que TELEFÓNICA refiere a las condiciones de competencia de los mercados mayoristas en general, y presenta información relativa a los tramos incluidos dentro de las áreas locales.

2456. En este sentido cabe reiterar lo que afirmado anteriormente en relación al mercado mayorista de transporte de larga distancia:

2457. "La red de transporte de larga distancia de la empresa Telefónica cuenta con 21.750 Km. de fibra óptica tendidos a lo largo del territorio nacional. Además Telefónica cuenta con cobertura de radioenlaces de alta y media capacidad, y con vínculos satelitales para llegar a zonas cordilleranas y de difícil acceso en general[215].

2458. Por su parte y como se mencionó en párrafos anteriores, TELECOM cuenta con una red de transporte de larga distancia que se extiende por todo el territorio nacional solapada con la perteneciente a Telefónica[216]."

2459. Según la declaración Testimonial del Director de Marco Regulatorio de

[215] Ver Mapas de red troncal interurbana de los principales operadores de telecomunicaciones adjuntados en el presente expediente.

[216] Ver Audiencia al representante de Telecom, Edmundo Poggio, en el marco del análisis del presente Dictamen a fs. 1518/1524.

TELECOM, Edmundo Poggio, "la red fija de TELECOM de larga distancia se extiende por todo el territorio nacional, y sus redes locales, básicamente por la región norte"[217]. A su vez, en la misma audiencia testimonial se le consultó al representante de TELECOM en qué "zonas de la Argentina se verifica superposición de redes entre Telefónica y Telecom, y qué utilidad tienen las mismas, DIJO: (para) transporte en todo el país"[218]

2460. A su vez, en lo que refiere al tendido de red al interior de las áreas locales esta Comisión afirmó que "las empresas Telefónica y Telecom cuentan con infraestructura para ofrecer este tipo de enlaces principalmente en la región sur y en la región norte, respectivamente."

2461. "Por su parte, en las zonas de mayor aglomeración poblacional, donde existe una demanda de tráfico mayor, las empresas incumbentes han realizado tendidos locales fuera de sus áreas de prestación histórica[219]".

2462. Así esta Comisión observó "superposición de redes en algunas zonas de la Capital Federal, en el corredor que va desde Buenos Aires a Santiago de Chile, con bajada en las principales centros urbanos, y en los principales aglomerados urbanos del interior del país."

2463. "Cabe destacar que, si bien en proporción son escasas las localidades en las cuales esta Comisión pudo consignar que existe solapamientos de redes de tendido local de las incumbentes, estas localidades representan las áreas de mayor importancia a nivel nacional dado el tráfico que allí se demanda."

2464. En resumen, si se analiza la estructura de red de la empresa fusionada el resultado seria el siguiente: a) redes troncales a lo largo de todos el país (tanto TELEFÓNICA como TELECOM verifican actualmente solapamiento de red a nivel troncal); b) tendidos locales en todo el país (en tanto TELEFÓNICA y TELECOM detentan principalmente tendidos en sus áreas de incumbencia con solapamiento

[217] Audiencia Testimonial celebrada el 1 de Junio de 2009 a Edmundo Poggio, como Director de Marco Regulatorio de TELECOM a fs. 1518/1524

[218] Audiencia Testimonial celebrada el 1 de Junio de 2009 a Edmundo Poggio, como Director de Marco Regulatorio de TELECOM, a fs. 1518/1524

[219] Este análisis es coincidente con la realizada en telefonía fija, para las localidades incluidas dentro del Grupo B.

en los principales centro de aglomeración y tráfico del país) y c) acceso de última milla en todo el país (en tanto TELEFÓNICA y TELECOM detentan principalmente tendidos en sus áreas de incumbencia con solapamiento en los principales centro de aglomeración y tráfico del país).

2465. Por tanto, la estructura de red resultante de la operación resultaría en un operador con capacidad para funcionar de manera autónoma para ofrecer los distintos servicios de telecomunicaciones (es decir sin la necesidad de interconectar otras redes a la suya).

2466. Este operador estaría en condiciones de excluir del mercado al resto de los competidores con infraestructura propia en los mercados de transporte, arrendamiento de capacidad local, acceso mayorista a Internet, acceso minorista a Internet, servicios de telecomunicaciones al sector corporativo, entre otros.

2467. A su vez ya han sido señalado los efectos que tendría sobre el desarrollo de la nueva tecnología la conformación de un operador de red con las dimensiones antes reseñadas.

2468. Cabe recordar, en lo que refiere a las barreras a la entrada, lo que ya fuera afirmado oportunamente: "como se desprende de lo dicho hasta aquí, la entrada y/o la permanencia de un operador no puede concebirse como posible en esta industria sin la interconexión de los operadores. De aprobarse la operación se generaría un red con autosuficiencia casi absoluta para la prestación de servicios de telecomunicaciones y, por ende, con la capacidad y el incentivo material para no interconectar operadores."

2469. Cabe indicar que las partes no han aportado información ni evidencia alguna que controvierta el análisis la definición de los mercados ni los efectos de la operación realizados oportunamente.

XIII.e.9.1.2. Análisis sobre la oferta en los mercados de telefonía fija, telefonía celular, acceso a Internet.

2470. Las partes aportan información relativa a la evolución de las cantidades ofrecidas en los mercados de Telefonía Fija, Internet de banda ancha y telefonía móvil.

2471. Las partes argumentan que la evolución de mercado mostraría información

contraria a la existencia de una concentración que lesione el interés económico general.

2472. Cabe aclarar, en primera instancia, que la operación de Concentración no se conformó en tanto no existe pronunciación en tal sentido por parte del la Autoridad de Aplicación de la Ley 25.156.

2473. Por otro lado es importante recordarle a las partes que el análisis de las operaciones de concentración tiene como objeto determinar si las mismas implican un incremento en el poder de mercado de una empresa que permita desarrollar de manera autónoma conductas que lesione el Interés Económico General.

2474. Las conductas anticompetitivas, que puede ser ejercido o no por una empresa que detente poder de mercado, son juzgadas por esta Comisión a través de otro procedimiento que norma el análisis de las mismas.

2475. Así, mientras que en el análisis de las Concentraciones esta Comisión evita que las empresas adquieran un poder de mercado que pueda llegar a lesionar el interés económico general a través de su accionar unilateral, el análisis de las Conductas tienen como objetivo determinar si aquellas empresas que detentan poder dominante sobre el mercado han hecho abuso del mismo.

2476. Así, no corresponde a esta instancia procedimental verificar si las partes habrían hecho o no abuso de una posición dominante, en tanto esta Comisión Nacional está analizando un operación de Concentración, la cual no ha sido aprobada por el Estado Nacional.

2477. Por otro lado cabe destacar que dicho análisis corroboran las definiciones de mercado realizadas por esta Comisión en el presente Dictamen.

XIII.e.10. Presentación efectuada por SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A.[220]

2478. La firma SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. comienza señalando que la Operación Telco no vulnera el artículo 7 de la LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, por el hecho de que tras luego de casi tres años desde que fue celebrada no ha podido verificarse ningún menoscabo real al régimen de competencia ni se ha excluido ningún jugador del ámbito de las telecomunicaciones. Y que por consiguiente no se verifica que dicha operación infrinja los principios de la Ley de Defensa de la Competencia ni afecte el interés económico general.

2479. Por otro lado, la firma esgrimen que la Comisión realizó un análisis de mercado sesgado puesto que se incurrió en una definición de los mercados relevantes que no se compadece con la realidad ni con la actualidad del mercado de las telecomunicaciones, por cuanto soslaya que hoy en día los servicios de telecomunicaciones pueden proveerse a partir de distintas plataformas como el cableado telefónico, el cableado televisivo y sistemas inalámbricos por lo que la competencia se desarrolla sin discriminación entre la telefonía fija, la celular, Internet y la televisión, entre otras.

2480. Asimismo, indica que para evaluar el verdadero impacto de la Operación Telco en el mercado de las telecomunicaciones y la correcta definición de los mercados relevantes es necesario que se haya requerido el formulario F2.

2481. En este sentido, explica que a los efectos de establecer la definición de los mercados relevantes se aplica el test SSNIP, y que la falencia de este test derriba todo el endeble andamiaje en el que pretendió sustentarse la Resolución 483 anulando sus conclusiones por ser arbitrarias.

2482. De igual modo, manifiesta que también se ha soslayado en el análisis de la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA que el mercado de telecomunicaciones se encuentra: a) dividido geográficamente por lo que Telefónica de Argentina y el Grupo Telecom Argentina no compiten en todo el país sino tan sólo en determinadas zonas, siendo sus principales competidores en cada una de las zonas geográficas donde ejercen su predominio (sur y norte

[220] Esta presentación fue realizada por el Señor LIVINI.

respectivamente) las empresas de televisión por cable y operadores telefónicas independientes; y b) sujeto a una fuerte regulación de tarifas, cuyos topes se encuentran en la estructura generales de tarifas, lo cual excluye toda eventual afectación al interés económico general.

2483. Por ultimo, agregan y citan la opinión del Sr. Ricardo Passadore, representante de la Federación de Cooperativas Telefónicas Ltda.. que existen más de 300 cooperativas con ánimo de competir en el mercado pero a los cuales la SECOM les ha denegado la licencia.

XIII.e.10.1. Respuesta a la presentación realizada por Sofora Telecomunicaciones S.A.

2484. En cuanto a que esta Comisión Nacional ha realizado definiciones de mercado que no se compadecen con la realidad ni con la actualidad del mercado de las telecomunicaciones, es dable destacar que caben las mismas consideraciones ya explicadas por este Organismo en anteriores respuestas a los presentes descargos realizados por las firmas presentantes.

2485. No obstante, vale resaltar las principales conclusiones esgrimidas por esta Comisión Nacional en anteriores descargos.

2486. Esta Comisión ha argumentado extensamente a lo largo del presente Dictamen cada uno de los mercados relevantes involucrados en la operación de Concentración No 741.

2487. En el mismo se considera en forma detallada la sustitución entre la telefonía móvil y fija, y se ha argumentado que las mismas pertenecen a mercados relevantes diferentes, en base a un análisis de los costos y los precios de mercado.

2488. Así esta Comisión analizó a lo largo de las presentes actuaciones la sustitución entre ambos servicios y considera que un aumento pequeño aunque sostenido en el precio de la telefonía móvil incremente la demanda del servicio de telefonía fija residencial.

2489. A su vez se han considerado que las necesidades que satisfacen ambos servicios difieren sustancialmente.

2490. Por otro lado cabe indicar que las empresas de telecomunicaciones no

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

FOLIO 11746

participan del servicio de televisión paga, dado lo cual este no es un mercado relevante involucrado en la presente operación.

2491. En efecto, esta Comisión ha estudiado pormenorizadamente las tendencias nacionales e internacionales en materia de evolución tecnológica y ha observado que se verifica una tendencia convergente que les permitirá, en un futuro, ofrecer a las empresas de telecomunicaciones el servicio de imágenes a los hogares (IPTV).

2492. Sin embargo en la actualidad, además de las restricciones tecnológicas que deben superarse y que se hacen mención en el presente Dictamen, existe una barrera regulatoria al ingreso de las empresas de telecomunicaciones a la prestación del servicio convergente.

2493. Estas barreras se verificaban tanto en la Ley de Radiodifusión N° 22.285, como en la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual N° 26.522.

2494. De más esta indicar que, dado lo comentado anteriormente, del análisis de los mercados surge que las empresas de telecomunicaciones no cuentan con oferta comercial del servicio de Telefonía, Internet y Televisión paga de manera convergente.

2495. Las empresas de televisión por cable han iniciado la prestación de servicios de telefonía, a través de una oferta conjunta de Televisión, Internet y Telefonía. Este servicio representa a la fecha un porcentaje marginal y ha sido considerado dentro de las participaciones de mercado en el análisis de telefonía fija o Internet (según corresponda).

2496. En este sentido, parecería que las partes confunden el análisis realizado por esta Comisión, al considerar el mercado de telecomunicaciones en general y no contemplando los distintos mercados relevantes que lo conforman, (definidos a lo largo del Dictamen).

2497. La existencia futura y/o actual de un mercado convergente de servicios de televisión paga, Internet y telefonía (en el cual, como ya fue señalado, no participan las empresas de telecomunicaciones), no invalida la existencia de mercados separados de telefonía fija, Internet y Televisión.

2498. Por otro lado, las firmas parecieran sugerir que la existencia de un mercado convergente en el que participen las empresas de telecomunicaciones (aún siendo una posibilidad futura que en la actualidad no se verifica), haría

redundante el análisis del comportamiento de cada uno de los mercados considerados individualmente.

2499. En resumen, de lo dicho hasta aquí se desprende que: a) el fundado análisis realizado por esta Comisión concluyó que para la competencia futura en el mercado convergente de Telefonía, Internet y Televisión resulta de importancia la existencia independiente de las involucradas, en tanto las mismas se comportan como las principales competidoras potenciales de dicho mercado, b) este mercado convergente de servicios de televisión, Internet y telefonía, que en la actualidad se manifiesta de manera incipiente, no está constituido por las empresas incumbentes en tanto existen barreras regulatorias que así lo impiden, c) el análisis dinámico realizado por esta Comisión no invalida la existencia de mercados de telefonía e Internet por separado.

2500. En lo que refiere al mercado de la telefonía móvil corresponde aclarar que es el organismo regulador del sector a quien le corresponde asignar y atribuir las porciones de ese bien escaso (espectro radioeléctrico).

2501. En segundo lugar cabe indicar que las Cooperativas locales no cuentan con la posibilidad inmediata de acceder al mercado, en tanto no cuentan con los insumos necesarios en el corto plazo (espectro, estructura de red, etc.), en forma perdurable y significativa.

2502. Cabe indicar que la mayoría de las 300 cooperativas a las que hacen mención las partes se encuentran ubicadas en áreas locales de baja densidad. En efecto, las mismas se caracterizan por agrupar una cantidad menor de clientes. Por ejemplo, si se considera los clientes del servicio de telefonía fija, estas Cooperativas representan el 5% de las líneas totales existentes a nivel nacional.

2503. Por otro lado cabe indicar que esta Comisión ha realizado un análisis de los mercados relevantes aplicando de manera rigurosa los Lineamientos. La aplicación de los mismos ha sido aplicada por esta Comisión a los distintos análisis de concentración que ha venido realizando desde la sanción de la Ley que la norma.

2504. Así, además de realizar un análisis específico para determinar los mercados relevantes en cada una de las concentraciones, se vale del conocimiento adquirido a lo largo de sus actuaciones y que se manifiestan en su jurisprudencia.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

-148-

FOLIO 11748

2505. En tal sentido, los mercados relevantes están definidos rigurosamente en base a la información provista en el expediente y resulta consistente con el análisis realizado por esta Comisión Nacional en anteriores expedientes. A su vez, cabe indicar, que las partes involucradas en la operación han coincido con la definición de los mercados relevantes realizado por esta Comisión tal como se evidencia en las presentaciones realizadas en los F1 y F2 obrantes en el presente expediente.

2506. Finalmente cabe mencionar que las partes no han aportado información en esta instancia ni en ninguna otra que controvierta la definición de mercado realizada por esta Comisión.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

XIII.e.11. Presentación realizada por la empresa NORTEL INVERSORA S.A.[221]

2507. La presentación realizada por Nortel Inversora S.A. cuenta con solamente 2 páginas dedicadas a refutar el análisis económico realizado por esta Comisión y resulta ser el mismo que el expuesto por la firma SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A.

2508. Por tanto, le caben exactamente las mismas consideraciones y conclusiones efectuadas por esta Comisión Nacional como respuesta al descargo realizado por la firma antes mencionada.

XIII.e.12. Presentación realizada por PIRELLI & C.S.p.A.

2509. Sólo en una página lla firma PIRELLI & C.S.p.A. intenta refutar el análisis económico efectuado por esta Comisión

2510. Al respecto, la misma señala que "no hay que olvidar que Telefónica no sólo tiene una participación indirecta muy reducida en Telecom Argentina, del 1.8%, sino que además en el mercado de las telecomunicaciones hay barreras legales, contractuales y fácticas insuperables que impiden que Telefónica pueda diseñar la estrategia comercial de TELECOM ITALIA y mucho menos de Telecom Argentina o pueda excluir algún competidor". (fs. 7530)

2511. Adicionalmente detallan las principales razones por las cuales la Operación Telco no restringe la competencia en los distintos mercados considerados por la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA en su Resolución N° 483/09.

2512. En este sentido mencionan que el mercado de telefonía fija se encuentra regulado por la SECRETARÍA DE COMUNICACIONES, por consiguiente el precio está regulado y no se podría incrementar las tarifas. Y con lo cual tampoco podría afectar el interés económico general.

2513. Además sostienen que la telefonía fija es sustituible con la telefonía celular. A su vez, el mercado de telefonía fija compite fuertemente con la telefonía móvil y otros medios de comunicación a través de Internet lo cual se encontraría

[221] Presentación realizada por el Señor Jorge L. Perez

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

confirmado por las declaraciones testimoniales de los Sres. Aguiar y Petrecolla.

