



Ministerio de Economía y Finanzas Públicas
Secretaría de Comercio Interior

BUENOS AIRES,

254



3 JUL 2009

VISTO el Expediente N° S01:0174028/2009 del Registro del MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS PUBLICAS, y

CONSIDERANDO:

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

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

Que el expediente citado en el Visto, se inició como consecuencia de la consulta efectuada por las firmas ACCIONA S.A. y ENEL S.p.A. ante la COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

Que la operación objeto de consulta consiste en la Compraventa de Acciones y transmisión de activos por parte de la empresa ACCIONA S.A. a favor de la empresa ENEL S.p.A., del VEINTICINCO CON UN CENTESIMO POR CIENTO (25,01 %) del paquete accionario de la empresa ENDESA S.A.

OC 738
opi
738



Ministerio de Economía y Finanzas Públicas
Secretaría de Comercio Interior

1033

Que como resultado de dicha operación, la empresa ENEL S.p.A., pasará a controlar de forma exclusiva a la empresa ENDESA S.A., al ser titular del NOVENTA Y DOS CON SESENTA Y TRES MILESIMOS POR CIENTO (92,063 %) de su paquete accionario.

Que manifestaron los consultantes que la operación se encuentra exceptuada dado que la empresa ENEL S.p.A. es titular de más del CINCUENTA POR CIENTO (50 %) de las acciones de la empresa ENDESA S.A., y que por tal motivo, la misma estaría comprendida por la excepción dispuesta en el Artículo 10, inciso a) de la Ley N° 25.156.

Que el día 7 de mayo de 2009, las empresas intervinientes se presentaron ante la COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA, solicitando opinión respecto a si la operación precedentemente mencionada encuadraría dentro de los términos del Artículo 8° de la Ley N° 25.156.

Que la COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ha emitido su dictamen y aconseja al señor Secretario de Comercio Interior disponer que la operación traída a consulta encuadra en el Artículo 6° de la Ley N° 25.156 y por lo tanto se encuentra sujeta a la obligación de notificación prevista en el Artículo 8° del mismo cuerpo legal, y asimismo hacer saber a los consultantes que la presente opinión consultiva ha sido emitida valorando como sustento fáctico la documentación e información presentada por las partes por lo que si los hechos relatados o la documentación aportada fueran falsos o incompletos, ello tornaría inaplicables los conceptos aquí vertidos.

Que el suscripto comparte los términos vertidos en dicho dictamen, al cual cabe remitirse en honor a la brevedad, y cuya copia autenticada se incluye como Anexo que con OCHO (8) hojas autenticadas forma parte integrante de la presente resolución.

Que el infrascripto resulta competente para el dictado del presente acto en virtud de lo establecido en el Artículo 2° de la Resolución N° 26 de fecha 12 de julio de 2006 de la ex - SECRETARIA DE COORDINACION TECNICA del ex - MINISTERIO DE ECONOMIA Y



Ministerio de Economía y Finanzas Públicas
Secretaría de Comercio Interior

1034

PRODUCCION.

Por ello,

EL SECRETARIO DE COMERCIO INTERIOR

RESUELVE:

ARTICULO 1º.- Sujétase al control previo establecido en el Artículo 8º de la Ley N° 25.156 la operación traída a consulta por las empresas ACCIONA S.A. y ENEL S.p.A.

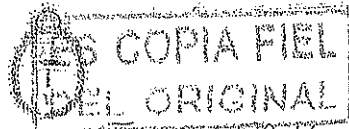
ARTICULO 2º.- Hácese saber a las consultantes que la presente opinión consultiva ha sido emitida valorando como sustento fáctico la descripción realizada en los escritos obrantes en el expediente de referencia, por lo que si los hechos relatados fueran falsos o incompletos, ellos tornarían inaplicables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

ARTICULO 3º.- Considérase parte integrante de la presente resolución, al Dictamen N° 738 de fecha 26 de junio de 2009 emitido por la COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, organismo desconcentrado en la órbita de la SECRETARIA DE COMERCIO INTERIOR del MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS PUBLICAS, que en OCHO (8) hojas autenticadas se agrega como Anexo a la presente medida.

ARTICULO 4º.- Regístrese, comuníquese y archívese.

RESOLUCION N°

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



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

1035

Expte. S01:0174028/2009 (OPI N° 172) HG/MM-DG

Opinión Consultiva N° 738

BUENOS AIRES, 26 JUN 2009

SEÑOR SECRETARIO:

Elevamos para su consideración el presente dictamen referido a las actuaciones que tramitan por Expediente N° S01:0174028/2009 caratulado: "ENEL S.p.A. y ACCIONA S.A. s/CONSULTA INTERPRETACION LEY 25156 (OPI N° 172)" del Registro del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, iniciadas en virtud de la consulta efectuada en los términos del Artículo 8° del Decreto PEN 89/01 reglamentario de la Ley N° 25:156 y Resolución SCT N° 26/06, por parte de las empresas ENEL S.p.A. y ACCIONA S.A.

