



Ministerio de Economía y Finanzas Públicas
Secretaría de Comercio Interior

ES COPIA
ALAN CONTRERAS SANJARELLI
Dirección de Despacho

58



BUENOS AIRES, 26 JUN 2012

VISTO el Expediente N° S01:0481401/2010 del Registro del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS, y

CONSIDERANDO:

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

Que el expediente citado en el Visto se inició en virtud de la consulta efectuada ante la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA por parte de las firmas DOWNSTREAM PARTICIPAÇÕES LTDA. y REPSOL YPF PERÚ B.V. en los términos del Artículo 8° del Anexo I del Decreto N° 89 de fecha 25 de enero de 2001 y la Resolución N° 26 de fecha 12 de julio de 2006 de la ex - SECRETARÍA DE COORDINACIÓN TÉCNICA del ex - MINISTERIO DE ECONOMÍA Y PRODUCCIÓN.

Que los consultantes informan que la operación traída a consulta consiste en la venta por parte de la firma REPSOL YPF PERÚ B.V. a la firma DOWNSTREAM PARTICIPAÇÕES LTDA. del TREINTA POR CIENTO (30 %) de las acciones de la que es titular en la firma ALBERTO PASQUALINI - REFAP S.A.

Que la operación fue instrumentada con fecha 14 de diciembre de 2010 mediante un Contrato de Compraventa de Acciones, produciéndose el cierre de dicha operación el día 17 de diciembre de 2010.



Ministerio de Economía y Finanzas Públicas
Secretaría de Comercio Interior

[Firma manuscrita]
ESCORIA
ALAN CONTRERAS SANTARELLI
Dirección de Despacho

58



Que la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA considera que el caso bajo consulta encuadra en el Artículo 6° de la Ley N° 25.156 y en consecuencia se encuentra sujeta a la obligación de notificación prevista en el Artículo 8° del mismo cuerpo legal.

Que la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ha emitido su dictamen y aconseja al señor Secretario de Comercio Interior disponer que la operación traída a consulta se encuentra sujeta a la obligación de notificar prevista en el Artículo 8° de la Ley N° 25.156, 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 suscrito comparte los términos vertidos en el Dictamen N° 931 de fecha 18 de junio de 2012 al cual cabe remitirse en honor a la brevedad, y cuya copia autenticada se incluye como Anexo que con DIECINUEVE (19) 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° 26/06 de la ex - SECRETARÍA DE COORDINACIÓN TÉCNICA.

Por ello,

EL SECRETARIO DE COMERCIO INTERIOR

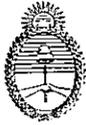
RESUELVE:

ARTÍCULO 1°.- Sujétase al control previo establecido en el Artículo 8° de la Ley N° 25.156 la operación traída a consulta por las firmas DOWNSTREAM PARTICIPAÇÕES LTDA. y REPSOL YPF PERÚ B.V.

ARTÍCULO 2°.- Hácese saber a las consultantes que la presente opinión consultiva ha sido emitida

[Firma manuscrita]

[Firma manuscrita]



Ministerio de Economía y Finanzas Públicas
Secretaría de Comercio Interior

[Firma]
ES COPIA
ALAN CONTRERAS SANTARELLI
Dirección de Despacho



valorando como sustento fáctico la descripción realizada en los escritos obrantes en el expediente de referencia, por lo que si los hechos relatados fueran falsos o incompletos, ellos tornarían inaplicables los conceptos aquí vertidos.

ARTÍCULO 3º.- Considerase parte integrante de la presente resolución, al Dictamen N° 931 de fecha 18 de junio de 2012 emitido por la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, organismo desconcentrado en la órbita de la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS, que en DIECINUEVE (19) hojas autenticadas se agrega como Anexo a la presente medida.

ARTÍCULO 4º.- Regístrese, comuníquese y archívese.