2514. En cuanto a la telefonía móvil, afirman que es uno de los mercados más dinámicos y con mayor modificación de las participaciones accionarias y con fuertes jugadores. Incluso, aseveran que hay más de 300 cooperativas que quieren competir en este mercado y que es la SECRETARÍA DE COMUNICACIONES la que no les otorga la autorización, conforme declaración testimonial del Sr. Passadore. Por tanto, aluden que quien restringe hoy la competencia de este mercado parece ser la SECRETARIA DE COMUNICACIONES. En conclusión, esgrimen que si hay falencias competitivas no se pueden atribuir a quienes participan en el mercado, sino a las falencias regulatorias.

XIII.e.12.1. Respuesta a la presentación realizada por PIRELLI & C.S.p.A.

2515. Es importante resaltar que a lo largo del análisis realizado por esta Comisión se ha descripto la industria en términos globales, se definió mercados relevantes y se analizó los efectos de la operación de concentración en cada uno de ellos.

2516. Se desprende del mismo la existencia de un mercado de telecomunicaciones que a grandes rasgos se estructura a partir de una oferta mayorista de infraestructura y una oferta minorista destinada a los consumidores finales.

2517. En este sentido, las partes no identifican sobre qué mercados relevantes realizan sus descargos y confunden en concluir que en el mercado de telecomunicaciones en general, hay barreras legales, contractuales y fácticas que impiden que Telefónica pueda diseñar la estrategia comercial de TI y de Telecom Argentina o pueda excluir algún competidor.

2518. En respuestas efectuadas a los descargos de otras empresas, y tal como se analizó en el presente expediente, se explicaron los argumentos por los cuales en determinadas áreas locales las operación traería aparejada la conformación de una empresa con capacidad para lesionar el interés económico general.

2519. En este sentido, los análisis realizados por esta Comisión verifican tres situaciones diferenciadas, las cuales pueden agruparse bajo la siguiente

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

denominación: el grupo A, con áreas locales de alta competencia, el grupo B, con áreas locales de baja competencia, y el grupo C, con áreas locales sin competencia.

2520. La importancia de esta separación refiere a la diferencia entre el análisis estático (situación actual) y dinámico (escenario de mercados convergentes) anteriormente fundamentado en el presente dictamen: mientras que en las áreas locales del grupo A la operación generaría lesiones graves a la competencia entre operadores en la actualidad, en el resto la operación podrían tener efectos sobre la competencia potencial[222]."

2521. Y posteriormente, tal como se afirmó anteriormente: "Se observa que las localidades donde se verifican mayor competencia (Grupo A) son escasas en cantidad y número de líneas dentro del escenario general de la operación. En estas localidades (Cariló, General Madariaga, Necochea, San Clemente, Santa Teresita y san Carlos de Bariloche) quedaría conformado un operador con poder dominante".

2522. "En lo que refiere a las localidades incluidas en el Grupo B, su característica principal reside en constituirse en localidades de mayor aglomeración y estar ubicadas de manera cercanas a las bajadas de las redes troncales de los operadores incumbentes[223]."

2523. Por tanto, cabe recordar que esta Comisión considera que en las localidades contenidas en grupo A, la operación reviste riesgos desde el punto de vista de la competencia actual, mientras que en las localidades incluidas dentro del Grupo B existen riesgos desde el punto de vista de la competencia potencial, análisis que debe complementarse con el análisis dinámico relativo a la conformación de los mercados convergentes de Telefonía, Internet y Televisión ya

[222] Como se señaló anteriormente el análisis dinámico requiere de consideraciones específicas en lo que refiere a la evolución del mercado.

[223] Dentro de este grupo se incluye el AMBA, la cual presenta una situación que cabe resaltar en lo que refiere a la aglomeración urbana, situación socioeconómica y cercanía de redes (entre incumbentes e incluso entrantes). El AMBA cuenta aproximadamente con 3.5 millones de líneas. La situación de competencia en esta área local es similar a la observada a lo largo del territorio nacional; en tanto verifica zonas de alta competencia, zonas de competencia menor y con relevancia para un análisis de competencia potencial, y finalmente zonas donde no se verifica competencia.

descripto anteriormente.

2524. Por otro lado, esta Comisión Nacional ha definido, tanto en este dictamen como en anteriores referidos al sector, los mercados de telefonía móvil y fija como mercados relevantes distintos. Para ello se basó en la aplicación estricta de los Lineamientos.

2525. A su vez en este dictamen se ha fundamentado por qué el mercado de telefonía móvil y fija no constituyen un mismo mercado relevante. En efecto esta Comisión ha expuesto que: "En forma adicional, y a los efectos de la definición de este mercado, se estima necesario realizar las siguientes puntualizaciones respecto de las posibilidad de sustitución con la telefonía celular".

2526. En la presente investigación se tomaron en cuenta variables tales como precios, prestaciones tecnológicas y oportunidades de consumo de cada servicio.

2527. Si bien los precios de la telefonía celular han ido cayendo, aun hoy la diferencia en los mismos permite suponer que ante un aumento de precios en telefonía fija de la magnitud prevista por el SSNIP la telefonía móvil no captaría demanda adicional o no se convertiría en un sustituto."

2528. Al respecto esta Comisión Nacional considera importante señalar algunas cuestiones adicionales que llaman la atención sobre los dichos de las partes. En primer lugar, las notificantes no aportan evidencia alguna que controvierta el análisis realizado por esta Comisión. En segundo lugar, la definición coincide con la aportada en el F1 y F2 por las empresas involucradas.

2529. En lo que refiere al mercado de telefonía móvil, la argumentación presentada por las partes no difiere de la realizada por otras empresas involucradas, dado lo cual no amerita reiterar las argumentaciones vertidas por esta Comisión en párrafos anteriores.

XIII.e.13. Presentaciones realizadas por las empresas SINTONÍA S.A., TELECOM PERSONAL ARGENTINA S.A. , TELECOM ARGENTINA S.A y TELCO S.p.A.

2530. Las presentaciones realizadas por las firmas antes mencionadas no cuentan con argumentos económicos que refuten el profundo análisis efectuado por esta Comisión Nacional en estas actuaciones.

2531. Por tanto, esta Comisión Nacional considera que no existe disconformidad

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

con el análisis económico realizado por esta Comisión en el marco de las presentes actuaciones.

XIII.e.14. Conclusiones sobre las presentaciones realizadas por las firmas.

2532. El denominado "principio de realidad económica" se encuentra receptado en el artículo N° 3 de la Ley N° 25.156 cuando indica que "A los efectos de esta ley, para determinar la verdadera naturaleza de los actos o conductas y acuerdos, atenderá a las situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o establezcan". En función de ello el presente dictamen se ha limitado a identificar y analizar los problemas de competencia que surgirían de aprobarse la presente operación tal como fuera notificada.

2533. En virtud de lo anteriormente analizado a lo largo del presente dictamen y de las respuestas efectuadas a las presentaciones realizadas por las firmas involucradas, corresponde señalar en primer lugar, que los argumentos esgrimidos por las mismas no han sido correctamente fundamentados ni se han aportado las evidencias necesarias para que esta Comisión Nacional reformule las definiciones de los mercados relevantes analizados.

2534. Por otro lado esta Comisión Nacional considera que las presentaciones efectuadas por las partes notificantes carecen de una visión de conjunto de los efectos de la presente operación, toda vez que intentan refutar algunos de los efectos de la misma que corresponden a ciertos mercados relevantes y las definiciones de algunos de ellos analizados a lo largo de la investigación, sin tomar en cuenta el grave impacto negativo desde el punto de vista de la competencia en todo el sector de las telecomunicaciones generado por la suma de los efectos horizontales y verticales de los distintos mercados relevantes que lo conforman, los cuales resultan perjudiciales para el interés económico general tanto a corto como a mediano y largo plazo.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

-148

11754

XIII.f. Conclusiones económicas.

2535. Se realiza a continuación una síntesis de los principales resultados sobre los efectos en la competencia de la presente operación. En primer término corresponde enfatizar que para tener una visión ajustada a la realidad económica, que surgiría de aprobarse incodicionadamente la presente operación, no sólo es necesario tener en cuenta el impacto de la misma en los distintos mercados relevantes definidos, sino también una visión de conjunto que permita integrar todos los efectos tanto a corto como a mediano plazo dado que, como se señalara a lo largo del presente dictamen, el cambio tecnológico en este sector afecta la estructura de los mercados y las condiciones de competencia en los mismos.

2536. Desde el punto de vista horizontal la presente operación consolidaría a TELEFÓNICA como el competidor más importante, explicando la mayor parte de la oferta en los principales mercados minoristas y mayoristas y como consecuencia de ello le otorgaría la capacidad de ejercer poder de mercado. Tal sería la situación en telefonía móvil (63% de los clientes y 62% en facturación), donde además se produciría una acumulación del espectro radioeléctrico que excedería lo establecido por el marco regulatorio del sector; acceso a Internet minorista (72% de los abonados), servicios corporativos (57% de la facturación en el año 2006), telefonía de larga distancia nacional e internacional (65% de las presuscripciones y la casi totalidad de las llamadas sin presuscribir)

2537. En cuanto a los mercados mayoristas la operación conformaría también una estructura altamente concentrada. En el mercado de transporte de larga distancia de voz y datos concentraría el 60% de la facturación en la ruta de mayor competencia (siendo mayor la concertación en otras rutas, incluyendo zonas donde se conformaría un monopolio). En el mercado de Internet mayorista se conformaría un operador monopólico con capacidad casi autónoma para ofrecer conectividad a la red nacional de Internet. Finalmente las empresas fusionadas tendrían una estructura de red local y de última milla en la mayoría de la áreas locales del país, en la mayoría de ellas sin que revistan competencia alguna. Como conclusión la operación conformaría un operador con una red nacional no replicable por ningún otro competidor.

2538. Por otro lado, en el caso de la telefonía fija local, si bien en términos

generales no se identifican tendidos de última milla superpuestos, sí puede afirmarse que se verían afectadas las condiciones de competencia potencial, especialmente en áreas locales donde se encuentran operando tanto TELEFÓNICA como TELECOM y que, según reconoce la propia TELEFÓNICA en su presentación del día 7 de agosto de 2009 (fojas 4159/4237 del expediente) se produce sobre todo en las capitales y en las localidades de mayor población. Sin perjuicio de lo indicado también debe tenerse en cuenta que TELEFÓNICA pasaría a detentar cerca del 90% de las líneas en servicio.

2539. Con respecto a que los tendidos de última milla, a partir de los cuales originariamente se ofreció el servicio de telefonía y en la actualidad también el servicio de acceso a Internet, es la principal plataforma a partir de la cual se podrían a futuro brindar servicios convergentes como triple play, incorporando imagen (IPTV) u otros, según se advierte como tendencia internacional con las diferencias propias de cada país o región.

2540. En un escenario de estas características aumentan considerablemente las posibilidades de competencia directa entre las empresas que forman parte de la presente operación, ya que el mayor tráfico que involucran estos servicios, varias veces superior al servicio de telefonía que ofrecían originariamente, tiende a justificar mayores inversiones en la extensión de las redes existentes, en particular en aquellas áreas locales de mayor población donde actualmente tienen algún tipo de tendido las notificantes.

2541. Por otra parte, los efectos horizontales analizados en los mercados mayoristas también tienen importantes implicancias desde el punto de vista de la competencia en la medida que pueden aumentar los incentivos para la realización de prácticas de ejercicio de poder de mercado así como exclusorias, tanto horizontales como verticales.

2542. La acumulación de las redes troncales, sumadas a los enlaces locales (más del 70% de los facturado por arrendamiento de los mismos) y tendidos de última milla de par de cobre (90% de las líneas en servicio) conforman una red nacional integral que no puede ser replicada por los competidores actuales de TELEFÓNICA y TELECOM. En el mercado de Internet mayorista, definido precisamente como de dimensión geográfica nacional, no existiría ningún competidor que pudiera rivalizar con dichas empresas al no tener la cobertura

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

11756

indicada por lo que, además, deben pagar un cargo significativo por interconectarse a distintas páginas de Internet nacionales.

2543. Esta situación viene registrándose durante los últimos años, mientras que previamente lo que existía eran intercambios de tráfico gratuito entre los ISP's (peering). La consolidación de una única entidad con cobertura nacional a partir de la presente operación incrementaría considerablemente la capacidad de aumentar unilateralmente el precio de esta interconexión o el manejo discriminatorio de la calidad del servicio brindado.

2544. Del análisis de las barreras a la entrada surge que la ausencia de una infraestructura equivalente a la que tendrían las empresas incumbentes para operar como una única entidad, constituye la principal barrera a la entrada en los mercados de servicios tanto minoristas como mayoristas donde se verifican los efectos horizontales de la presente operación.

2545. Otro tanto puede decirse del mercado de telefonía móvil y de las inversiones necesarias para acceder al mismo en términos de una red con cobertura en la mayor parte del país.

2546. Por lo indicado puede concluirse que, de conformarse la operación tal como fue planteda por las partes notificantes, no existiría la posibilidad de ingreso rápido, probable y significativo por parte de algún competidor potencial, dispuesto a incurrir en importantes costos hundidos para desafiar a las empresas notificantes de la presente operación en aquellos mercados donde la operación genera efectos horizontales preocupantes desde el punto de vista de la competencia.

2547. En cuanto a las ganancias de eficiencia, esta Comisión Nacional considera que si bien desde el punto de vista técnico se podrían verificar economías producto de la operación, los efectos de la concentración en los mercados analizados hacen improbable que las mismas se traduzcan en beneficios para los consumidores (sea por mejoras en los precios y/o en la calidad).

2548. También se han identificado efectos verticales preocupantes y posibles restricciones a la competencia en diversos mercados analizados. En mérito a la brevedad se refieren aquí los principales, siendo que, mayores detalles sobre los mismos quedaron expuestos a lo largo del presente dictamen: a) Telefonía móvil y cargos de terminación de llamadas en red de destino (CPP) entre teléfonos

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

-148

11757

móviles; b) Mercado de acceso mayorista a la red de Internet de jerarquía nacional y mercado de acceso a Internet minorista; c) Mercado de acceso mayorista a la red de Internet nacional y redes de menor jerarquía; d) Mercados de Transporte de voz y datos y arrendamiento de enlaces locales; e) Mercados de Infraestructura (Transporte de voz y datos y arrendamiento de enlaces locales) y los servicios minoristas (Acceso a Internet minorista, Data Center, Servicios Corporativos y los servicios convergentes).

2549. En síntesis, la presente operación tal como fuera expuesto a lo largo del presente dictamen afecta negativamente la competencia en los principales mercados relevantes del sector telecomunicaciones, así como las posibilidades de desarrollo competitivo de mercados convergentes. Por ello tiene un impacto negativo desde el punto de vista de la competencia en todo el sector generando consecuencias negativas en el interés económico general tanto a corto como a mediano y largo plazo.

XIV. COMPROMISO OFRECIDO POR LAS PARTES DE LA OPERACIÓN Y LAS EMPRESAS INVOLUCRADAS.

2550. Tal como ya fuera manifestado en el apartado referido al procedimiento llevado a cabo en la presente operación de concentración económica, el día 6 de octubre de 2010 las empresas TELEFÓNICA, S.A., ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., MEDIOBANCA S.p.A., INTESA SANPAOLO S.p.A., TELCO S.p.A., TELECOM ITALIA S.p.A., TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V., SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A., NORTEL INVERSIONES S.A., TELECOM ARGENTINA S.A., TELECOM PERSONAL S.A., TELEFÓNICA DE ARGENTINA S.A. y TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A., presentaron ante esta Comisión Nacional un documento por medio del cual ofrecieron un compromiso a fin de garantizar las condiciones de competencia existentes previas a la concentración bajo análisis.

2551. El fundamento de dicho ofrecimiento radica en los efectos nocivos y/o lesivos para la competencia que generaría la concentración entre los dos operadores de telecomunicaciones más grandes de nuestro país.

2552. Si bien el análisis de las consecuencias del compromiso serán

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

desarrolladas pormenorizadamente, en el presente apartado esta Comisión Nacional hace remisión al Compromiso aportado.

2553. Cabe mencionar que el objetivo primordial del compromiso asumido por las partes es asegurar la separación e independencia de las actividades en el mercado argentino de las firmas TELEFÓNICA S.A. y sus controladas por un lado y de las firmas TELECOM ITALIA S.p.A., TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V., SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A., NORTEL INVERSORA S.A., TELECOM ARGENTINA S.A. y TELECOM PERSONAL S.A. por otro lado, preservando e incentivando las condiciones de competencia de las actividades de las mismas en el mercado argentino.

2554. Por último, y atento a la naturaleza de la operación notificada y del convenio presentado, la firma TELEFÓNICA, S.A., es a la cual le cae mayor peso en el cumplimiento del compromiso en lo que a ella refiere.

XIV.a. Posibles soluciones para los problemas de competencia planteados. Los remedios.