I. SUJETOS INTERVINIENTES Y SU ACTIVIDAD

1. ACCIONA S.A. (en adelante "ACCIONA") es una sociedad constituida en España que dio comienzo a sus operaciones en fecha 17 de junio de 1916 en la que se constituyó con duración indefinida, con domicilio social en Alcobendas (Madrid). Su objeto social está constituido por actividades empresariales en los ramos: construcción, explotación de infraestructuras, inmobiliario y promoción de suelo, energía y agua, transporte y servicios complementarios, servicios urbanos y medioambientales, servicios auxiliares a empresas y a sus instalaciones, ocio, eventos y audiovisual.
2. ENEL S.p.A. (en adelante ENEL) es una sociedad constituida en Italia con sede legal en la ciudad de Roma con duración establecida hasta el 31 de diciembre de 2100, prorrogable. Tiene como actividad principal la adquisición de intereses y participación en otras sociedades o empresas italianas o extranjeras, y funciones de establecimiento de las directrices estratégicas y de coordinación de las sociedades o empresas controladas, de su planeamiento industrial y de sus actividades. Es activa en particular en el sector energético, energía eléctrica incluidas su producción, importación y exportación como también su distribución y venta.



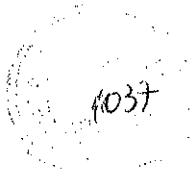
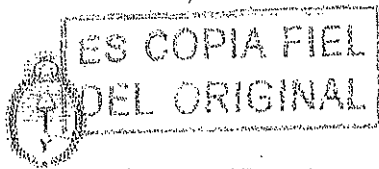
ES COPIA FIEL
DEL ORIGINAL

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

1036

Como resultado de la operación ENEL pasará a controlar de forma exclusiva a ENDESA al ser titular del 92,063% y será titular de participaciones accionarias en las siguientes sociedades:

3. ENDESA ARGENTINA S.A.: Es una empresa dedicada a la inversión y ofrecimiento de servicios de ingeniería para la operación de empresas eléctricas. Sus accionistas son EMPRESA NACIONAL DE ELECTRICIDAD S.A. (99,66%) y ENDESA INVERSIONES GENERALES (0,34%).
4. ENDESA COSTANERA S.A.: Se dedica a la generación y venta al por mayor de energía eléctrica. Sus accionistas son ENDESA ARGENTINA S.A. (51,93%), EMPRESA NACIONAL DE ELECTRICIDAD S.A. (12,33%) y SOUTHERN CONE POWER ARGENTINA S.A. (5,5%).
5. HIDROINVEST S.A.: Su actividad es holding y administración de Hidroeléctrica El Chocón S.A. Sus accionistas son ENDESA ARGENTINA S.A. (54,16%) y EMPRESA NACIONAL DE ELECTRICIDAD S.A. (41,94%).
6. GASODUCTO ATACAMA ARGENTINA S.A.: Su actividad principal consiste en la transportación de gas natural. ENDESA posee una participación accionaria indirecta equivalente al 50%; el resto de las acciones perteneces a Southern Cross Latin America Private Equity Fund III, L.P.
7. HIDROELECTRICA EL CHOCÓN S.A.: Se dedica a la generación y venta al por mayor de energía eléctrica. Sus accionistas son: HIDROINVEST S.A. (59%), ENDESA ARGENTINA S.A. (6,19%) y EMPRESA NACIONAL DE ELECTRICIDAD S.A. (2,48%).
8. COMERCIALIZADORA DE ENERGÍA DEL MERCOSUR S.A. (CEMSA): Su actividad es la compra y venta al por mayor de energía eléctrica, gas y sus transporte, importación y exportación. Sus accionistas son ENDESA LATINOAMÉRICA S.A. (ex ENDESA INTERNACIONAL S.A.) (55%) y ENDESA ARGENTINA S.A. (45%).
9. CENTRAL DOCK SUD S.A.: Su actividad principal es la generación y venta al por mayor de energía eléctrica. Su accionista principal es SOCIEDAD INVERSORA DOCK SUD S.A (69,99%).
10. YACYLEC S.A.: Se dedica al transporte de energía eléctrica desde Yacyretá hasta la base de operaciones de Resistencia. Es controlada por ENDESA LATINOAMÉRICA S.A. (ex ENDESA INTERNACIONAL S.A.) (22,22%).