[Firma]

58

RESOLUCIÓN N°

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

ES COPIA FIEL
DEL ORIGINAL

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

Dra. MARÍA VICTORIA DÍAZ
SECRETARÍA DE LEY
COMISIÓN NACIONAL DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA



ES COPIA
ALAN CONTRERAS SANTARELLI
Dirección de Despacho

58

Expte. N° S01:0481401/2010 (OPI N° 200) FP/SA

Dictamen Opinión Consultiva N° 931

BUENOS AIRES,

18 JUN 2012

SEÑOR SECRETARIO:

Elevamos para su consideración el presente dictamen en el marco del Expediente N° S01:0481401/2010, del Registro del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS, caratulado: "DOWNSTREAM PARTICIPACOES LTDA Y REPSOL YPF PERU BV S/ CONSULTA INTERPRETACIÓN LEY 25.156 (OPI N° 200)", iniciado en virtud de la consulta efectuada por los apoderados de DOWNTREAM PARTICIPACOES LTDA. y REPSOL YPF PERU B.V. en los términos del Artículo 8° del Decreto PEN 89/01 reglamentario de la Ley N° 25.156 y Resolución SCT N° 26/06.

I. SUJETOS INTERVINIENTES Y SU ACTIVIDAD.

1. DOWNSTREAM PARTICIPAÇÕES LTDA. (en adelante "DOWNSTREAM"), es una compañía debidamente constituida y existente conforme las leyes de la República Federativa del Brasil, titular del 70% del capital social de ALBERTO PASQUALINI - REFAP S.A. (en adelante "REFAP").
2. PETROLEO BRASILEIRO S.A. (en adelante "PETROBRAS"), es una compañía debidamente constituida y existente conforme las leyes de la República Federativa del Brasil, controlante del 100% del capital social de DOWNSTREAM.
3. REPSOL YPF PERU B.V. (en adelante "REPSOL PERÚ"), es una compañía debidamente constituida y existente conforme las leyes de Holanda, titular del 30% del capital social de REFAP.

ES COPIA FIEL
DEL ORIGINAL



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

"2012 - Año de Homenaje al doctor D. MANUEL BELGRANO"

Dra. MARÍA VICTORIA DIAZ
SECRETARÍA EJECUTIVA
COMISIÓN NACIONAL DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA

COPIA
ALAN CONTRERAS SANTARELLI
Dirección de Despacho



58

- REFAP es una compañía debidamente constituida y existente conforme las leyes de la República Federativa del Brasil. Como fuera referido, sus titulares son: DOWNSTREAM (70%) y REPSOL PERÚ (30%). REFAP tiene por actividad la refinación, el procesamiento, la comercialización y la importación y exportación de petróleo, sus derivados y sus correlativos, y a la prestación de servicios relacionados con sus actividades.

II. LA OPERACIÓN SUJETA A CONSULTA.

- Los consultantes informan que la operación consultada consiste en la venta por parte de REPSOL PERÚ a DOWNSTREAM del 30% de las acciones de la que es titular en REFAP.
- La operación fue instrumentada con fecha 14 de diciembre de 2010 mediante un Contrato de Compraventa de Acciones, produciéndose el cierre de dicha operación el 17 de diciembre de 2010, conforme lo estipulado en la Cláusula 4.1. del Contrato referido.
- Las partes indican que REFAP realiza exportaciones de sus productos a la Argentina a través de una compañía controlada por PETROBRAS, resaltando que, por lo expuesto, no hay exportaciones directas de REFAP hacia nuestro país.
- Asimismo expresan que, siendo DOWNSTREAM ya titular del 70% del capital social de REFAP, mediante la adquisición del 30% del capital social de esa compañía a REPSOL PERÚ, deviene titular del 100% del capital social de REFAP.
- Según lo informado, PETROBRAS es una sociedad anónima de capital abierto, cuyo accionista mayoritario es el Gobierno de Brasil, desempeñando sus actividades en los sectores de exploración y producción, refinería, comercialización y transporte de petróleo y gas natural, petroquímica, distribución de derivados, energía eléctrica, biocombustibles y otras fuentes de energía renovables.