2555. Ante la presencia de problemas que podría llegar a generar una concentración económica, la Autoridad de Aplicación de la Ley 25.156 tiene una variedad de remedios posibles para corregir o garantizar la competencia.

2556. A lo largo del presente apartado se darán las bases por medio de las cuales esta Comisión Nacional entiende que deben fundarse las soluciones a los problemas presentados por la operación económica bajo análisis.

2557. En primer lugar, los compromisos que deben presentar las partes, y por lo tanto, aceptar una autoridad de competencia, deben ser proporcionales a los problemas de competencia planteados, y deben, por lo tanto, eliminarlo por completo.

2558. Así, los compromisos deberán ser soluciones cuyo objeto sea reducir el peso en el mercado de las partes en una concentración y restablecer las condiciones para una competencia efectiva, la cual se vería falseada a consecuencia de la creación o fortalecimiento de una posición dominante debido a la concentración.

2559. Es decir, la solución propuesta debe incentivar la competencia en lugar de permitir la cooperación entre los diferentes agentes del mercado.

2560. A la hora de evaluar si un compromiso o solución restablecerá la competencia, la Autoridad de Competencia debe tener en cuenta todos los factores relativos a la propia solución, como por ejemplo, el tipo, dimensión y alcance de la solución propuesta, así como las probabilidades de su aplicación satisfactoria, completa y oportuna por las partes. [224]

2561. En este sentido, la doctrina estadounidense sostiene que "(...) *un remedio antimonopólico (...) debe parar la conducta, prevenir su ocurrencia y restaurar las condiciones de competencia (...)*"[225].

2562. Es importante trazar una primera diferencia entre remedios estructurales y remedios de comportamientos. La realización de las medidas que lleven a un cambio estructural del mercado es un remedio estructural.

2563. Un remedio estructural debe estar dirigido a una modificación estructural que busque restaurar o rediseñar las condiciones de competencia. Es decir, debe ser un remedio al problema generado por la concentración económica.

2564. Si el remedio es efectivo y óptimo, el objetivo del mismo se alcanza. Si el remedio es excesivo o sobreabundante creará incentivos incorrectos en la competencia. Si en cambio el remedio es escaso o muy suave, no será efectivo para detener los efectos nocivos a la competencia que genera la operación analizada.

2565. Además, a esto debemos sumarle un factor: los costos asociados con la administración del remedio. Los costos económicos y sociales del remedio no deben exceder las ganancias derivadas de la adopción de ese remedio[226].

---

224 Este análisis es el realizado por la Comunidad Europea conforme lo sostiene la Comunicación de la Comisión sobre las soluciones aceptables con arreglo al Reglamento (CEE) N° 4064/89 del Consejo y al Reglamento (CE) N° 447/98 de la Comisión

225 Charles A. James, The real Microsoft Case and Settlement, 16 Antitrust 58, 60 (2001).

226 Ver al respecto Howard A. Shelanski, Gregory Sidak, Antitrust divestiture in network industries, 68 U. Chicago Law Review 1, 2001

ESCORIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

-148

11760

2566. Así, la Comisión Europea, al momento de analizar un remedio, considera si el mismo previene adecuadamente la creación o afianzamiento de una posición de dominio en el mercado analizado. A tal fin, el remedio debe alcanzar ciertos criterios de base. Primero, debe ser proporcional y debe eliminar totalmente el problema a la competencia. A su vez debe restaurar el *statu quo ante* o debe solucionar los problemas generados por el incremento del poder de mercado disminuyendo los riesgos que esto genera. Además el remedio debe perdurar en el tiempo y no sólo ser una solución de corto plazo. Por supuesto que el remedio no debe introducir nuevos problemas en el mercado. Y finalmente, el remedio debe ser operativo inmediatamente.[227]

2567. Por otro lado, la Federal Trade Commission intenta optar por remedios que preserve completa y efectivamente la competencia, con la mayor certidumbre posible, y en caso de ser posible, mantenga las ganancias de eficiencia generadas por la operación económica[228].

2568. Por otro lado, existen los remedios de comportamientos (obligaciones). Estos no afectan la estructura del mercado sino que estos remedios prohíben ciertos cursos de acción que llevan a comportamientos anticompetitivos. Esta clase de remedios pueden implicar una orden de actuar de determinada manera o una orden de abstenerse de realizar cierta conducta, o incluso la obligación de modificar cláusulas contractuales.

2569. Los remedios de comportamiento son de especial interés cuando la desinversión es imposible o impracticable[229]. Además, estos son adecuados cuando los problemas de competencia derivan de conductas específicas y propias que pueden llevarse a cabo en los mercados involucrados.

2570. Las partes, al momento de esgrimir sus argumentos en las diferentes presentaciónes realizadas a fin que se tenga en cuenta un posible compromiso

227 Ver al respecto el citado Reglamente (CEE) N° 4064/89

228 Ver al respecto Thomas Sullivan, Antitrust Remedies in the U.S. and E.U.: Advancing a standard of proportionality, 48 Antitrust Bulletin 377, 2003.

229 Ver al respecto el caso Boing/McDonell Douglas, IV/M.877 donde la Comisión Europea no logró conseguir un comprador interesado y donde no existían posibles entrantes al mercado.

asumido por ellas, hacen remisión a un trabajo realizado por los Doctores Martín Hevia y Agustín Waisman publicado en la Revista La Ley [230]. Cabe mencionar que el argumento esgrimido por ellas tiene origen en el voto del juez Bonzón (en minoría) en los autos caratulados "INCIDENTE DE APELACIÓN DE TELEFÓNICA S.A. Y OTROS C/ RESOLUCIÓN SCI N° 483/09 EN AUTOS PRINCIPALES PIRELLI &C. S.p.A Y OTROS S/ NOTIFICACIÓN ARTÍCULO 8 LEY 25.156".

2571. Esta Comisión, así como las firmas TELECOM ITALIA S.p.A., TELECOM INTERNATIONAL N.V., ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., INTESA SANPAOLO S.p.A., MEDIOBANCA S.p.A., NORTEL INVERSORA S.A., SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. y PIRELLI & C. S.p.A. entienden que la publicación mencionada es un buen punto de partida para poder definir la viabilidad de un remedio que busque solucionar problemas de competencia generados por una concentración económica.

2572. Los mencionados autores sostienen que si una concentración económica puede poner en riesgo el funcionamiento normal del mercado y los posibles medios para evitar ese riesgo son varios, el único condicionamiento posible y legítimo es aquel que importe una restricción menor a los derechos de las partes involucradas.

2573. El trabajo se pregunta cuáles son los límites a la facultad de condicionar las operaciones de concentración económica.

2574. Las posibles objeciones doctrinarias que puede recibir un condicionamiento impuesto por una Autoridad de Aplicación pueden venir por dos lados diferentes. El primero: la implementación del condicionamiento es inviable. El segundo: la obligación que impone la Autoridad es infundada y resulta en restricciones de derechos que no pueden justificarse en base a los objetivos de la Ley de defensa de la competencia.

2575. En definitiva, para que una intervención en el mercado esté justificada no alcanza con que una concentración económica genere un riesgo importante, sino

[230] Agustín Waisman, Martín Hevia, Límites a los condicionamientos a las operaciones de concentración en la ley de defensa de la competencia, La Ley, 2008-B, 1312.

ES COPIA
LUCIA GENTILE
Dirección de Despacho

que también es necesario que el alcance del condicionamiento adoptado no implique restricciones mayores que las necesarias para prevenir ese riesgo que se busca evitar. Es decir, es necesario tener en cuenta tanto los hechos previos del análisis como la medida de la intervención.

2576. De lo contrario, el condicionamiento impuesto sería ilegítimo porque por un lado no estaría justificado en los términos de la Ley de Defensa de la Competencia dado que no importaría una mera "corrección preventiva" sino algo más; y por otro lado, la intervención implicaría una afectación injustificada de la libertad contractual de quienes son parte de la operación.

2577. En definitiva, si el objetivo de un condicionamiento es evitar que se produzca un riesgo de falla en el mercado que supera cierto nivel, y ello puede lograrse recurriendo a medios que no suponen una restricción mayor a lo indispensable, la imposición del condicionamiento es legítima sólo si se vale de esos medios.

2578. Es decir, debe existir una razonabilidad en la solución propuesta.

2579. El análisis que debe realizar esta Comisión Nacional debe demostrar la razonabilidad de la decisión que toma cuando se encuentra ante dos alternativas.

2580. La posible solución que podrían proponer las firmas notificantes, tal como fuera dicho antes, es una similar a la ya planteada en las presentes actuaciones: un acuerdo de accionistas, por medio del cual el directorio de TELECOM ITALIA S.p.A., y especialmente los directores nombrados directamente por TELEFÓNICA, S.A. en dicha empresa, se abstendrán de participar y tomar decisiones en el grupo TELECOM ARGENTINA.

2581. Esta sola obligación, entiende esta Comisión Nacional, será proporcional al problema planteado sólo cuando vaya acompañada de obligaciones adicionales que permitan un verdadero control del comportamiento de las firmas concentradas.

2582. Así, la no intervención en la toma de decisiones es una primera aproximación para garantizar la no afectación al interés económico general. Por

ES COPIA
LUCIA GENTILE
Dirección de Despacho

supuesto que este condicionamiento no puede ser el único que debe imponer la Autoridad de Aplicación de la Ley 25.156.

2583. Falta todavía analizar una obligación adicional a la ya vista. Esta se refiere a un control permanente y exhaustivo de las variables relevantes en los mercados analizados. Las variables que esta Comisión Nacional considera relevantes para ser utilizadas como proxies del comportamiento de las partes son: la participación de mercado de las empresas involucradas, base de clientes, nuevos municipios cubiertos por las empresas, gastos en publicidad y precios de los servicios prestados.

2584. Las dos clases de obligaciones impuestas: el cumplimiento de una serie de obligaciones de carácter societario para mantener el control separado de las firmas involucradas y el cumplimiento de una obligación de informar a la autoridad de aplicación de la Ley 25.156 permiten aseverar que las condiciones de mercado (competitivo) se mantendrán tal como se encontraban previo a la concentración económica llevada a cabo.

2585. En virtud de lo expuesto hasta aquí es posible comenzar a delinear una conclusión. En primer lugar los remedios propuestos en las presentes actuaciones son una herramienta correcta (tanto desde el punto de vista de la eficiencia como de la optimalidad) para corregir las fallas de mercado que produce la presente operación económica.

2586. Las obligaciones impuestas, siempre y cuando sean cumplidas estrictamente, son la única forma de garantizar la competencia en el largo plazo y restringir de la menor manera posible los derechos de las partes intervinientes.

2587. Dada la gravedad en la afectación al interés económico general que produce la concentración económica aquí analizada, la respuesta de este Organismo de Aplicación tiene que guardar correlación con aquella.

2588. El remedio de comportamiento asegura el mantenimiento de las condiciones de mercado con certeza afectando mínimamente los derechos de las partes involucradas. Esto será cierto siempre y cuando las mismas cumplan estrictamente con las obligaciones impuestas.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

-148

11764

2589. En virtud de lo expuesto hasta aquí, la procedencia de un compromiso de obligaciones por medio del cual las parte se comprometen a comportarse de forma tal de no influir negativamente en el mercado es viable siempre y cuando sea cumplido con restrictez.

2590. Se reitera, que agotada la solución anterior que ahora parece más adecuada para eliminar las preocupaciones que la operación trae, y en caso de incumplimiento –aunque más no sea en forma parcial- del compromiso aquí presentado y aceptado por las partes de la operación, por todo lo dicho, la única forma de garantizar las condiciones de mercado sería a través de la imposición de un remedio estructural que garantice el normal funcionamiento del mercado.

XIV.b. Condicionamiento de la operación.

2591. Según se explicó a lo largo del análisis del presente Dictamen, de aprobarse la operación de concentración tal como fuera notificada, generaría una serie de problemas desde el punto de vista de la competencia, detallados en el Título XIII de este documento.

2592. Esta Comisión Nacional entiende que por tal motivo, y a efecto de solucionar dichos problemas, TELEFÓNICA, S.A., ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., MEDIOBANCA S.p.A., INTESA SANPAOLO S.p.A., TELCO S.p.A., TELECOM ITALIA S.p.A., TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V., SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A., NORTEL INVERSIONES S.A., TELECOM ARGENTINA S.A., TELECOM PERSONAL S.A., TELEFÓNICA DE ARGENTINA S.A. y TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A., presentaron a este organismo un compromiso, que a continuación se detallará, que se materializará una vez que se dicte la Resolución final por parte del Secretario de Estado correspondiente.

2593. Atento al análisis efectuado por esta Comisión Nacional en los puntos que anteceden, respecto a los efectos del compromiso sobre los problemas de competencia que acarrea la operación en cuestión, y en vista de que el mismo solucionaría los mencionados problemas de competencia, este organismo receptará dicho compromiso, con las aclaraciones y precisiones que se indican en este punto.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

11765

2594. Por su parte, siendo el mercado de las comunicaciones de vital importancia para el desarrollo de otras áreas económicas que hacen al bienestar general del país y su inserción en el mundo, junto con el tipo, dimensión y desarrollo de las empresas involucradas, esta Comisión Nacional debe además dejar asentado que, más allá de lo que dispone el Compromiso que a continuación será receptado, a este organismo le asisten por la propia aplicación de las normas de competencia, entre otras, las facultades del Artículo 24 de la Ley N° 25.156, que serán de utilización en la constatación del cumplimiento del mentado Compromiso, facultades que de ninguna forma pueden quedar restringidas o limitada por dicho Compromiso, toda vez que surge en forma expresa de la normativa que rige la materia.

2595. En tal sentido, esta Comisión Nacional en uso de tales facultades podrá efectuar a TELEFÓNICA, S.A., ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., MEDIOBANCA S.p.A., INTESA SANPAOLO S.p.A., TELCO S.p.A., TELECOM ITALIA S.p.A., TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V., SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A., NORTEL INVERSIONES S.A., TELECOM ARGENTINA S.A., TELECOM PERSONAL S.A., TELEFÓNICA DE ARGENTINA S.A. y TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A., así como también a terceros, todo requerimiento que entienda pertinente a los efectos de llevar a cabo el contralor del cumplimiento del Compromiso asumido por dichas partes, así como ordenar pericias, peticionar o dictar medidas precautorias, entre otras.

2596. Asimismo, y a fin de reforzar el condicionamiento impuesto esta Comisión Nacional, junto con el presente condicionamiento emitirá recomendaciones regulatorias pro-competitivas, tal como se han desarrollado a lo largo del Título XIV del presente dictamen.

2597. A continuación se transcribirán las obligaciones que las partes de la operación ofrecieron asumir para mitigar aquellos efectos nocivos y/o lesivos, aclarando algunos de sus términos, lo cual no implica que esta Comisión Nacional efectúe posteriormente nuevas aclaraciones, precisiones o ampliaciones, dentro del marco del mismo.

2598. Preliminarmente, como primera aclaración debe tenerse presente que todos los plazos establecidos en el compromiso presentado se encuentran expresados en días hábiles administrativos.