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

11. DISTRILEC INVERSORA S.A.: Es una compañía con objetivo de inversión, titular del paquete de control de EMPRESA DISTRIBUIDORA SUR (EDESUR). Sus accionistas son EMPRESA NACIONAL DE ELECTRICIDAD S.A. (0,89%), ENERSIS S.A. (27,19%) y CHILECTRA S.A. (23,41%).
12. COMPAÑÍA DE TRANSMISIÓN MERCOSUR S.A.: Se dedica al transporte de energía eléctrica. ES controlada por COMPAÑÍA DE INTERCONEXIÓN ENERGÉTICA S.A. en un 100%.
13. TRANSPORTADORA DE ENERGIA S.A. (TESA): Su actividad principal consiste en el transporte de energía eléctrica. Es controlada por COMPAÑÍA DE INTERCONEXIÓN ENERGÉTICA en un 100%.
14. EÓLICAS DE LA PATAGONIA S.A.: Se dedica a la generación eólica de energía eléctrica. Sus accionistas son ENDESA COGENERACIÓN Y RENOVABLES (50%) y ELEC NOR S.A. (50%) (empresa española controlada por ENDESA COGENERACIONES Y RENOVABLES S.A., perteneciente al grupo Endesa).
15. SYNAPSIS ARGENTINA S.A. o SYNAPSIS ARGENTINA S.R.L.: Su actividad principal se relaciona con el mercado de servicios informáticos. Es controlada en un 100% por ENDESA.
16. COMPAÑÍA AMERICANA DE MULTISERVICIOS DE ARGENTINA LTDA.: Su actividad principal consiste en el control de redes eléctricas. Es controlada por COMPAÑÍA AMERICANA DE MULTISERVICIOS DE CHILE LTDA. en un 100%.
17. EMPRESA DISTRIBUIDORA SUR S.A. (EDESUR): Se dedica a la distribución y comercialización de energía eléctrica. Los accionistas del grupo ENDESA que poseen participación accionaria en esta empresa son ENERSIS S.A. (16,02%), CHILECTRA S.A. (20,85%), DISTRILEC INVERSORA S.A. (56,36%), ENDESA LATINOAMÉRICA S.A. (ex ENDESA INTERNACIONAL S.A.) (6,23%).
18. SOUTHERN CONE POWER ARGENTINA S.A.: Es una compañía holding cuya única actividad en Argentina consiste en la tenencia de un porcentaje accionario de ENDESA CONSTANERA S.A. Sus accionistas son EMPRESA NACIONAL DE ELECTRICIDAD S.A. (98,03%) y ENDESA INVERSIONES GENERALES S.A. (1,97%).
19. SOCIEDAD INVERSORA DOCK SUD S.A.: Es una sociedad de cartera y está controlada por ENDESA en un 57,14%.



ES COPIA FIEL
DEL ORIGINAL

1038

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

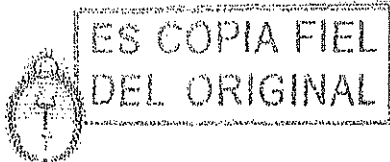
20. TRIEMA S.A.: Se dedica a la comercialización de sistemas de gestión comercial y es controlada por ENDESA en un 55%.
21. SACME S.A.: Fue constituida originalmente por EMPRESA DISTRIBUIDORA DEL NORTE S.A. (EDENOR) y EMPRESA DISTRIBUIDORA DEL SUR S.A. (EDESUR) siendo titular cada una del 50% de sus acciones, para la supervisión y control del sistema eléctrico. Es controlada en forma conjunta por ambas empresas.
22. TERMOELÉCTRICA JOSÉ DE SAN MARTÍN S.A.: Su actividad principal consiste en la construcción y explotación de una central de ciclo combinado. Es controlada indirectamente por ENDESA en un 26,18%.
23. TERMOELÉCTRICA MANUEL BELGRANO S.A.: Se dedica a la construcción y explotación de una central de ciclo combinado. Es controlada indirectamente por ENDESA en un 26,18%.

II. LA OPEARCION SUJETA A CONSULTA

24. La operación objeto de consulta consiste en la compraventa de acciones y transmisión de activos por parte de ACCIONA a favor de ENEL del 25,01% del paquete accionario de ENDESA S.A. Como resultado de la Operación ENEL pasará a controlar de forma exclusiva a ENDESA al ser titular del 92,063% de su paquete accionario.
25. Manifestaron los consultantes que, la operación se encuentra exceptuada dado que ENEL es titular de más del 50% de las acciones de Endesa y que por tal razón, la misma estaría comprendida por la excepción dispuesta en el artículo 10 inciso a) de la LDC.