ES COPIA FIEL
DEL ORIGINAL



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

ES COPIA
JEAN CONTRERAS SANTARELLI
Dirección de Despacho

Dra. MARIA VICTORIA DIAZ
SECRETARÍA LEYDADA
COMISION NACIONAL DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA



58

10. Los consultantes manifiestan que la Administración Pública de la República Federativa del Brasil clasifica el control de una sociedad vinculada a la administración indirecta de la Unión, teniendo en consideración solamente la participación del 50% más una acción en el capital social. No hay previsión para la hipótesis de control conjunto. Las normas mencionan apenas el control en la titularidad de la mayoría del capital social y esta mayoría vinculada a un único socio.
11. Asimismo informan que la Ley de Responsabilidad Fiscal ("LRF") y la Ley Complementaria 101/00 definen como empresa controlada a: la "sociedad cuya mayoría de capital social con derecho a voto pertenezca, directa o indirectamente, a un ente de la Federación."
12. Por otra parte, expresan que el Decreto N° 6021/2007 considera estatales a "las empresas públicas, sociedades de economía mixta, sus subsidiarias y controladas y demás sociedades en que la Unión, directa o indirectamente, detente la mayoría del capital social con derecho a voto ...".
13. En ese sentido manifiestan su entendimiento de que las normas de la administración pública de la República Federativa del Brasil no consideran que control sobre una compañía pueda ser ejercido por quien efectivamente tiene el poder de decidir sobre las actividades de la empresa, sino que toman como base la composición del capital social de la misma.
14. Adicionalmente, refieren a que el Tribunal de Cuentas de la Unión (en adelante "TCU") tiene competencia constitucional (conf: Art. 70 y 71 de la Constitución de la República Federativa del Brasil) para ejercer la fiscalización contable, financiera, operacional y patrimonial de la Unión y de las entidades de administración directa e indirecta, relacionada con la legalidad, legitimidad y temas económicos de sus actos. Con base en esta prerrogativa, fue emitida la Decisión Normativa TCU N° 81, del 06/12/06, que en su Anexo 1 relaciona todas las unidades que están bajo su jurisdicción y que tienen el deber de presentar sus cuentas al TCU. En ese sentido, refieren a que PETROBRAS se encuentra allí indicada, incluyendo además a todas las empresas controladas ya sea en

(Handwritten signatures and marks)

ES COPIA FIEL
DEL ORIGINAL



"2012 - Año de Homenaje al doctor D. MANUEL BELGRANO"

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



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

ES COPIA
ALAN CONTERAS SANTARELLI
Dirección de Despacho

58

forma directa o indirecta, considerando a REFAP como empresa controlada por PETROBRAS y por lo tanto también sujeta a la fiscalización del TCU.

- 15. Como consecuencia de lo expuesto, y a decir de los consultantes, el control societario en entidades de PETROBRAS, según la normativa arriba descrita, en REFAP, era ya ejercido por PETROBRAS, por lo tanto la adquisición del 30% del capital social restante en REFAP en modo alguno cambiaría el control exclusivo que ya ostentaba PETROBRAS sobre la misma.
- 16. En relación al control exclusivo de DOWNSTREAM sobre REFAP, las partes informan que en el año 2000 DOWNSTREAM y REFISOL S.A. (sociedad en ese entonces accionista de REFAP, en adelante denominada "REFISOL") celebraron un Acuerdo de Accionistas por medio del cual se regulaban las relaciones de estas dos compañías como accionistas de la sociedad.
- 17. Informan que con posterioridad al Acuerdo, REFISOL fue absorbida por fusión por REPSOL BRASIL S.A., quien luego transfirió sus acciones a REPSOL PERÚ, lo que constituyó una reestructuración entre compañías del mismo grupo.
- 18. Los consultantes afirman que el Acuerdo originalmente suscripto entre DOWNSTREAM y REFISOL, se encuentra vigente y es vinculante para DOWNSTREAM y REPSOL PERÚ, actuales accionistas de REFAP, conforme se establece en la Cláusula 5.1.viii de dicho Contrato.
- 19. En virtud de lo que establece el Acuerdo, los Accionistas de REFAP circunscriben las pautas relacionadas a la administración de la compañía y las formas de voto, tanto en las asambleas de accionistas como en los órganos de administración.
- 20. Respecto a la administración de REFAP, relatan que la misma se encuentra a cargo de un Consejo de Administración y un Directorio. El primero está compuesto por siete miembros, de los cuales, conforme la Cláusula 4.2. del Acuerdo, DOWNSTREAM debe nombrar cinco miembros y REPSOL PERÚ los restantes dos. El Directorio de REFAP

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]

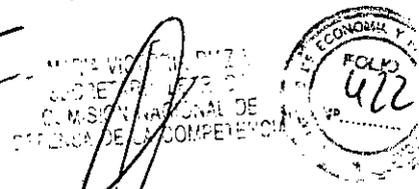
[Handwritten signature]

[Handwritten signature]



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

ES OSPA
SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR
COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
CHOCOLATE



58

se compone por 5 miembros, debiendo DOWNSTREAM nombrar cuatro y REPSOL PERÚ uno (conf. lo estipulado en la Cláusula 4.8. del Acuerdo).