"COMPROMISO"

"En el marco del expediente N° S01:0014652/2009 (Conc. 741) (el "Expte") en trámite por ante la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia ("CNDC"):

*(i) TELEFÓNICA S.A., una sociedad debidamente organizada y constituida conforme a las leyes del Reino de España, con sede en Gran Vía 28, Madrid, Reino de España, representada en este acto por sus apoderados que se identifican al pie del presente ("**TEF**");*

*(ii) ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., una sociedad debidamente organizada y constituida conforme a las leyes de la República de Italia, con sede en Piazza Duca degli Abruzzi N° 2, Trieste, Italia, representada en este acto por sus apoderados que se identifican al pie del presente ("**AG**");*

*(iii) INTESA SANPAOLO S.p.A., una sociedad debidamente organizada y constituida conforme a las leyes de la República de Italia, con sede en Piazza San Carlo N° 156, Turín, Italia, representada en este acto por sus apoderados que se identifican al pie del presente ("**IS**");*

*(iv) MEDIOBANCA – BANCA DI CREDITO FINANZIARIO S.p.A., una sociedad debidamente organizada y constituida conforme a las leyes de la República de Italia, con sede en Piazzetta Cuccia N° 1, Milán, Italia, representada en este acto por sus apoderados que se identifican al pie del presente ("**MB**");*

*(v) TELCO S.p.A., una sociedad debidamente organizada y constituida conforme a las leyes de la República de Italia, con sede en Vía Filodrammatici 3, Milán, Italia, representada en este acto por sus apoderados que se identifican al pie del presente ("**TELCO**");*

*Y, como Sociedades Intervinientes con el fin de dar debido cumplimiento únicamente a todas las obligaciones respectivamente asumidas por esas sociedades en el presente (las sociedades indicadas en los puntos vi a xii seguidamente se definirán como **"Sociedades Intervinientes"**):*

(vi) TELECOM ITALIA S.p.A., una sociedad debidamente organizada y constituida conforme a las leyes de la República de Italia, con sede en

*Piazza degli Affari 2 – 20123, Milan – Italia, representada en este acto por sus apoderados que se identifican al pie del presente ("**TI**");*

*(vii) TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V., una sociedad debidamente organizada y constituida conforme a las leyes del Reino de Holanda, con sede en Strawinskylaan 1627 - 1077XX, Amsterdam, Holanda, representada en este acto por sus apoderados que se identifican al pie del presente ("**TII**");*

*(viii) SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A., una sociedad debidamente organizada y constituida conforme a las leyes de la República Argentina, con sede en Avenida Eduardo Madero 900, piso 26, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, representada en este acto por sus apoderados que se identifican al pie del presente ("**SOFORA**");*

*(ix) NORTEL INVERSORA S.A., una sociedad debidamente organizada y constituida conforme a las leyes de la República Argentina, con sede en Avenida Alicia Moreau de Justo 50, piso 11, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, representada en este acto por sus apoderados que se identifican al pie del presente ("**NORTEL**");*

*(x) TELECOM ARGENTINA S.A., una sociedad debidamente organizada y constituida conforme a las leyes de la República Argentina, con sede en Avenida Alicia Moreau de Justo 50, piso 11, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, representada en este acto por sus apoderados que se identifican al pie del presente ("**TA**");*

*(xi) TELECOM PERSONAL S.A., una sociedad debidamente organizada y constituida conforme a las leyes de la República Argentina, con sede en Avenida Alicia Moreau de Justo 50, piso 11, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, representada en este acto por sus apoderados que se identifican al pie del presente ("**TP**");*

*(xii) TELEFÓNICA DE ARGENTINA S.A., una sociedad debidamente organizada y constituida conforme a las leyes de la República Argentina, con sede en Avenida Ing. Huergo 723, Planta Baja, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, representada en este acto por sus apoderados que se identifican al pie del presente ("**TEF ARGENTINA**");*

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

11768

(xiii) *TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A., una sociedad debidamente organizada y constituida conforme a las leyes de la República Argentina, con sede en Avenida Ing. Huergo 723, Planta Baja, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, representada en este acto por sus apoderados que se identifican al pie del presente ("**TMA**" junto e indistintamente con TEF ARGENTINA "**GRUPO TEF ARGENTINA**").*

CONSIDERANDO:

(i) *Que la Operación Telco ha tenido por objeto la adquisición indirecta, por parte de TEF, AG, IS y MB, a través de TELCO (todas ellas, en conjunto e indistintamente las "**PARTES**") de una participación accionaria en TI (la "**OPERACIÓN**").*

(ii) *Que en la República Argentina TI y TII (en conjunto e indistintamente "**GRUPO TI**") controlan (ya sea en forma conjunta con terceros o individual), SOFORA, NORTEL, TA Y TP (en conjunto e indistintamente "**GRUPO TA**").*

(iii) *Que TI es además controlante de Telecom Italia Sparkle S.p.A., Telecom Italia Sparkle Luxembourg S.A., Lan Med Nautilus Ltd. y Latin American Nautilus Argentina S.A., que desarrollan actividades en la República Argentina (las "**SUBSIDIARIAS DE TI EN ARGENTINA**").*

(iv) *Que TEF es controlante de sociedades que operan en la República Argentina (incluida Telefónica de Argentina S.A.) en actividades que son iguales o similares a las que desarrollan el GRUPO TA y las SUBSIDIARIAS DE TI EN ARGENTINA. Tales actividades que en la República Argentina desarrollan en forma concomitante en los mercados de telecomunicaciones, Internet, datos, radiodifusión, media y servicios sustitutos conforme normativa de defensa de la competencia **(a)** tanto TEF o sus controladas, **(b)** como el GRUPO TI, las SUBSIDIARIAS DE TI EN ARGENTINA o el GRUPO TA; en adelante, las "**ACTIVIDADES EN EL MERCADO ARGENTINO**".*

(v) *Que, sin perjuicio de las posiciones que han mantenido y mantienen las PARTES y las Sociedades Intervinientes, en cuanto a que la OPERACIÓN Telco no constituye una concentración económica en los términos del artículo 6 y 8 de la Ley 25.156, y la diferente interpretación de la autoridad*

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

FOLIO 11769

*de aplicación de la Ley 25.156, las PARTES y las Sociedades Intervinientes han resuelto asumir el presente compromiso ("**COMPROMISO**"), a los fines de poner fin a las disputas administrativas y judiciales mantenidas con motivo de dicha OPERACIÓN.*

***POR ELLO,** se asume este COMPROMISO conforme a los siguientes términos y condiciones:*

CLÁUSULA PRIMERA – OBJETO

El COMPROMISO tiene por objeto asegurar la separación e independencia entre las ACTIVIDADES EN EL MERCADO ARGENTINO de (a) TEF y sus controladas, por un lado, y (b) del GRUPO TI, las SUBSIDIARIAS DE TI EN ARGENTINA o el GRUPO TA, por el otro lado; preservando e incentivando las condiciones de competencia de las ACTIVIDADES EN EL MERCADO ARGENTINO. (...)"

2599. Debe aclararse con relación a la Cláusula primera, que a fin de garantizar el espíritu del Compromiso ofrecido, dicha cláusula se refiere a aquellas subsidiarias que operan en el mercado Argentino actualmente y lo hagan en el futuro.

*"(...) **CLAÚSULA SEGUNDA – OBLIGACIONES – PROHIBICIONES***

***2.1.-** TEF, en lo que respecta a las Asambleas Generales, así como los miembros designados por TEF en el directorio, gerencias, órganos de fiscalización y/o control y cualquier funcionario o miembro de cualquier órgano societario con similares funciones, tendrán prohibido participar, votar o vetar en TELCO, o en cualquier otra sociedad directa o indirectamente controlada o participada por TELCO o TI, incluidas Sofora, Nortel, TA y TP, cualquier cuestión relacionada con esas sociedades respecto de sus ACTIVIDADES EN EL MERCADO ARGENTINO.*

La prohibición dispuesta en este punto 2.1. deberá incluirse expresamente en el estatuto de TELCO en apartados o cláusulas que establezcan, en sustancia, lo siguiente: (i) que mientras sean aplicables las restricciones y limitaciones asumidas con las autoridades argentinas, los titulares de acciones Clase B no tendrán derechos de voto respecto de cualquier asunto concerniente a las actividades de las sociedades directa o indirectamente controladas por Telecom Italia S.p.A que realicen

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

-148

11770

ACTIVIDADES EN EL MERCADO ARGENTINO, incluidas Sofora Telecomunicaciones S.A., Nortel Inversora S.A., Telecom Argentina S.A. y Telecom Personal S.A., y por lo tanto, estará prohibida la participación de esos accionistas Clase B en las asambleas al momento del tratamiento y la resolución de esos asuntos, y (ii) que mientras sean aplicables las restricciones y limitaciones asumidas con las autoridades argentinas, de conformidad con los principios establecidos por el artículo 2391 del Código civil italiano, ningún director designado de la lista presentada por los accionistas Clase B y ningún funcionario designado a instancias de los accionistas Clase B tendrá derecho a participar en el tratamiento de ACTIVIDADES EN EL MERCADO ARGENTINO realizadas o a realizarse por Telecom Italia S.p.A., TII, o por sociedades directa o indirectamente controladas por Telecom Italia S.p.A. o TII que realicen ACTIVIDADES EN EL MERCADO ARGENTINO, incluidas Sofora Telecomunicaciones S.A., Nortel Inversora S.A., Telecom Argentina S.A. y Telecom Personal S.A. y, por ende tampoco, tendrá derecho a vetar o votar cualquier asunto incluido en el temario de las reuniones de directorio –o de cualquier comité u órgano societario con funciones similares- en las que se traten esos temas.(...)"

2600. En esta Cláusula 2.1 debe aclararse que cuando refiere a "participar" debe entenderse que TELEFÓNICA, S.A., directa o indirectamente, no puede estar presente en dichas oportunidades, a través de sus representantes legales o informalmente a través de cualquiera de sus empleados, ni físicamente, ni mediante medios telefónicos, electrónicos o incluso telemáticos.

"(...) ***2.2.-*** *TEF tendrá prohibido designar cualquier miembro del directorio, gerentes, miembros del órgano de fiscalización y/o control, así como cualquier funcionario o miembro de cualquier cuerpo societario con similares funciones, de las sociedades que realicen actividades en el mercado argentino, directa o indirectamente controladas por TI y sus sociedades controladas.*

2.3.- *Las sociedades controladas por TEF que realicen ACTIVIDADES EN EL MERCADO ARGENTINO tendrán prohibido celebrar contratos con compañías controladas por TI que también realicen ACTIVIDADES EN EL*

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

MERCADO ARGENTINO, salvo aquellos relacionados con temas operativos usuales entre empresas que realizan las ACTIVIDADES EN EL MERCADO ARGENTINO y en tal caso tales contratos no podrán estipular condiciones mas favorables o privilegiadas o ser violatorios de la reglamentación vigente en Argentina.

Adicionalmente, la CNDC brindara un curso de capacitación a los directores, gerente general así como a todos los demás gerentes que reporten de forma directa al gerente general, en todos los casos respecto de GRUPO TEF ARGENTINA, TA y TP sobre los alcances del presente COMPROMISO y normativa en materia de defensa de la competencia. El Director de Recursos Humanos del Grupo TEF, TA y TP respectivamente arbitrara los medios necesarios para que dicho curso sea accesible al personal relevante a través de la intranet de cada una de las compañías mencionadas, todo lo cual será certificado ante la CNDC por los respectivos directores de recursos humanos. De forma adicional, el GRUPO TEF ARGENTINA así como TA y TP, en una única oportunidad, hará referencia, ya sea en la factura dirigida a los consumidores o en información por separado, a un link en el cual se podrá acceder a mayor información sobre los alcances de este COMPROMISO. Las sociedades citadas brindaran la colaboración necesaria para que la CNDC pueda brindar el citado curso. El GRUPO TEF ARGENTINA y TA y sus controladas se abstendrán de adoptar una marca en común, estrategia de mercado o publicitaria en común en los mercados involucrados que violen este COMPROMISO o la Ley 25.156; (...)"

2601. En cuanto al curso que brindará esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA establecido en la Cláusula 2.3 precedente, esta Comisión Nacional será la que dispondrá la oportunidad, características, duración, modalidad del mismo, cantidad de cursos, días, horarios y contenidos, entre otros.

"(...) ***2.4.-*** *En caso de escisión de TELCO se mantendrán todas las condiciones impuestas a TEF respecto a TI, y sus sociedades controladas y controlantes, así como la prohibición respecto de las relaciones entre las compañías controladas por TEF y TI que realicen ACTIVIDADES EN EL*

ESCORIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

-148

11772

MERCADO ARGENTINO.

2.5.- *Las PARTES se obligan a presentar previamente y para su aprobación ante la CNDC cualquier modificación al Convenio de Accionistas de TELCO y/o el estatuto de TELCO que tenga relación con este COMPROMISO y/o tenga impacto en el mercado argentino;*

2.6.- *TEF tendrá prohibido, en los términos previstos en la legislación Argentina, ejercer de forma directa o indirecta control sobre cualquier compañía controlada por TI que realice ACTIVIDADES EN EL MERCADO ARGENTINO, aun en el supuesto que ejerza los derechos previstos en las cláusulas 6 y 8.5 del Convenio de Accionistas de TELCO.*

2.7.- *Quienes preparan los órdenes del día de las reuniones de directorio y el presidente del directorio de TELCO, TI y TII, en lo que respecta a TII únicamente en el supuesto que su directorio esté integrado también por miembros designados a instancia de TEF, estarán obligados a dividir los temas en órdenes del día separados del siguiente modo: (i) un orden del día para la reunión en la cual TEF tiene permitido participar, a través de los miembros de directorio respectivos, y (ii) otro orden del día para la reunión en la cual los miembros del directorio propuestos por TEF no tienen permitido participar. En las reuniones en las cuales los miembros del directorio de TEF no tienen permitido participar, deberán tratarse las cuestiones relativas a las actividades de TI y de las compañías controladas de forma directa o indirecta por TI que realicen ACTIVIDADES EN EL MERCADO ARGENTINO.*

En lo que respecta a TELCO, la obligación mencionada en este punto 2.7 será incluida en el estatuto de TELCO en una cláusula que establezca, en sustancia, que mientras sean aplicables las restricciones y limitaciones asumidas con las autoridades argentinas, previo a las reuniones de directorio de TELCO S.p.A., el presidente de la Sociedad así como los funcionarios encargados de la tarea, tendrán la obligación de confeccionar dos órdenes del día separados del siguiente modo: (i) un orden del día para la reunión en la cual los directores elegidos de la lista presentada por los accionistas Clase B tienen permitido participar, y (ii) otro orden del día para la reunión en la cual los directores elegidos de la lista presentada por

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

-148

11773

los accionistas Clase B no tienen permitido participar. En las reuniones en las cuales los directores elegidos de la lista presentada por los accionistas Clase B no tienen permitido participar, deberán tratarse las cuestiones relativas a las ACTIVIDADES EN EL MERCADO ARGENTINO de Telecom Italia S.p.A. y de las compañías controladas de forma directa o indirecta por Telecom Italia S.p.A. que realicen ACTIVIDADES EN EL MERCADO ARGENTINO.

2.8.- *TEF tendrá prohibido designar en TELCO y en TI personas que, al mismo tiempo, sean integrantes del directorio o funcionarios del GRUPO TEF ARGENTINA;*

2.9.- *Adicionalmente, las PARTES se obligan a incorporar los apartados 2.1 al* ***2.8*** *(a excepción del 2.3) del COMPROMISO al acuerdo de accionistas de TELCO dentro de 45 días de la entrada en vigor de este COMPROMISO.*

2.10.- *Cualquier cambio de control en la estructura societaria del Grupo TA deberá ser sometido a la autorización de la Autoridad de Aplicación de la Ley 25.156. A los fines del presente punto se entenderá por "cambio de control" el previsto en la Ley 25.156, interpretada de acuerdo con la jurisprudencia argentina. En caso de duda, deberá realizarse el trámite de la "opinión consultiva", previsto en la normativa consultiva.*

En caso de que TEF ejerza alguna de las facultades que le confieren las cláusulas 6 y 8.5 del Convenio de Accionistas de TELCO deberá notificar a la CNDC tal ejercicio dentro del plazo previsto en la normativa vigente.

2.11.- *TELCO, TI y TII remitirán a la CNDC, dentro de los 3 (tres) días previos a la celebración de las reuniones de directorio, y cualquier órgano societario con similares funciones de TELCO, TI y TII, copias de los órdenes del día que se refieran a ACTIVIDADES EN EL MERCADO ARGENTINO relacionadas con los compromisos asumidos en el presente documento y, en tal caso, dentro de los 15 (quince) días hábiles posteriores a su aprobación por parte del directorio, un extracto de las actas en la parte que se refiera a ACTIVIDADES EN EL MERCADO ARGENTINO relacionadas con los compromisos asumidos en el presente documento. En ambos casos certificadas por el Secretario del Directorio y*

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

11774

traducidas al castellano. La CNDC podrá requerir una copia certificada por escribano público en casos particulares y cuando las circunstancias así lo ameriten.

Sólo en supuestos excepcionales y urgentes, circunstancias que deben ser debidamente acreditadas ante la CNDC, podrá omitirse la entrega previa de los órdenes del día. En este caso la copia certificada y traducida del orden del día deberá ser presentada dentro de los 5 (cinco) días de celebrada la reunión. (...)"

2602. En cuanto a las copias de las actas que deben ser remitidas a esta Comisión Nacional, el término "ACTIVIDADES EN EL MERCADO ARGENTINO" inserto en la Cláusula 2.11, debe entenderse que comprende también a aquellas decisiones globales que versen sobre la región Latinoamericana que afecten el mercado Argentino.

"(...) ***2.12.-*** *El orden del día de las asambleas y reuniones de directorio de SOFORA serán remitidos a la CNDC con 3 (tres) días de anticipación a la fecha prevista para su celebración. Copia certificada por el Secretario del Directorio ya sea del acta de asamblea o directorio deberán ser presentadas ante la CNDC, dentro de los 10 (diez) días hábiles posteriores a su celebración. La CNDC podrá requerir una copia certificada por escribano publico en casos particulares y cuando las circunstancias así lo ameriten. En el supuesto de reuniones de directorio convocadas con urgencia, serán informadas y se acompañará copia certificada por el Secretario del directorio del orden del día de directorio a la CNDC dentro de los 5 (cinco) días de celebrada.*

2.13.- *TELCO, TEF y TI presentarán a la CNDC, dentro de los 30 (treinta) días de la entrada en vigor de este COMPROMISO, copias certificadas por el Secretario del directorio y traducidas al castellano de todos los actos societarios necesarios para que cada una de esas sociedades asuma la obligación de cumplimiento de las medidas aquí previstas, según corresponda.*

2.14.- *Dentro de los 30 (treinta) días de la entrada en vigor de este COMPROMISO las SUBSIDIARIAS DE TI EN ARGENTINA y a las compañías del GRUPO TA remitirán a la CNDC copias certificadas por el*

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

11775

Secretario del directorio de todos los actos societarios necesarios para que cada una de esas sociedades asuma la obligación de cumplimiento de las medidas aquí previstas, según corresponda.