III. PROCEDIMIENTO

26. El día 7 de mayo de 2009, se presentan ante esta COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA el apoderados de las empresas ENEL y ACCIONA, solicitando opinión respecto a si la operación precedentemente mencionada, encuadraría dentro de los términos del artículo 8º de la Ley Nº 25.156.
27. El día 22 de mayo de 2009 se ordenó hacer saber a las consultantes que debían adecuar la presentación a lo establecido en la Resolución SDCyC Nº 40/2001, advirtiéndose que hasta tanto no se diera cumplimiento a lo ordenado, no se dará



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

1038

curso a la opinión solicitada ni comenzará a correr el plazo establecido en el artículo 8º del Decreto N° 89/2001. Lo cual fue notificado en fecha 26 de mayo de 2009 mediante nota CNDC 147/09.

28. El día 28 de mayo de 2009 los consultantes contestaron el requerimiento efectuado mediante nota CNDC 147/09 respecto de su presentación de fecha 7 de mayo de 2009.
29. El día 3 de junio de 2009 en uso de las facultades conferidas por el artículo 24 de la Ley N° 25.156, se ordenó requerir a la consultante información determinada; advirtiéndose que hasta tanto no se diera cumplimiento a lo ordenado, no se dará curso a la opinión solicitada ni comenzará a correr el plazo establecido en el artículo 8º del Decreto N° 89/2001. Lo cual fue notificado en la misma fecha mediante nota CNDC 153/09.
30. Finalmente, el día 11 de junio de 2009 las partes consultantes efectuaron una presentación cumplimentado lo requerido por esta Comisión Nacional, pasándose las actuaciones a despacho junto con la información adicional presentada por las mismas en fecha 16 de junio de 2009.

IV. ANALISIS

31. Habiendo descripto en los apartados anteriores las principales características de la operación consultada, corresponde en esta instancia que esta Comisión Nacional se expida sobre la misma.
32. Tal como en casos similares, el análisis de la presente operación debe basarse en la interpretación del alcance del artículo 6º de la Ley 25.156 que establece que "*se entiende por concentración económica la toma de control ... a través de la realización de los siguientes actos: ... c) la adquisición de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital ... cuando tal adquisición otorgue al adquirente el control de, o la influencia sustancial sobre la misma.*"
33. Es de considerar que, previo a la operación, ENEL y ACCIONA ejercían conjuntamente el control de ENDESA. Este co-control se configuró a raíz de una oferta pública de adquisición de las acciones de ENDESA, de conformidad al contrato suscripto entre las partes con fecha 26 de marzo de 2007. Una vez concretada la mencionada oferta, la participación de ACCIONA alcanzó un 25,01% y la de ENEL el 67,053%.



ES COPIA FIEL
DEL ORIGINAL

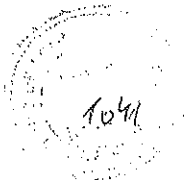
1040

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

34. Es dable tener en cuenta que dicho control conjunto fue informado por las partes en ocasión de notificar la operación mediante la cual ACCIONA y ENEL adquirirían el control de ENDESA, concentración que tramitara ante esta CNDC bajo el número 635, y que fuera aprobada en los términos informados por las partes, mediante Resolución SCI Nº 233/2008, en concordancia con el dictamen CNDC Nº 688/08.
35. Teniendo en cuenta que antes de la operación, el control de ENDESA era conjunto y que la gestión de ENDESA era supervisada por un número par de miembros nombrados por ACCIONA y ENEL que tomaban las decisiones por mayoría de votos.
36. Del análisis de la documentación presentada por las consultantes surge que ACCIONA tenía el derecho de nombrar al Presidente de la junta, quien poseía un voto de desempate en caso de que no sea alcanzada la mayoría de otra manera.
37. Por su parte, ENEL tenía el derecho a nombrar al Consejero Delegado. El presidente nombrado por Acciona y el Consejero Delegado nombrado por ENEL, actuaban conjuntamente.
38. Es fundamental tener en cuenta también la existencia de Asuntos Reservados que requerían el consentimiento tanto de ACCIONA como de ENEL.
39. Algunos de dichos asuntos reservados podían serlo para la reunión de accionistas de ENDESA y comprendían ciertos cambios a los estatutos de ENDESA; cualquier transformación, fusión, separación, disolución o liquidación de la compañía; la eliminación del derecho preferencial de participar en aumentos de capital; aumentos de capital o reducciones o emisiones de obligaciones; cambios en la política de dividendos como se establece en el plan de negocios y la decisión de listar o suprimir de la lista las acciones de la compañía en cualquier mercado organizado.
40. Mientras que otros de los denominados asuntos reservados, en este caso para la reunión de la junta directiva de ENDESA comprendían la aprobación del Plan de Negocios y Presupuesto y cualquier desviación o modificación de los mismos; la aprobación de inversiones superiores al valor de cien millones de Euros (€100.000.000); la aprobación de compra de activos por un valor mayor a cien millones de Euros (€100.000.000); la entrada en deudas, operaciones de arrendamiento o la garantía de las operaciones por un valor mayor a cien millones