21. Asimismo, y en virtud de lo dispuesto en la Cláusula 4.10 del Acuerdo, el Presidente de REFAP (miembro del Directorio) debe ser elegido por DOWNSTREAM, y los objetivos a ser procurados por el Directorio son fijados por el Consejo de Administración de REFAP (conf. lo establecido por la Cláusula 4.13 del Acuerdo).
22. Sobre este último las partes informan que las decisiones del Consejo de Administración, incluidos los objetivos fijados al Directorio son tomadas por mayoría simple, es decir, son impuestas por DOWNSTREAM (conf. la Cláusula 5 del Acuerdo).
23. Puntualmente para las asambleas de accionistas, la Cláusula 5.2 del Acuerdo establece que las decisiones se adoptarán por mayorías simples en cuestiones relacionadas con (i) la modificación del estatuto de REFAP que resulte en la subsecuente modificación del objeto social; (ii) la fusión, escisión, incorporación, transformación, liquidación o disolución de REFAP; (iii) cualquier modificación de los derechos de las acciones existentes; y (iv) los aumentos y reducciones de capital.
24. La Cláusula 5.3 del Acuerdo, dispone que para (i) la definición y/o modificación de la estructura financiera; (ii) la aprobación y/o modificación de la estructura básica de la sociedad, que comprende al Directorio y los cargos directamente subordinados al Presidente de la Compañía, así como las funciones de los cargos de dicha estructura; (iii) la aprobación y/o modificación del plan estratégico quinquenal; (iv) la aprobación de las previsiones presupuestarias anuales no incluidas en el plan estratégico quinquenal que excedan el límite acumulativo de 10% del presupuesto anual de inversiones previsto en el plan estratégico quinquenal, por cada ejercicio social; (v) la adquisición, alquiler, arrendamiento mercantil, alienación y venta de los bienes del activo fijo o constitución de gravámenes sobre los bienes del activo fijo de la compañía que excedan el límite acumulativo de R\$ 4.000.000; (vi) el nombramiento, remoción y/o sustitución de los auditores externos de la Sociedad; (vii) la constitución de consorcios y *Joint Ventures* con terceros o sociedades, así como la participación en el capital social de otras sociedades mediante la adquisición, suscripción o cualquier otra forma; (viii) la definición

ES COPIA FIEL
DEL ORIGINAL



Ministerio de Economía y Finanzas Públicas

Secretaría de Comercio Interior

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

ES COPIA

ALAN CONTRERAS SANTARELLI

Dirección de Despacho

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



58

de la política de suministro de petróleo de REFAP, preferencialmente con el petróleo de producción nacional, o, en segunda prioridad, con un país miembro del Mercosur, de forma compatible con un plano de optimización de la producción de productos refinados, en condiciones de mercado y maximizando los beneficios de REFAP; (ix) el aprovechamiento de los términos y condiciones relativos a las garantías que eventualmente sean ofrecidas para REFAP o PETROBRAS para fines de la obtención de financiamiento; y (x) los contratos celebrados entre REFAP y los accionistas o sus afiliadas que excedan el límite acumulativo de R\$ 4.000.000, por cada ejercicio social; las mayorías requeridas no serían simples sino agravadas, al requerir el voto afirmativo de cuatro de los siete miembros del Consejo de Administración, debiendo contar obligatoriamente con al menos un voto afirmativo de los representantes de REPSOL PERÚ.

25. Sin embargo, las partes advierten que la Cláusula 5.4 del Acuerdo, establece que todas las cuestiones previstas en la Cláusula 5 (incluidas las enumeradas en la Cláusula 5.3 del Acuerdo y que supondrían un control conjunto sobre REFAP) no estarían sujetas a quórum agravado.
26. Las partes aclaran que este quórum agravado tiene por objetivo proteger la inversión del socio minoritario, pero en modo alguno puede ser considerado como que le otorga a REPSOL PERÚ una influencia sustancial y/o determinante sobre REFAP.
27. En virtud de lo expuesto, los consultantes consideran que la operación no importaría un cambio de control ya que DOWNSTREAM, a través de la adquisición del 30% del capital social de REFAP, ~~continuará ejerciendo el control exclusivo que ya poseía en esta sociedad y por lo tanto la operación traída a consulta se encontraría exenta de notificación.~~