***2.15**. TEF y el GRUPO TEF ARGENTINA remitirán a la CNDC, dentro de los 3 (tres) días previos a la celebración de las reuniones de directorio, y cualquier órgano societario con similares funciones de las mismas, copias de los órdenes del día que se refieran a ACTIVIDADES EN EL MERCADO ARGENTINO relacionadas con los compromisos asumidos en el presente documento y, en tal caso, dentro de los 25 (veinticinco) días hábiles posteriores a su celebración extracto de las actas en la parte que se refiera a ACTIVIDADES EN EL MERCADO ARGENTINO relacionadas con los compromisos asumidos en el presente documento. En ambos casos certificadas por el Secretario del Directorio y traducidas al castellano. La CNDC podrá requerir una copia certificada por escribano público en casos particulares y cuando las circunstancias así lo ameriten.*

Sólo en supuestos excepcionales y urgentes, circunstancias que deben ser debidamente acreditadas ante la CNDC, podrá omitirse la entrega previa de los órdenes del día. En este caso la copia certificada por el Secretario del directorio del orden del día deberá ser presentada dentro de los 5 (cinco) días de celebrada la reunión.

***2.16.** Las SUBSIDIARIAS DE TI EN ARGENTINA y las compañías del GRUPO TA remitirán a la CNDC copia certificada por el Secretario del directorio del orden del día de las asambleas con 3 (tres) días de anticipación a la fecha prevista para su celebración. Limitadamente a las compañías del GRUPO TA y a Latin American Nautilus Argentina S.A. Copia certificada por el Secretario del directorio del acta de asamblea deberá ser presentada ante la CNDC, dentro de los 10 (diez) días hábiles posteriores a su celebración. Copia certificada por el Secretario del directorio del acta de asamblea de las demás SUBSIDIARIAS de TI en Argentina deberá ser presentada, en el mismo plazo, cuando se refieran a ACTIVIDADES EN EL MERCADO ARGENTINO. La CNDC podrá requerir una copia certificada por escribano público en casos particulares y cuando las circunstancias así lo ameriten. En el supuesto de asambleas y*

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

-148

11776

reuniones de directorio en las cuales los miembros del directorio respectivo sean elegidos, se deberá acompañar también un currículum vitae de los mismos.

Sólo en supuestos excepcionales y urgentes, circunstancias que deben ser debidamente acreditadas ante la CNDC, podrá omitirse la entrega previa de los órdenes del día. En este caso la copia certificada por el Secretario del directorio del orden del día deberá ser presentada dentro de los 5 (cinco) días de celebrada; (..)"

2603. En el caso de los currículum vitae, insertos en la Cláusula 2.16 del Convenio, deberán presentarse ante esta Comisión Nacional bajo declaración jurada de su contenido.

"(...) ***2.17.*** *El GRUPO TEF ARGENTINA presentará a la CNDC, dentro de los 3 (tres) días previos a la celebración de la asamblea copia certificada por el Secretario del directorio de los órdenes del día que se refieran a ACTIVIDADES EN EL MERCADO ARGENTINO relacionadas con los compromisos asumidos en el presente documento. En tal caso, asimismo y dentro de los 25 (veinticinco) días hábiles de concluida la misma, extracto de la parte de las actas de asambleas que se refiera a ACTIVIDADES EN EL MERCADO ARGENTINO relacionadas con los compromisos asumidos en el presente documento. La CNDC podrá requerir una copia certificada por escribano público en casos particulares y cuando las circunstancias así lo ameriten. En el supuesto de asambleas y reuniones de directorio en las cuales los miembros del directorio respectivo sean elegidos, se deberá acompañar también un currículum vitae de los mismos.*

Sólo en supuestos excepcionales y urgentes, circunstancias que deben ser debidamente acreditadas ante la CNDC, podrá omitirse la entrega previa de los órdenes del día. En este caso la copia, certificada por el Secretario del directorio, del orden del día deberá ser presentada a dentro de los 5 (cinco) días de celebrada;

2.18. *TELCO, TI y TII presentarán a la CNDC, dentro de los 3 (tres) días previos a la celebración de la asamblea copia certificada por el Secretario del directorio de los órdenes del día cuando se refieran a ACTIVIDADES EN EL MERCADO ARGENTINO relacionadas con los compromisos*

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

asumidos en el presente documento. En tal caso, asimismo y dentro de los 25 (veinte) días hábiles de concluida la misma extracto certificado por el Secretario del directorio de la parte de las actas de asambleas que se refiera a ACTIVIDADES EN EL MERCADO ARGENTINO relacionadas con los compromisos asumidos en el presente documento. La CNDC podrá requerir una copia certificada por escribano público en casos particulares y cuando las circunstancias así lo ameriten. La CNDC podrá requerir una copia certificada por escribano público en casos particulares y cuando las circunstancias así lo ameriten. En el supuesto de asambleas y reuniones de directorio en las cuales los miembros del directorio respectivo sean elegidos, se deberá acompañar también un currículum vitae de los mismos.

Sólo en supuestos excepcionales y urgentes, circunstancias que deben ser debidamente acreditadas ante la CNDC, podrá omitirse la entrega previa de los órdenes del día. En este caso la copia certificada por el Secretario del directorio y traducida del orden del día deberá ser presentada dentro de los 5 (cinco) días de celebrada.

***2.19.** TEF presentará a la CNDC un compromiso de los directores, gerentes y cualquier funcionario de TELCO o de TI, designado por TEF, o miembro de cualquier órgano societario de TELCO o de TI, designado por TEF, con similares funciones por el cual se comprometan a no deliberar y participar (ni físicamente, ni mediante medios telefónicos, electrónicos o telemáticos) en las discusiones, ni votar cualquier cuestión relacionada con las ACTIVIDADES EN EL MERCADO ARGENTINO de TI o sus sociedades controladas que ejerzan ACTIVIDADES EN EL MERCADO ARGENTINO. (...)"*

2604. El compromiso descripto en la Cláusula 2.19 deberá presentarse como plazo máximo, cinco (5) días hábiles de vencido el plazo de la Cláusula 2.9 del Compromiso ofrecido.

*"(...) **2.20.** El GRUPO TEF ARGENTINA presentará a la CNDC, información referida a la celebración de contratos entre las compañías del GRUPO TEF ARGENTINA y las SUBSIDIARIAS DE TI EN ARGENTINA o el GRUPO TA que se refieran a las ACTIVIDADES EN EL MERCADO*

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

11778

ARGENTINO. Tal información deberá suministrarse a la CNDC dentro de los 10 (diez) días de celebrado el contrato pertinente.

2.21. *Los miembros del directorio de cualquier compañía que ejerza ACTIVIDADES EN EL MERCADO ARGENTINO, controlada de forma directa o indirecta por TI, no serán elegidos como miembros de directorio de compañías controladas de forma directa o indirecta por TEF. Adicionalmente, cualquier persona que, en los 36 meses precedentes haya sido miembro del directorio de cualquier compañía que ejerza ACTIVIDADES EN EL MERCADO ARGENTINO, directa o indirectamente controlada por TEF no podrá ser elegida como director de cualquier compañía que ejerza actividades en Argentina controlada de forma directa o indirecta por TI.*

2.22. *Los miembros de directorio de cualquier compañía que ejerza ACTIVIDADES EN EL MERCADO ARGENTINO, controlada de forma directa o indirecta por TEF no serán elegidos miembros del directorio de cualquier compañía que ejerza ACTIVIDADES EN EL MERCADO ARGENTINO controlada por TI. Adicionalmente, cualquier persona que, en los 36 meses precedentes a su elección, haya sido miembro del directorio de cualquier compañía que ejerza ACTIVIDADES EN EL MERCADO ARGENTINO, directa o indirectamente controlada por TI no podrá ser elegido como director de cualquier compañía constituida en Argentina controlada de forma directa o indirecta por TEF que ejerza ACTIVIDADES EN EL MERCADO ARGENTINO.*

2.23. *Las SUBSIDIARIAS DE TI EN ARGENTINA y a las compañías del GRUPO TA remitirán a la CNDC las copias de los órdenes del día de las reuniones de Directorio, dentro de los 3 (tres) días previos y copia del acta dentro de los 10 (diez) días hábiles contados desde la celebración, limitadamente a las compañías del GRUPO TA y a Latin American Nautilus Argentina, S.A. Copia de las reuniones de directorio de las demás SUBSIDIARIAS DE TI EN ARGENTINA deberá ser presentada, en el mismo plazo, cuando las mismas se refieran a ACTIVIDADES EN EL MERCADO ARGENTINO.*

Sólo en supuestos excepcionales y urgentes, circunstancias que deben ser

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

11779

debidamente acreditadas ante la CNDC, podrá omitirse la entrega previa de los órdenes del día. En este caso la copia certificada del orden del día deberá ser presentada dentro de los 5 (cinco) días de celebrada.

De forma adicional, se incorporara al Código de Conducta de TA y TP las disposiciones del presente en cuanto afecten a TA y TP, las cuales serán notificadas a los directores y síndicos, titulares y suplentes de ambas compañías y a la primera línea gerencial de ambas compañías para que tomen conocimiento. En el Código de Conducta se dejara constancia que el incumplimiento de este COMPROMISO será considerado falta grave.

(...)"

2605. La incorporación al Código de Conducta que refiere la Cláusula 2.23 precedente, debe efectivizarse y presentarse a esta Comisión Nacional dentro de los treinta (30) días hábiles establecidos en la Cláusula 2.13.

"(...) ***2.24.*** *Las disposiciones incorporadas al Convenio de Accionistas y a los Estatutos de TELCO, o su sucesor, conforme al presente COMPROMISO serán interpretadas en el sentido que ellas prevalecerán sobre cualquier otra disposición corporativa, de forma tal de asegurar que se prohíba a TEF participar, votar o vetar cualquier deliberación en TELCO, en TI o en cualquier otra compañía directa o indirectamente controlada por TI con relación a asuntos relacionados, aún indirectamente, a las ACTIVIDADES EN EL MERCADO ARGENTINO.*

2.25. *Las PARTES reconocen y aceptan que cualquier intercambio de información confidencial, estratégica o sensible sobre la operatoria de TEF y el GRUPO TEF ARGENTINA, por una parte, y TI, TII y las SUBSIDIARIAS DE TI EN ARGENTINA o el GRUPO TA, por otra parte, referidas a las ACTIVIDADES EN EL MERCADO ARGENTINO se encuentra estrictamente prohibido, en la medida que esa información no sea pública. Respecto de aquella información destinada a hacerse pública, el intercambio o suministro de información tampoco podrá realizarse con anterioridad a que efectivamente la información se haya hecho pública. El GRUPO TEF ARGENTINA, de TA y TP adoptaran los recaudos necesarios a fin de que su personal relevante cumplimente con el "chinese wall" aquí dispuesto.*

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

11780

2.26. *Los miembros del Directorio de TI designados a instancias de TEF suscribirán declaraciones en virtud de las cuales asumirán la obligación de no requerir acceso a, y aceptarán no recibir, información confidencial, sensible o estratégica relacionada con las ACTIVIDADES EN EL MERCADO ARGENTINO proveniente de TI o de las compañías del GRUPO TA; del mismo modo, se comprometerán a no revelar a TI o sus controladas información estratégica, sensible o confidencial relacionada con las ACTIVIDADES EN EL MERCADO ARGENTINO proveniente de TEF o de las compañías controladas por TEF. Esas declaraciones deberán presentarse a la CNDC dentro de los 30 días de la vigencia de este COMPROMISO. Ante el reemplazo de cualquiera de esos miembros del directorio, conjuntamente con la aceptación del cargo deberá suscribirse la declaración pertinente, notificándose del presente compromiso y específicamente de las obligaciones que asume y las consecuentes sanciones que pudiera llegarle a corresponder conforme a la legislación argentina. Notificación que implicará su aceptación. Asimismo y a los fines del presente, deberá constituir domicilio dentro del radio de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La mentada declaración que deberá presentarse a la CNDC dentro de los 10 (diez) días posteriores a su designación.*

2.27. *TI y TII, por una parte, y TEF, por otra parte, requerirán a las compañías que respectivamente controlan en Argentina que entreguen a la CNDC, semestralmente, un reporte certificado por la sociedad respectiva con la siguiente información desagregado por mercado relevante de la respectiva compañía controlada: (i) participación de mercado, en el país y por provincia, a ser presentada desagregada mensualmente, (ii) base de clientes, (iii) nuevos municipios cubiertos por la compañía, (iv) gastos de publicidad, en el país y por provincia, global y segregado por línea fija o móvil, y (v) precio, por provincia, cobrado a los clientes por la prestación de servicios en cada provincia, el que será presentado en base a una evolución mensual. El informe deberá presentarse antes del día 30 de abril y 31 de octubre de cada año. (...)"*

2606. Con relación a la Cláusula 2.27 precedente, debe entenderse por "mercado

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

11781

relevante" los mercados definidos por esta Comisión Nacional en el punto XIII del presente dictamen.

"(...) ***2.28.*** *TA solicitara a la Secretaria de Comunicaciones, y TI y TII prestarán los consentimientos que sean necesarios, a fin de que TI deje de ser Operador técnico de TA.*

2.29. *TI y TEF y sus controladas se comprometen a notificar en los términos del articulo 8 de la Ley 25.156 toda operación de concentración alcanzada por la Ley 25.156.*

CLÁUSULA TERCERA – FISCALIZACIÓN

3.1. *La CNDC, conforme a la legislación aplicable, podrá realizar procedimientos de fiscalización en el GRUPO TEF ARGENTINA y el GRUPO TA para verificar el cumplimiento del COMPROMISO. Las PARTES, TI y TII se comprometen a colaborar con la CNDC a fin de brindar la información necesaria para confirmar el cumplimiento del COMPROMISO. La CNDC podrá requerir información a las PARTES, TI y TII respecto al cumplimiento del COMPROMISO y podrá citar y/o convocar a funcionarios de esas compañías para que se presenten ante la CNDC cuando sea razonablemente necesario para verificar el cumplimiento del COMPROMISO. En tal caso, las citadas sociedades arbitraran los medios necesarios para que se efectúe la presentación correspondiente. Ante la eventualidad de que los funcionarios citados no pudieran asistir personalmente, podrán hacerlo por medio de video conferencia o mediante la contestación de un requerimiento escrito.*

CLÁUSULA CUARTA – APROBACIÓN DE LA OPERACIÓN

4.1.-*Las PARTES suscriben el COMPROMISO en el entendimiento que la OPERACIÓN será aprobada en los términos del artículo 13, inciso "b" de la Ley 25.126, subordinada al cumplimiento del COMPROMISO por parte de TEF y las reformas del estatuto de TELCO previstas en los apartados 2.1 y 2.7. del presente. (...)"*

2607. Se aclara que en la Cláusula 4.1 del Compromiso ofrecido, allí donde dice "Ley 25.126", debe consignarse como Ley 25.156.

"(...) ***4.2.-*** *Sin perjuicio de lo establecido en la Cláusula 4.1 anterior, las*

PARTES y las Sociedades Intervinientes manifiestan expresamente que no consienten las eventuales sanciones impuestas o que se pudieran imponer por notificación tardía en el marco del expediente SO1:00145642/2009 (Conc. 741) relativo a la OPERACIÓN Telco, reservándose, por tanto, su derecho a recurrir conforme a la legislación vigente.

Las PARTES ratifican que, en su entendimiento, no corresponde aplicar sanción alguna por notificación tardía, ya que, entre otros motivos: (i) la Resolución 2/2010 dictada por la Secretaría de Comercio Interior de la Nación debe considerarse que ha quedado sin efecto; y (ii) la notificación efectuada por TELCO el 31 de octubre de 2007 tuvo los efectos de cualquier notificación del cierre de la OPERACIÓN que eventualmente hubiera sido exigible.

CLÁUSULA QUINTA – INCUMPLIMIENTO Y CONSECUENCIAS

Las resoluciones que pudieran dictarse como consecuencia de cualquier incumplimiento del COMPROMISO únicamente serán las siguientes, las que deberán ser cumplimentadas una vez que queden firmes, sin que exista responsabilidad conjunta o solidaria entre quienes incumplan.

***5.1.** El incumplimiento material y/o formal grave de cualquiera de las obligaciones previstas en el COMPROMISO que, conforme a la legislación y la jurisprudencia argentinas, pueda considerarse lesivo contra la competencia, sujetarán a la o las PARTES, Sociedades Intervinientes y funcionarios que hubieren incurrido en el incumplimiento al pago, en concepto de cláusula penal, de un importe diario, a cargo de cada uno de los incumplidores, de cien ($100), acumulativo, hasta un valor máximo de un millón ($1.000.000); o el doble del monto involucrado en el incumplimiento, lo que fuere mayor, sin perjuicio de otras penalidades o responsabilidades civiles, administrativas o penales que les pudiere caber, en su caso. En caso que el incumplimiento sea imputable a un funcionario de cualquiera de las sociedades firmantes como consecuencia de una acción realizada con conocimiento y con intención de violar el COMPROMISO, dicho funcionario deberá ser removido de la función en ejercicio de la cual cometió dicho incumplimiento, cuando la multa quede*

ESCORIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

- 1 - 8

11783

firme y no sea susceptible de ulteriores recursos.