ES COPIA FIEL
DEL ORIGINAL



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

de Euros (€100.000.000); la creación o adquisición de subsidiarias o adquisición de acciones en entidades comerciales o legales por un valor mayor a cien millones de Euros (€100.000.000); los acuerdos de transacción (judiciales o no) con un valor mayor a veinticinco millones de Euros (€25.000.000); las propuestas de cambio en los estatutos de ENDESA en relación a cualquier Asunto Reservado; la aprobación del plan de financiación; los cambios en la política de dividendos; el nombramiento de auditores que no sean los cuatro principales grupos de auditores (KPMG, Deloitte; Ernst & Young, PWC); los acuerdos con partes asociadas por un valor mayor a los diez millones de Euros (€10.000.000); la aprobación de los criterios y políticas de contabilidad general; el otorgamiento de poderes que podrían permitir la toma de decisiones en relación a cualquier Asunto Reservado; y la aprobación y cambios al Código de Conducta.

41. El caso bajo consulta, y en los términos en que ha sido planteado, importa un cambio en la estructura de control de las sociedades fusionadas que pasa de ser compartido por parte de ENEL y ACCIONA, a un control exclusivo de ENDESA detentado por parte de ENEL como consecuencia de la operación que aquí es objeto de consulta, por lo que esta operación encuadra en el Artículo 6º de la Ley N° 25.156, y en consecuencia se encuentra sujeta a la obligación de notificación prevista en el artículo 8º del mismo cuerpo legal.
42. En este sentido, corresponde aclarar que la excepción del artículo 10 inc. a) de la Ley N° 25.156, ha sido incluida por el legislador en la inteligencia que una participación accionaria mayor al 50% supondría el ejercicio del control de la firma, situación que no resulta aplicable al caso, donde las consultantes ya han declarado ejercer el control conjunto sobre el objeto de la presente, en el marco de la operación aprobada mediante Resolución SCI N° 233/2008.
43. También es relevante que la operación traída en consulta no encuadra dentro de ninguna de las previsiones del artículo 10 de la Ley N° 25.156, por las que podría exceptuarse de notificar una operación de concentración económica.
44. Por lo expuesto, esta Comisión Nacional entiende que la operación que origina la presente, encuadra en el Artículo 6º de la Ley N° 25.156, y en consecuencia los presentantes deberán dar cumplimiento a lo dispuesto en la Resolución SCT N° 26/06 y a lo exigido en el Artículo 8º de la Ley 25.156.



ES COPIA FIEL
DEL ORIGINAL

Ministerio de Economía y Finanzas Públicas

Secretaría de Comercio Interior

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

1042

45. No obstante ello, esta Comisión hace saber a los presentantes que esta opinión consultiva ha sido emitida valorando como sustento fáctico la descripción realizada en los escritos obrantes en el Expediente de referencia, por lo que si los hechos relatados fueran falsos o incompletos, ello tornaría inaplicables los conceptos aquí vertidos.

V. CONCLUSION

46. En base a las consideraciones expuestas en los párrafos precedentes, esta Comisión Nacional de Defensa de la Competencia aconseja al SEÑOR SECRETARIO DE COMERCIO INTERIOR del MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS PUBLICAS disponer que la operación traída a consulta encuadra en el Artículo 6° de la Ley N° 25.156 y por lo tanto se encuentra sujeta a la obligación de notificación prevista en el Artículo 8° del mismo cuerpo legal.
47. Asimismo, hacer saber a los consultantes que la presente opinión consultiva ha sido emitida valorando como sustento fáctico la documentación e información presentada por las partes por lo que si los hechos relatados o la documentación aportada fueran falsos o incompletos, ello tornaría inaplicables los conceptos aquí vertidos.

HUMBERTO GUARDIA MENDONCA
VOCAL
COMISION NACIONAL DE DEFENSA
DE LA COMPETENCIA

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

DIEGO PABLO POVOLO
VOCAL
COMISION NACIONAL DE DEFENSA
DE LA COMPETENCIA