5.2.- *Las PARTES y Sociedades Intervinientes aceptan irrevocablemente la legalidad y pertinencia de las cláusulas penales asumidas en el punto precedente; renunciando a formular cualquier cuestionamiento acerca de la validez, eficacia y operatividad de la presente cláusula.*

5.3.- *(a) Sin perjuicio de lo previsto en los puntos precedentes, en caso de que cualquiera de las PARTES incurran en incumplimiento material del COMPROMISO que, conforme a la legislación y la jurisprudencia argentinas, pueda considerarse claramente lesivo contra la competencia, la autoridad de aplicación mediante resolución fundada queda facultada para intimar a la PARTE incumplidora a cesar en el incumplimiento y remediar, en cuanto sea fácticamente posible, sus consecuencias, dentro del plazo que se estipule, que no deberá ser inferior a quince días hábiles. (b) En tal caso, la PARTE incumplidora deberá dentro del plazo aludido, demostrar que ha cesado en el incumplimiento y que ha remediado, dentro de lo fácticamente posible, las consecuencias de ese incumplimiento. (c) En el supuesto que la PARTE incumplidora no cumpla con lo indicado en el apartado "b" precedente, la CNDC evaluará la situación y quedará facultada para aconsejar a la Secretaría que corresponda que proceda a emitir una resolución en los términos previstos en el punto siguiente. (...)"*

2608. En relación a la Cláusula 5.3 del presente Compromiso ofrecido, por "incumplimiento material" debe entenderse como un incumplimiento sustancial, que podrá ser tanto formal como de fondo. Asimismo, se aclara que en el análisis efectuado a lo largo del presente dictamen, se ha podido observar que la operación sin el presente Compromiso ofrecido, resulta lesiva a la competencia de acuerdo a la legislación, doctrina y jurisprudencia Argentina, por lo que la lesividad requerida en esta Cláusula se encontrará configurada con la sola ocurrencia del incumplimiento material y/o formal del Compromiso.

"(...) ***5.4.-*** *En el caso previsto en el apartado "c" del punto precedente, la Secretaría que corresponda podrá, por resolución fundada, dentro de los 15 (quince) días hábiles de quedar firme esa resolución imponer a la PARTE incumplidora o a las sociedades que la PARTE incumplidora controle directamente en Argentina las medidas previstas al efecto en la*

legislación argentina vigente, incluyendo posibles ventas o esterilizaciones de activos en el marco del capítulo III de la Ley de Defensa de la Competencia argentina; no obstante, las demás sanciones, remedios y cualquier otra medida que, a juicio de la Autoridad de Competencia, conforme a la legislación argentina, sirva para preservar la competencia en Argentina.

***5.5.-** Las PARTES han incluido en el presente COMPROMISO el contenido de la Cláusula 5.4 anterior a los solos efectos de facilitar la resolución de las controversias relativas a la OPERACIÓN Telco, por lo que, en ningún caso deberá entenderse como una renuncia a los derechos que les asisten.*

***5.6.-** El monto de las multas que pudieran aplicarse de conformidad con la cláusula 5.1. serán de aplicación individual a cada una de las PARTES incumplidoras. (...)"*

2609. Se aclara que la aplicación de la multa será individual siempre y cuando el incumplimiento sea imputable única y exclusivamente a una de las partes. Esta exclusividad quedará sin efecto en caso de la necesaria colaboración de otra u otras de las partes integrantes del compromiso para la violación de mismo, y que en este caso la responsabilidad se presumirá solidaria.

*"(...) **CLÁUSULA SEXTA – LEY APLICABLE***

El COMPROMISO y las obligaciones y medidas precedentes quedan sujetos a las leyes vigentes en la República Argentina.

CLÁUSULA SÉPTIMA – JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

***7.1.-** Cualquier controversia derivada del COMPROMISO, su cumplimiento o interpretación será resuelta por la CNDC o la Autoridad de Aplicación de la Ley 25.156, según corresponda, sin perjuicio de las acciones y recursos judiciales que puedan ser pertinentes, de acuerdo a la normativa aplicable. A estos últimos fines, quienes suscriben el COMPROMISO aceptan y se someten a la jurisdicción y competencia de los tribunales del fuero que corresponda, con sede en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. (...)"*

2610. Por Autoridad de Aplicación debe entenderse esta Comisión Nacional de Defensa de la Competencia junto con la Secretaría de Estado correspondiente, o el órgano que los reemplace en el futuro.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

-148

FOLIO 11785

"(...) ***7.2.-*** *Las facultades de la CNDC y la Secretaria que corresponda, serán ejercidas, cuando sea constituido, por el Tribunal nacional de Defensa de la Competencia, o el organismo que legalmente corresponda, de acuerdo a la legislación que se encuentre vigente.*

CLÁUSULA OCTAVA – NOTIFICACIONES

8.1.- *A todos los efectos de este COMPROMISO las compañías que seguidamente se listan constituyen domicilio en los lugares que se indican a continuación:*

TEF: Tucumán 1, piso 3, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

AG: Sarmiento 643, Piso 7, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

IS: Sarmiento 643, Piso 7, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

MB: Sarmiento 643, Piso 7, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

TELCO: Sarmiento 643, Piso 7, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

TI: Suipacha 1111, Piso 12, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

TII: Suipacha 1111, Piso 12, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

SOFORA: Avenida E. Madero 900, Piso 26, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

NORTEL: Alicia Moreau de Justo 50, Piso 11, Ciudad Autónoma de Buenos Aires

TA: Alicia Moreau de Justo 50, Piso 13, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

TP: Alicia Moreau de Justo 50, Piso 13, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

TEF ARGENTINA: Tucumán 1, piso 3, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

TMA: Tucumán 1, piso 3, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

8.2.- *Los domicilios constituidos subsistirán a todos los efectos del COMPROMISO hasta que aquella de las compañías que desee modificarlos notifique a la CNDC su cambio, por otro domicilio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, mediante la presentación de un escrito, con firma y facultades certificadas notarialmente, en el Expte. La CNDC notificará a las PARTES y Sociedades intervinientes el nuevo domicilio constituido.*

8.3.- *En los domicilios constituidos serán válidas todas las notificaciones*

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

11786

que se cursen aunque tal notificación no pudiera entregarse por haberse mudado aquella de las compañías a quien va dirigida o por haber desaparecido o cambiado el nombre de la calle o por no existir calles, números, departamentos u oficinas, o por encontrarse deshabitados o por no identificarse en forma correcta el domicilio o por tratarse de un terreno baldío o haberse demolido el inmueble, o por cualquier otro motivo. En tales casos se prescindirá de la recepción de la notificación y se tendrá por producida la misma (a) de tratarse de una notificación cursada mediante nota a ser recepcionada personalmente, en la fecha en que se haya intentado entregar la comunicación pertinente; lo cual deberá ser acreditado satisfactoriamente; (b) de tratarse de una notificación que se haya cursado por cédula, en la fecha en la cual quien actúe como oficial notificador deje constancia del diligenciamiento pertinente.

***8.4.-** En caso de contienda judicial, el domicilio constituido conforme lo previsto en esta cláusula tendrá el carácter de domicilio constituido, a los fines de los artículos 145 y concordantes del Código Procesal Penal y artículos 40 y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.*

CLÁUSULA NOVENA – VIGENCIA

***9.1.-** El COMPROMISO y las obligaciones y medidas precedentes entrarán en vigencia cuando la Autoridad de Aplicación de la ley 25.156 apruebe la OPERACIÓN en los términos previstos en el COMPROMISO. (...)"*

2611. Con relación a la Cláusula 9.1. del compromiso, deberá entenderse que el cumplimiento de las obligaciones emergentes del mismo entran en vigencia a partir de la emisión de la Resolución del SECRETARIO DE ESTADO correspondiente donde subordine la autorización conforme el artículo 13 inciso b) de la Ley N° 25.156.

*"(...) **9.2.-** El COMPROMISO y las obligaciones y medidas precedentes continuarán en vigencia mientras TEF siga manteniendo un interés directo o indirecto en TI y mantenga en TI derechos societarios similares a los previstos en los documentos contractuales acompañados oportunamente en el expediente SO1:00145642/2009 (Conc. 741) relativo a la OPERACIÓN Telco, y al mismo tiempo, un interés directo o indirecto en*

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

compañías con ACTIVIDADES EN EL MERCADO ARGENTINO."

2612. Finalmente, debe aclararse que más allá de las manifestaciones efectuadas por las partes en el Considerando (v) y la Cláusula 4.2, esta Comisión Nacional deja asentado, tal como ha venido sostenido, que la operación de concentración analizada en el presente dictamen constituye una concentración económica en los términos de los Artículos 6 y 8 de la Ley N° 25.156 que debió ser notificada en tiempo y forma, y que al no haberse cumplimentado dicha obligación objetiva por las partes de la operación, les ha correspondido la sanción impuesta por la Resolución SCI N° 2/2010, por los argumentos vertidos en ella y en el Dictamen CNDC N° 775, integrante de aquella, a los cuales se hace remisión a fin de evitar mayores abundamientos, y que mantiene plena vigencia hasta la fecha.

XIV.c. Análisis de efectos en la competencia luego del compromiso ofrecido. Recomendaciones procompetitivas.

2613. En el título XIII del presente Dictamen han sido considerados los distintos mercados relevantes involucrados en la operación. De dicho análisis se desprendió que, de verificarse el control de parte de TELEFÓNICA, S.A. sobre TELECOM ARGENTINA S.A., la concentración traería aparejado problemas de competencia en la mayoría de dichos mercados involucrados.

2614. El análisis desarrollado consideró, de manera resumida lo siguiente:

a. El impacto del marco regulatorio y las condiciones de interconexión vigentes en la actualidad;

b. Las condiciones de competencia en los mercados de infraestructura. Dadas las características del sector, el acceso a precios competitivos a la red de los competidores constituye un atributo esencial de la competencia de los distintos operadores de red, cuenten estos con infraestructura propia o no;

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

c. Finalmente, fueron considerados los mercados minoristas, en donde participan las distintos proveedores de telecomunicaciones ofreciendo servicios finales.

2615. El compromiso presentado por las partes ante esta Comisión, tiene como objetivo impedir la consolidación en una sola entidad de los principales competidores en el mercado de telecomunicaciones de Argentina.

2616. El estricto cumplimiento del compromiso presentado por las partes notificantes garantizaría la independencia de las mismas como competidores en los distintos mercados relevantes analizados dentro de Argentina.

2617. Resulta pertinente determinar en esta instancia los mecanismos necesarios para verificar el cumplimiento del compromiso. En este sentido, esta Comisión entiende que corresponde realizar un monitoreo estricto sobre las principales variables de los mercados analizados en los que participan las empresas involucradas para garantizar procesos competitivos en los mercados de telecomunicaciones.

2618. Sin perjuicio de ello esta Comisión Nacional entiende que el Estado Argentino debería arbitrar un conjunto de medidas que contribuirían a generar mayores niveles de competencia en los referidos mercados. Por tal motivo se estima oportuno realizar un conjunto de recomendaciones procompetitivas a la SECRETARÍA DE COMUNICACIONES del MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN, FEDERAL, INVERSIÓN PÚBLICA Y SERVICIOS como autoridad regulatoria del sector.

XIV.c.1. Recomendaciones procompetitivas.

XIV.c.1.1. Mercados de infraestructura

2619. Como fue señalado anteriormente, los mercados de infraestructura involucran la provisión a otras licenciatarias de elementos de red necesarios para prestar servicios de telecomunicaciones.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

2620. El nivel de competencia en torno a la provisión de dichos elementos está relacionado con la existencia de redes sustitutas, lo cual depende de la cantidad de tráfico que circula por determinadas áreas o rutas.

2621. Así, en términos generales, las redes de mayor porte y distancia que vinculan ciudades, regiones o países, suelen tener un mayor nivel de competencia; en comparación con las redes desplegadas por las empresas de telecomunicaciones dentro de las áreas locales.

2622. En el caso de la última milla, la cual vincula un hogar a la red de telecomunicaciones, el tráfico esta íntimamente relacionado con la cantidad de servicios ofrecidos al domicilio. De esta manera es que la regulación aplicable al sector considera a dicha facilidad como esencial, en tanto su "substitución con miras a la prestación de un servicio no sea factible en lo económico o en lo técnico" (RNI. Artículo 4).

2623. En el mismo sentido, la provisión de los elementos de red que intervienen en la interconexión entre operadores no considerados como facilidad esencial constituyen facilidades necesarias para la provisión de servicios.

2624. Así, las empresas incumbentes, las cuales cuentan con poder dominante en la mayoría de los mercados de infraestructura, ofrecen los servicios a las empresas con las cuales compiten en los mercados relacionados 'aguas abajo'.

2625. De esta manera resulta que la provisión en condiciones y precios competitivos de los elementos de red se constituye en un atributo esencial para el desarrollo competitivo del sector, el cual es reconocido por el Decreto 764/2000.

2626. A su vez cabe destacar que aún no se encuentra en plena vigencia el Decreto 764/2000 y su Reglamento Nacional de Interconexión, en tanto en la práctica su aplicación se limitó a los convenios de interconexión para la prestación de servicios de telefonía.

2627. Por tales motivos esta Comisión considera necesario realizar un monitoreo de precios de los elementos de red provistos por las empresas involucradas a los restantes licenciatarios, y realizar una recomendación regulatoria al organismo

competente en torno a la interpretación adecuada en el contexto presente del Decreto 764/2000.

XIV.c.1.2. Alcances del Reglamento Nacional de Interconexión.

2628. Con el Decreto 764/2000 se realiza la apertura del mercado de telecomunicaciones y constituye el marco regulatorio vigente para el sector de las telecomunicaciones en la Argentina.

2629. El mismo contiene cuatro Anexos que complementan la ley, los cuales refieren al Régimen Único de Licencias (Anexo I), el Reglamento Nacional de Interconexión (Anexo II), el Servicio Universal (Anexo III) y el Reglamento sobre Administración, Gestión y Control del Espectro Radioeléctrico (Anexo IV).

2630. El Anexo II del Decreto 764/2000, el Reglamento Nacional de Interconexión (RNI), define como convenio de interconexión al "acuerdo jurídico, técnico y económico que celebran dos o más Prestadores, con el objeto de que clientes y/o usuarios de cada uno de ellos tengan acceso a los servicios y clientes y/o usuarios del otro" (Artículo 4 del RNI).

2631. Los capítulos IV y V refieren a los aspectos técnicos y económicos de la interconexión; donde el organismo regulador establece las condiciones técnicas que deben cumplir las redes de telecomunicaciones para permitir la interconexión de los distintos operadores. A su vez se definen los elementos de red que son considerados como facilidad esencial.

2632. El RNI establece en forma explícita que la oferta de interconexión debe estar relacionada con los costos incrementales de largo plazo de los elementos de red puestos a disposición en dicha oferta.

2633. Cabe destacar que del análisis del Decreto se observa un distingo entre las condiciones económicas de interconexión establecidas para los elementos de red en general y para aquellas que son consideradas como facilidades esenciales.

2634. En efecto los primeros podrán fijarse libremente, y en caso de "intervención de la autoridad de Aplicación, los precios de los elementos y funciones de red no

ES COPIA
Del A GENTILE
Dirección de Despacho

identificados como Facilidades Esenciales, se determinarán en función del costo de provisión eficiente"[231].

2635. Posteriormente hace explícito que "en caso de intervención de la Autoridad de Aplicación, se entenderá que el costo de provisión de los elementos y funciones de red, no identificados como Facilidades Esenciales, brindados por los Prestadores con Poder Significativo o dominante, se corresponde con el de una prestación eficiente, si los precios, calculados en función de dicho costo, no superan los valores"[232] obtenidos como "la media aritmética de los establecidos para servicios, funciones o elementos de red similares, vigentes en países con esquemas de mercado competitivos, tales como: Australia, Canadá, Chile, Nueva Zelanda, Estados Unidos de Norteamérica y la Unión Europea"[233].

2636. En lo que refiere a los precios de las facilidades consideradas como esenciales, el Decreto N° 764/2000 estipula que la autoridad de aplicación deberá expedirse en torno a los precios de los mismos.

2637. A su vez, en el Capitulo VII del RNI incluye "Disposiciones Transitorias" con precios especificados como "Precios de Interconexión Referenciales", vigentes "hasta tanto se establezcan los precios de las Facilidades Esenciales"[234].

2638. El resultado de la aplicación de la regulación del sector, determinada por el contexto económico en el cual la misma entró en vigencia; influyó en la estructura competitiva del sector, dependiendo de la injerencia de la regulación sobre los precios y condiciones de interconexión de los distintos elementos de red.

2639. En efecto, las medidas transitorias que aún siguen vigentes recayeron sobre los elementos de red considerados como facilidad esencial con una regulación de precios y condiciones aplicables a la prestación de servicios de telefonía fija conmutada.

---

[231] Decreto 764/2000. Anexo II. Reglamento Nacional de Interconexión. Artículo 26.2.

[232] Decreto 764/2000. Anexo II. Reglamento Nacional de Interconexión. Artículo 26.3.

[233] Decreto 764/2000. Anexo II. Reglamento Nacional de Interconexión. Artículo 26.4.

[234] Decreto 764/2000. Anexo II. Reglamento Nacional de Interconexión. Artículo 37. Los precios transitorios y referenciales fueron establecidos para el "Origen y terminación de llamadas" (37.1), "Transito dentro del área

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

2640. Por el contrario, la regulación no se hizo efectiva tanto en lo que refiere a: a) la ultima milla o bucle local que, a pesar de ser considerada como una facilidad esencial, no se determinó el precio que permitiría su desagregación total; y b) el resto de los elementos de red de los operadores con poder dominante o significativo no considerados como facilidades esenciales donde la aplicación efectiva de la regulación sobre los precios y condiciones de interconexión no se ha conretado hasta el rpesente.

2641. Cabe indicar que tanto la provisión desagregada de la última milla, como así también la interconexión de los operadores entrantes con las empresas con poder dominante a precios orientados a costos, constituye un atributo necesario para prommover la competencia en el estado actual de las telecomunicaciones y, con mayor relevancia aún, en un contexto convergente.

XIV.c.1.3. Interconexión y mercados relevantes involucrados en la operación.

2642. Desde una óptica antitrust, el vacío regulatorio en lo que refiere a los mercados de infraestructura hace posible que los convenios firmados entre las partes puedan no estar alineados con el concepto de precio de interconexión "justo, razonable, no discriminatorio entre operadores y no superior al ofrecido a los usuarios o clientes por la provisión de servicios similares". (Articulo 4 del RNI)

2643. Cabe destacar que los mercados de arrendamiento de acceso y/o capacidad de larga distancia y/o local, son demandados por los competidores de las empresas incumbentes para prestar los distintos servicios de telecomunicaciones.

2644. De esta manera es que esta Comisión considera necesario realizar un monitoreo de la infraestructura de red disponible pro parte de las empresas involucradas, como así también los precios y servicios ofrecidos por Telefónica y

local" (37.2), "Coubicación" (37.3) y "Puertos" (37.4). Así, las disposiciones transitorias hacen aplicable dichos precios a los convenios de interconexión para la prestación de servicios de telefonia fija conmutada

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

Telecom a los distintos licenciatarios, con el objeto de garantizar un acceso no discriminatorio a la red de las incumbentes.

2645. A su vez, se recomienda al organismo regulador que solicite a las empresas del sector la presentación ante el organismo de aplicación de los contratos de interconexión relativos al acceso mayorista a la red de Internet, como así también el resto de los contratos celebrados entre los operadores a través de los cuales tengan "acceso a los servicios y clientes y/o usuarios del otro" (Articulo 4 del RNI).

XIV.c.1.4. Servicios minoristas de telecomunicaciones

2646. En virtud de lo ya mencionado en el título XIII del presente dictamen, los servicios ofrecidos actualmente al segmento minorista residencial se clasifican en primer lugar en servicios de voz y servicios de Internet. Es dable resaltar que esta Comisión también ha analizado la futura conformación de un mercado de servicios convergentes.

2647. Los servicios minoristas de telecomunicaciones se brindan mediante una infraestructura que se denomina par de cobre (ultima milla), la cual conecta el o las terminales del cliente con una central telefónica cercana que da acceso al abonado a llamadas locales, larga distancia nacional, larga distancia internacional y a todos los servicios de telecomunicaciones que se brindan a través de las redes de telefonía[235].

2648. En este sentido, el Decreto 764/2000 considera a la última milla del abonado como una facilidad esencial, entendida como "las funciones y elementos de una red pública de telecomunicaciones que: a) son suministradas

[235] Es importante destacar que los tendidos de última milla, a partir de los cuales originariamente se ofreció el servicio de telefonía y en la actualidad también se ofrece el servicio de acceso a Internet, es la principal plataforma a partir de la cual se podrían a futuro brindar servicios convergentes como triple play, incorporando imagen (IPTV) u otros, según se advierte como tendencia internacional con las diferencias propias de cada país o región.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

FOLIO 11794

exclusivamente o de manera predominante por un solo Prestador o por un numero limitado de Prestadores y; b) cuya substitución con miras a la prestación de un servicio no sea factible en lo económico o en lo técnico"[236].

2649. A su vez, en su Artículo 18 el Decreto establece que "Los Prestadores con Poder Dominante deberán proveer, al costo incremental de largo plazo y en forma desagregada, acceso a las funciones y elementos de su red identificadas como facilidades esenciales".

2650. Como fue analizado previamente la competencia en torno al enlace físico que vincula al cliente con la red de telecomunicaciones se incrementa a medida que avanza la convergencia tecnológica de servicios.

2651. En este contexto es que esta Comisión considera como fundamental garantizar el desarrollo competitivo entre los distintos operadores y plataformas (tanto intra como inter plataforma) para mantener y/o acceder con un medio propio o arrendado a los hogares.

2652. Para ello resulta esencial la competencia entre los operadores incumbentes en todos los segmentos de la cadena de valor que vinculan al cliente con la red de Internet

2653. De esta manera, esta Comisión considera relevante evaluar el seguimiento de los precios de las plataformas mayoristas puestas a disposición de los licenciatarios, como así también los distintos elementos de red y los servicios de telecomunicaciones ofrecidos a los clientes finales.

2654. A su vez, esta Comisión Nacional considera oportuno recomendar a la Autoridad Regulatoria hacer cumplir el Decreto 764/2000 en especial los Art. 18 y Art. 29 en relación a establecer la provisión al costo incremental de largo plazo y en forma desagregada, acceso a las funciones y elementos de su red identificadas como facilidades esenciales.

2655. Asimismo, esta Comisión Nacional, considera oportuno que se aplique la portabilidad numérica, contemplada en el Decreto 764/200 – Reglamento Nacional

[236] Ver Decreto 764/00. Artículo 4.

de Interconexión (RNI) CAPITULO VI. DISPOSICIONES ADICIONALES - Artículo 30.- Portabilidad de números.

XIV.c.1.5. Servicios minoristas corporativos.

2656. Como fue analizado en el Capítulo XIII del presente Dictamen, los servicio sminoristas son prestados por un mayor conjunto de empresas en comparación con los servicios minoristas residenciales; producto de la demanda de una mayor capacidad que requieren el desarrollo de los negocios corporativos.

2657. Las empresas incumbentes detentan poder dominante en este mercado en base a la gran extensión de sus redes, que le permite proveer un servicio con cobertura nacional.

2658. Para las empresa competidoras, en cambio, resulta relevante acceder a las redes de las empresas incumbentes a precios competitivos.

2659. De esta manera, esta Comisión Nacional considera necesario realizar un seguimiento de precios de interconexión de los elementos de red de los entrantes con los servicios y clientes y/o usuarios de los operadores incumbentes

XIV.c.1.6. Telefonía pública.

2660. El Decreto 764/2000 que regula la actividad posibilita que proveedores del servicio de telefonía pública presten este servicio arrendando el acceso a las facilidades esenciales de la incumbente a precios regulados[237].

2661. Debe tenerse en cuenta adicionalmente que las empresas telefónicas cuentan, no sólo con la mayor red de locutorios y teléfonos de vía publica del país,

[237] Asimismo, el régimen legal aplicable al servicio de telefonía pública es el establecido en el Reglamento de Telefonía Pública y el Plan Nacional de Licencias del Servicio de Telefonía Pública, aprobados por Resolución 1122/98 de la Secretaría de Comunicaciones de la Nación.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

sino con el control de la infraestructura de última milla necesaria para la operación de este negocio.

2662. En este sentido, esta Comisión Nacional aconseja al Sr. Secretario de Estado interviniente en las presentes actuaciones y/o a toda Autoridad Regulatoria pertinente que haga saber a las partes involucradas que deberán proveer líneas de Telefonía Pública a los Prestadores de Telefonía Pública no vinculados en condiciones no discriminatorias respecto de las concedidas a sí mismas o a sus vinculadas o controladas, según lo establecido en la regulación vigente.

XIV.c.1.7. Telefonía móvil

2663. Como se ha mencionado en el presente dictamen, la asignación igualitaria del espectro radioeléctrico es considerado como una atributo esencial para el desarrollo competitivo de los operadores, tanto por ser un insumo escaso insustituible para la prestación de los servicios, como así también por su impacto sobre los costos operativos.

2664. El cumplimiento estricto del compromiso garantiza que el espectro radiolectrico sea utilizado de manera independiente por cada una de las empresas involucradas.

2665. Es importante destacar que en el último período se ha evidenciado ciertos riesgos de que se conforme un operador con posición dominante capaz de generar "efectos de red".

2666. El precio de la terminación de la llamadas también es un costo importante que las operadores móviles tienen que afrontar a la hora de brindar su servicio de telefonía móvil.

2667. Si las llamadas originadas en redes de operadores móviles terminan en redes de un solo operador con posición dominante, el hecho de que se eleven los costos de éstas llamadas, colocaría por ende en desventaja a los competidores.

2668. Surge del análisis económico realizado en el Título XIII del presente Dictamen la importancia de monitorear la evolución de los precios de las llamadas cobradas al usuario final, el costo de la terminación de las llamadas, cantidad de clientes de cada operador, participaciones de mercado y tráfico entre redes; con el fin de evaluar el cumplimiento del compromiso.

2669. Otro elemento a considerar refiere a la importancia de que los operadores móviles deban brindar roaming, tanto para los terceros no involucrados como así también ante la posibilidad de que un nuevo competidor pueda ingresar a competir sin la necesidad de desarrollar una red que abarque todo el territorio nacional desde el inicio de su actividad, lo que implicaría, como se dijo, una barrera a la entrada.

2670. La situación esperada desde el punto de vista de la competencia sería que los operadores ya establecidos le cobraran al nuevo operador un precio remunerativo por el uso de la red, como sucede ya entre estos operadores entre sí.

2671. Finalmente cabe indicar que el Anexo IV del Decreto 764/2000 establece en su Art. 5 que el espectro radioeléctrico es "un recurso intangible, escaso y limitado, cuya administración es responsabilidad indelegable del Estado Nacional". Por lo tanto, estas características claves son de suma importancia para mantener la competencia dentro de este sector.

2672. De esta manera, la cantidad de espectro acumulado por operador constituye un atributo esencial para el desenvolvimiento competitivo de los operadores, en tanto que una distribución desigual de este bien escaso entre operadores genera estructura de costos distintos y por tanto condiciones dispares de competencia[238].

2673. Por tanto, esta Comisión Nacional considera necesaria la administración del espectro radioeléctrico de manera procompetitiva, con capacidad de asignar bandas de frecuencias del mismo a terceros entrantes.

[238] De aquí la importancia que reviste desde el punto de vista de la competencia la Resolución 266/1998 la cual limita la acumulación de espectro por parte de las empresas hasta un máximo de 50 Mhz. por área.

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

XIV.c.1.8. Conclusiones de las consideraciones económicas relativas al análisis del compromiso presentado por las partes.

2674. Dado el análisis realizado en el Título XIII del presente Dictamen, el compromiso presentado por las partes y las consideraciones económicas realizadas al mismo; esta Comisión reglamentará el monitoreo de las variables económicas consideradas anteriormente, con el fin de evaluar el cumplimento estricto del compromiso.

XIV.d. Recomendaciones procompetitivas del organismo de competencia al organismo regulador de telecomunicaciones.

2675. Por lo dicho hasta aquí, esta Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en base a la potestades le confiere el Artículo 24 del la Ley N° 25.156, considera necesario realizar las siguientes recomendaciones procompetitivas dirigidas al organismo regulador:

a. Colaborar con la Autoridad de Aplicación en el establecimiento de la portabilidad numérica;

b. Colaborar con la Autoridad de Aplicación con el establecimiento de los mecanismos administrativos para que los licenciatarios presenten ante el organismo regulador los convenios de interconexión entre las redes que tengan por objeto acceder a los servicios y clientes y/o usuarios del otro, incluyendo en esta definición a la provisión mayorista de los elementos de red y los servicios de acceso mayorista a Internet;

c. Colaborar con la Autoridad de Aplicación, de manera procompetitiva, en la gestión del espectro radioeléctrico en el

mercado de telefonía móvil, asignando las porciones del espectro disponibles;

d. Colaborar con la Autoridad de Aplicación en la administración rápida y competitiva de los permisos, numeración y licencias; con el objeto de disminuir las barreras a la entrada a los mercados de telecomunicaciones; y

e. Colaborar con la Autoridad de Aplicación en el establecimiento de todo aquel aspecto procompetitivo para la aplicación del Decreto 764/2000.

XVI. MULTA POR NOTIFICACIÓN TARDÍA.

2676. Como ya se ha expuesto a lo largo del presente, la operación descripta en el punto I) tuvo como antecedente la instrucción de una Diligencia Preliminar que tramitó bajo el Expediente Nº S01:0147971/2007 (DP Nº 29), caratulada: "TELEFÓNICA DE ESPAÑA, OLIMPIA Y OTROS S/ DILIGENCIA PRELIMINAR ART.8 DE LA LEY Nº 25.156" y cuyo objeto consistió en determinar si la transacción descripta en el presente dictamen debía ser notificada para su examen ante esta Comisión Nacional.

2677. La apertura de dicho expediente estuvo motivada en función de la toma de conocimiento por parte de esta Comisión Nacional de la operación económica de marras a través de medios periodísticos, publicados con fecha 3 de mayo 2007. En consecuencia se dispuso la apertura de una Diligencia Preliminar a efectos de determinar si dicha operación debió haber sido notificada ante esta Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, de acuerdo a los términos establecidos en los artículos 6° y 8° de la ley 25.156.

2678. Con los datos recopilados por este organismo en dicho expediente, y luego de un estudio exhaustivo de la operación de marras, se dispuso expresamente en la Resolución Nº 4 dictada en fecha 9 de enero de 2009 lo

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

siguiente: *"ARTICULO 1º.- ORDENAR a las firmas PIRELLI & C. S.p.A., SINTONIA S.p.A. y SINTONIA S.A., - como los "Vendedores" - y a TELEFÓNICA S.A., ASSICURAZIONI Generali S.p.A., INTESA SANPAOLO S.p.A., SINTONIA S.A. y MEDIOBANCA S.p.A. – como "Compradores"-, a tenor del acuerdo celebrado, con las mencionadas PIRELLI & C. S.p.A., SINTONIA S.p.A. y SINTONIA S.A., por medio del cual venden el 100% de las acciones de OLIMPIA S.p.A., cuyo principal activo son acciones de TELECOM ITALIA S.p.A, y se ejecutan otros acuerdos que incluyen el aporte a TELCO S.p.A. de otras acciones de TELECOM ITALIA S.p.A., a que procedan a dar cumplimiento con lo dispuesto en el artículo 8° de la Ley N° 25.156, bajo apercibimiento de ley, y sin perjuicio de aplicar el artículo 9° del mismo cuerpo legal, por el tiempo transcurrido desde la efectiva concreción de la operación indicada hasta la fecha en que se de cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 8° conforme lo establecido en la presente resolución (...)".*

2679. Es decir que, por medio de la mencionada Resolución, y ante la falta de espontaneidad de las partes en notificar la operación ante esta Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, este organismo resolvió que las partes de la operación se encontraban compelidas a cumplir con la obligación prevista por el artículo 8 de la Ley Nº 25.156, cuyo texto expresamente establece: *"Los actos indicados en el artículo 6° de esta Ley, cuando la suma del volumen de negocios total del conjunto de empresas afectadas supere en el país la suma de DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS ($200.000.000), deberán ser notificadas para su examen previamente o en el plazo de una semana a partir de la fecha de la conclusión del acuerdo, de la publicación de la oferta de compra o canje, o de la adquisición de una participación de control ante el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, contándose el plazo a partir del momento en que se produzca el primero de los acontecimientos citados, bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de lo previsto en el articulo.46. inciso d".*

2680. En cumplimiento de la mencionada Resolución las partes procedieron a notificar la operación en las siguientes fechas: a) PIRELLI el día 15 de enero de 2009; b) TELEFÓNICA el día 21 de enero de 2009; c) ASSICURAZIONI, el día 3

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

de febrero de 2009; d) MEDIOBANCA, el día 3 de marzo de 2009; e) SINTONIA y SINTONIA S.p.A el día 6 de marzo de 2009; f) INTESA, el día 9 de marzo de 2009.

2681. Luego de un profundo análisis jurídico-económico, en fecha 25 de agosto de 2009 esta Comisión Nacional emitió el Dictamen N° 744, mediante el cual aconsejó al Señor SECRETARIO DE COMERCIO INTERIOR subordinar la autorización de la operación de concentración económica descripta en el punto 1) del presente dictamen.

2682. A su vez, en la mencionada Resolución el Señor SECRETARIO DE COMERCIO INTERIOR resolvió en el ARTICULO 3° lo siguiente: "*(...) Otórgase a la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA un plazo máximo de SESENTA (60) días para que eleve al suscripto un dictamen en el cual recomiende el temperamento a seguir respecto a la pertinencia en su caso, de aplicar multas por notificación tardía, debiendo fundamentar la procedencia así como el quantum de las mismas. En caso de corresponder, se imputarán ellas a todas, alguna o ninguna de las partes notificantes en la presente operación.*"

2683. Asimismo, con fecha 19 de noviembre de 2009 el Señor SECRETARIO DE COMERCIO INTERIOR emitió la Resolución N° 896, por medio de la cual dispuso lo siguiente: "*ARTÍCULO 1°.- Dispóngase una prórroga de SESENTA (60) días a efectos que la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, organismo desconcentrado en la órbita de la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS(...) eleve el Dictamen sobre la eventual aplicación de multa por notificación tardía conforme el Artículo 3° de la misma resolución, sin perjuicio de que las cuestiones sean resueltas por ese organismo antes de la finalización del plazo prorrogado dispuesto...ARTÍCULO 2°.- Considérese parte integrante de la presente resolución, al Dictamen N° 766/09 emitido por la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPTENCIA, que en seis (6) hojas autenticadas se agrega como Anexo a la presente medida...ARTÍCULO 3°.- Regístrese y comuníquese.*"

2684. Con posterioridad el día 6 de enero de 2010, esta Comisión Nacional emitió el Dictamen N° 775 en el cual aconsejó la aplicación de una multa por notificación tardía a las empresas notificantes y partes de la operación, esto es: PIRELLI & C.S.p.A, TELEFÓNICA, S.A., INTESA SANPAOLO S.p.A, MEDIOBANCA S.p.A, ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A, SINTONIA S.A, y SINTONIA S.p.A.

2685. Dicho dictamen fue receptado por Resolución del SEÑOR SECRETARIO DE COMERCIO INTERIOR N° 2/10, del día 6 de enero de 2010.

2686. tal como ha venido sostenido, la operación de concentración analizada en el presente dictamen constituye una concentración económica en los términos de los Artículos 6 y 8 de la Ley N° 25.156 que debió ser notificada en tiempo y forma, y que al no haberse cumplimentado dicha obligación objetiva por las partes de la operación, les ha correspondido la sanción impuesta por la Resolución SCI N° 2/2010, por los argumentos vertidos en ella y en el Dictamen CNDC N° 775, integrante de aquella, a los cuales se hace remisión a fin de evitar mayores abundamientos, y que mantiene plena vigencia hasta la fecha.

XIV. MÉRITO DE LAS CONSTANCIAS EN AUTOS

2687. Ha quedado debidamente acreditado durante la instrucción de las presentes actuaciones que las partes obligadas a notificar la presente operación ante esta Autoridad de Aplicación, lo han hecho como consecuencia de lo ordenado por esta Comisión Nacional de Defensa de la Competencia mediante Resolución N° 4/2009, de fecha 9 de enero de 2009.

2688. Se destaca que las partes notificantes, al efectuar la notificación del artículo 8° de la Ley N° 25.156, en cumplimiento de la resolución antes mencionada, se han limitado a cumplimentar el aspecto formal, debiéndose resaltar que de sus propios escritos se desprende la reiterada disconformidad y renuencia a suministrar la información y documentación necesaria a efectos de cumplimentar el Formulario F1 que de estilo aportan las partes obligadas por la

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

11803

Ley N° 25.156, el Decreto PEN Nº 89/2001 y la Resolución SDCyC N° 40/2001, desconociendo la operación en cuestión como un cambio de control en TELECOM ITALIA.

2689. Deberá tenerse presente que esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA como Autoridad de Aplicación de la Ley N° 25.156, y en defensa del interés económico general y de los consumidores, ante la conducta reticente de las partes notificantes, debió impulsar el procedimiento de autos de oficio, frente a la inacción, desinterés y/o vulneración del derecho argentino evidenciado por las partes obligadas.

2690. Así fue, que debió requerirse información del mercado involucrado a competidores, a Organismos Públicos Reguladores de los Servicios Públicos involucrados y terceras personas, a través de las herramientas otorgadas por la Ley Nº 25.156 en sus artículos 16 y 24, que sirvieron en este caso de suficiente sustento en orden de analizar los mercados involucrados y sus efectos en la Argentina.

2691. La Autoridad de Competencia entiende que en el presente caso el Informe de la SECRETARÍA DE COMUNICACIONES DE LA NACIÓN se basó en la determinación de control efectuada por esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA cuando dictó la Resolución N° 4/09. Sin embargo, debemos tener en cuenta que la aceptación del compromiso y subordinación abajo recomendadas en los presentes autos modifica tal estructura de control –en tanto se cumpla en forma irrestricta y por un tiempo indeterminado dicho compromiso-. En virtud de ello corresponde que los Organismos Regulatorios se expidan conforme las conclusiones arribadas por esta Comisión Nacional

2692. Por ello, y sin perjuicio del carácter no vinculante del informe que prescribe el Artículo N° 16 de la Ley 25.156, es que los miembros de esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA entendemos que la SECRETARÍA DE COMUNICACIONES DE LA NACIÓN ha cumplido con la intervención solicitada en dos oportunidades en estas actuaciones. En la primera oportunidad la SECRETARÍA DE COMUNICACIONES tomó en consideración la

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

-148

11804

Resolución CNDC N° 4/09 en cuanto a la existencia de cambio de control, mientras que en la segunda infomó que dejó supeditada su actuación a la determinación que la Autoridad de Aaplicación haga al respecto del compromiso que remedia la situación antes descripta.

2693. En ese sentido, la SECRETARÍA DE COMUNICACIONES, tal como lo expresa, deberá tomar en consideración para resolver su análisis los considerandos y resolutorios del presente Dictamen.

2694. Asimismo la COMISIÓN NACIONAL DE COMUNICACIONES sostuvo que "(...) más allá de lo manifestado en la Nota CNC N° 77/2009 de este organismo [CNC], es de resaltar que el compromiso, tal y como fuera presentado, no merece reparos ni objeción alguna por parte de este organismo [CNC]. En tanto el escenario originario se ve desvirtuado con la nueva estructura que evita intercambio y acceso a información sensible por parte de las empresas involucradas, es posible inferir que esta operación en el nuevo contexto presentado, no conmovería ni afectaría la competencia, en tanto y en cuanto se cumpla con el mencionado compromiso (...)"

2695. Por su parte, siendo el mercado de las comunicaciones de vital importancia para el desarrollo de otras áreas económicas que hacen al bienestar general del país y su inserción en el mundo, junto con el tipo, dimensión y desarrollo de las empresas involucradas, esta Comisión Nacional en modo alguno puede permitirse permanecer ajena a sus implicancias.

2696. En tal sentido, se observa que en el desarrollo de los mercados de telecomunicaciones, de aprobarse incodicionalmente la operación en análisis, correrían un grave peligro de retraso tecnológico.

2697. Es de señalar que la falta de competencia genera pocos incentivos a cambios tecnológicos, y esto afecta negativamente a los consumidores finales. Es obligación de esta Comisión Nacional generar la competencia necesaria para acrecentar aquellos cambios y mejorar el bienestar general.

2698. Finalmente, esta Comisión Nacional ha llegado a la conclusión que la operación de concentración de marras trae problemas de competencia, tanto

desde el punto de vista horizontal como vertical, en la mayor parte de la oferta en los principales mercados minoristas y mayoristas.

2699. En síntesis la presente operación tal como fuera expuesto a lo largo del presente dictamen afecta negativamente la competencia en los principales mercados relevantes del sector telecomunicaciones así como las posibilidades de desarrollo competitivo de mercados convergentes. Por ello tiene un impacto negativo desde el punto de vista de la competencia en todo el sector, generando consecuencias negativas y claramente lesivas al interés económico general tanto a corto como a mediano y largo plazo el cual sólo puede verse mitigado a través de la adopción de una serie de medidas condicionantes que deberán ser cumplidas de manera estricta por las partes en la presente operación de concentración económica.

2700. Finalmente, esta operación ha sido analizada con los estándares usuales y las normas con las que la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA evalúa cualquier operación de concentración económica nacional e internacional –muchas de las cuales son de conocimiento de las partes por actuaciones anteriores- y en este sentido debemos resaltar lo fuertemente fundamentada del presente que lleva a una conclusión unívoca.

2701. Como conclusión final, tomando en consideración lo expuesto en todo el dictamen, la realidad económica, las normas "antitrust" y las presentaciones de las partes, es dable definir que la operación presenta desde un punto de vista general aspectos sumamente negativos para la competencia en el mercado de telecomunicaciones, así como para las posibilidades de desarrollo competitivo de mercados convergentes y segmentados. Varios de los mercados de telecomunicaciones en particular presentan dificultades extremas para la competencia. Todo ello en su conjunto hace a esta concentración peligrosa para el progreso y bienestar económico general, que sólo pueden ser mitigados a través de la adopción de una serie de medidas remediales que garanticen la mayor competencia posible, a fin de tutelar el correcto funcionamiento de los mercados involucrados. Es importante destacar que las medidas remediales adoptadas, siempre y cuando sean cumplidas estrictamente, garantizan la separación en los Órganos societarios de las empresas involucradas mitigando el

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

control sustancial que ejercería la firma TELEFÓNICA, S.A. (y sus controladas) en la firma TELECOM ITALIA S.p.A. (y sus controladas).

2702. En consecuencia, considerando en este caso que debe ser mantenida la competencia afectada en los mercados dentro de nuestro país, corresponde subordinar la autorización de la presente operación al efectivo e irrevocable cumplimiento del Compromiso todo ello acorde a lo establecido en el artículo 13, inciso b) de la Ley de Defensa de la Competencia.

XVII. CONCLUSIÓN FINAL.

2703. De acuerdo a lo expuesto precedentemente, esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA concluye que la operación de concentración económica tal como consta y fuera analizado en autos, infringe el artículo 7º de la Ley Nº 25.156. Sin embargo, el compromiso presentado por las partes en reconocimiento de la jurisdicción que le corresponde a la Autoridad de Aplicación con las aclaraciones y precisiones efectuadas en el Título XIV del presente dictamen por parte de esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, limitaría los efectos claramente nocivos y/o lesivos para la competencia que tal operación trae aparejada.

2704. Por tales razones, la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA aconseja al SEÑOR SECRETARIO DE POLÍTICA ECONÓMICA del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS:

a. Rechazar el planteo efectuado por las firmas TELECOM ITALIA S.p.A. y TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V. en relación a la falta de facultades de esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA para llevar adelante el trámite de las presentes actuaciones y dictaminar sobre la misma.

b. Rechazar el planteo efectuado por las firmas TELECOM ITALIA S.p.A. y TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V. en relación al presunto prejuzgamiento en que habría incurrido el Señor SECRETARIO DE

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

POLÍTICA ECONÓMICA el emitir la Resolución SPE N° 14/2010.

c. Rechazar el planteo de nulidad interpuesto por EDIZIONE S.R.L. (anteriormente denominada SINTONÍA S.A.), MEDIOBANCA S.p.A. INTESASAN PAOLO S.p.A., ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., TELECOM ITALIA S.p.A, TELECOM INTERNATIONAL N.V., TELECOM ARGENTINA S.A., TELECOM PERSONAL S.A., SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A., NORTEL INVERSORA S.A., TELCO S.p.A contra la Resolución CNDC N° 30/2010, Resolución N° SPE N° 14/2010 y Resolución MEyFP N° 82/2010 (Expediente N° S01: 0088553/2010, incorporado a estas actuaciones);

d. Rechazar por las razones expuestas en este Dictamen la prueba ofrecida por las partes.

e. Considerar que la presente operación fue efectuada de forma extemporánea, y por lo tanto las multas por notificación tardía, recomendadas por el Dictamen CNDC N° 775 de fecha 6 de enero de 2010, e impuestas por la Resolución SCI N° 2/2010 se encuentran plenamente vigentes.

f. Aceptar el compromiso ofrecido por las firmas TELEFÓNICA, S.A.; ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A; INTESA SANPAOLO S.p.A.; MEDIOBANCA - BANCA DI CREDITO FINANZIARIO S.p.A.; TELCO S.p.A.; TELECOM ITALIA S.p.A.; TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V.; SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A.; NORTEL INVERSORA S.A.; TELECOM ARGENTINA S.A.; TELECOM PERSONAL S.A.; TELEFÓNICA DE ARGENTINA S.A. y TELEFÓNICA MÓVILES DE ARGENTINA S.A. con las aclaraciones y precisiones efectuadas en el Título XIV del presente Dictamen por parte de esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, y en consecuencia, subordinar la autorización de la operación consistente en la adquisición por parte de TELEFÓNICA, S.A., ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., SINTONIA S.A., INTESA SANPAOLO S.p.A. y MEDIOBANCA S.p.A., a través de TELCO S.p.A., de la totalidad del capital social de OLIMPIA S.p.A., titular del

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

148

11808

17,99% del capital de TELECOM ITALIA S.p.A., perteneciente a las firmas PIRELLI & C. S.p.A., SINTONIA S.A. y SINTONIA S.p.A.; junto al 5,6% de participación directa con derecho a voto en TELECOM ITALIA S.p.A. perteneciente previamente a ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A. y MEDIOBANCA S.p.A., transferida a TELCO S.p.A. con ocasión de la presente operación; adicionándose el 0,91% del capital con derecho a voto en TELECOM ITALIA S.p.A., que en el mes de marzo de 2008, TELCO S.p.A. adquirió a través del mercado de capitales en oferta pública, en los términos del Artículo 13 inciso b) de la Ley 25.156 al cumplimiento irrevocable y efectivo del compromiso ofrecido con las aclaraciones y precisiones efectuadas en el Título XIV del presente Dictamen.

g. Efectuar las recomendaciones procompetitivas que se encuentran contenidas en el Anexo I del presente Dictamen a la SECRETARÍA DE COMUNICACIONES DE LA NACIÓN y A LA COMISIÓN NACIONAL DE COMUNICACIONES DE LA NACIÓN.

h. Suscripta que sea la Resolución por el SEÑOR SECRETARIO DE POLÍTICA ECONÓMICA se ordene su notificación al SEÑOR SECRETARIO DE COMUNICACIONES DE LA NACIÓN, a la COMISIÓN NACIONAL DE COMUNICACIONES, a la COMISIÓN NACIONAL DE VALORES y al Señor INSPECTOR GENERAL DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

i. Publicar la Resolución que suscriba el Señor SECRETARIO DE POLÍTICA ECONÓMICA por un (1) día en el Boletín Oficial, en su parte dispositiva.

540

EL SR VOCAL DIEGO P. PUVOLO NO SUSCRIBE EL PRESENTE POR ENCONTRARSE EN USO DE LICENCIA

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

- 148

11809

Anexo I

A lo largo del presente Dictamen esta Comisión Nacional analizó detalladamente el mercado de las telecomunicaciones en nuestro país. Dicho estudio permitió a este Organismo realizar una serie de recomendaciones procompetitivas a fin de acrecentar el bienestar económico general.

Cabe mencionar que las atribuciones de la Autoridad de Aplicación de la Ley 25.156 para realizar dichas recomendaciones surgen del artículo 24 de dicho plexo legal y del rol que cumple el Organismo antitrust en virtud del Decreto N° 764/2000.

Por último es menester señalar que algunas de las recomendaciones que se realizarán es posible que se encuentren en desarrollo por los Organismos competentes.

Por todo lo expuesto, esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA realiza las siguientes recomendaciones procompetitivas a la SECRETARÍA DE COMUNICACIONES DE LA NACIÓN y A LA COMISIÓN NACIONAL DE COMUNICACIONES DE LA NACIÓN:

a. Colaborar con la Autoridad de Aplicación en el establecimiento de la portabilidad numérica;

b. Colaborar con la Autoridad de Aplicación con el establecimiento de los mecanismos administrativos para que los licenciatarios presenten ante el organismo regulador los convenios de interconexión entre las redes que tengan por objeto acceder a los servicios y clientes y/o usuarios del otro, incluyendo en esta definición a la provisión mayorista de los elementos de red y los servicios de acceso mayorista a Internet;

c. Colaborar con la Autoridad de Aplicación, de manera procompetitiva, en la gestión del espectro radioeléctrico en el

ES COPIA
LUCILA GENTILE
Dirección de Despacho

mercado de telefonía móvil, asignando las porciones del espectro disponibles;

d. Colaborar con la Autoridad de Aplicación en la administración rápida y competitiva de los permisos, numeración y licencias; con el objeto de disminuir las barreras a la entrada a los mercados de telecomunicaciones; y

e. Colaborar con la Autoridad de Aplicación en el establecimiento de todo aquel aspecto procompetitivo para la aplicación del Decreto 764/2000.