III. PROCEDIMIENTO.

28. El día 27 de diciembre de 2010 se presentaron ante esta CNDC los representantes de DOWNSTREAM Y REPSOL PERÚ a fin de requerir una opinión consultiva respecto de



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

ALAN DE HERBAS SANFANELLI
Director de Despacho

COMISIÓN NACIONAL DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA



50

- establecido en el Artículo 8° del Decreto N° 89/2001 y apartado a.4 del Anexo I de la Resolución SCT N° 26/2006.
38. Con fecha 15 de junio de 2011 las partes efectuaron una presentación en relación a las observaciones formuladas por la CNDC.
 39. Con fecha 22 de junio de 2011 la CNDC hizo saber a los consultantes que deberían presentar la información aportada en forma completa, haciendo saber que hasta tanto la misma no fuera completada satisfactoriamente no comenzaría a correr el plazo establecido en el Artículo 8° del Decreto N° 89/2001 y apartado a.4 del Anexo I de la Resolución SCT N° 27/2006.
 40. Las partes contestaron el requerimiento formulado por la CNDC el día 4 de julio de 2011.
 41. A fin de continuar con el análisis de la operación traída a consulta, el día 21 de julio de 2011 esta CNDC efectuó nuevamente observaciones a las partes, haciendo saber que hasta tanto las mismas no fueran completadas satisfactoriamente no comenzaría a correr el plazo establecido en el Artículo 8° del Decreto N° 89/2001 y apartado a.4 del Anexo I de la Resolución SCT N° 26/2006.
 42. Con fecha 16 de agosto de 2011 los consultantes efectuaron una presentación ante la CNDC en relación al requerimiento que ésta les formulara, la cual fue nuevamente observada el día 9 de septiembre de 2011 por la CNDC, haciendo saber a las partes que hasta tanto la misma no fuera completada satisfactoriamente no comenzaría a correr el plazo establecido en el Artículo 8° del Decreto N° 89/2001 y apartado a.4 del Anexo I de la Resolución SCT N° 26/2006.
 43. El día 15 de septiembre de 2011 las partes contestaron el requerimiento de la CNDC.
 44. Habiendo analizado la información aportada, con fecha 18 de octubre de 2011 esta CNDC efectuó nuevamente observaciones a las partes, haciendo saber que hasta tanto las mismas no fueran completadas satisfactoriamente no comenzaría a correr el plazo establecido en el Artículo 8° del Decreto N° 89/2001 y apartado a.4 del Anexo I de la Resolución SCT N° 26/2006.
 45. El día 21 de octubre de 2011 las partes efectuaron una presentación ante la CNDC en relación a lo ordenado.

ES COPIA FIEL
DEL ORIGINAL



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

"2012 - Año de Homenaje al doctor D. MANUEL ALGARRINO"

DR. LINDA VICTORIA DIAZ V.
SECRETARÍA GENERAL
COMISIÓN NACIONAL DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA



ES COPIA
ALAN CONTRERAS SANTARELLI
Dirección de Despacho

58

46. El día 23 de noviembre de 2011 la CNDC efectuó un nuevo requerimiento a los consultantes, haciendo saber que hasta tanto las mismas no fueran completadas satisfactoriamente no comenzaría a correr el plazo establecido en el Artículo 8° del Decreto N° 89/2001 y apartado a.4 del Anexo I de la Resolución SCT N° 26/2006.
47. Con fecha 4 de enero de 2012 las partes contestaron parcialmente la información solicitada, efectuando una nueva presentación en relación a lo ordenado el día 14 de febrero de 2012.
48. Con fecha 23 de marzo de 2012 la CNDC efectuó un nuevo requerimiento a las partes, haciendo saber que hasta tanto las mismas no fueran completadas satisfactoriamente no comenzaría a correr el plazo establecido en el Artículo 8° del Decreto N° 89/2001 y apartado a.4 del Anexo I de la Resolución SCT N° 26/2006.
49. El día 17 de abril de 2012 las partes efectuaron una presentación en relación a lo solicitado por esta CNDC, completando la información requerida el día 18 de abril de 2012.
50. Tras analizar la información brindada con fechas 8 y 9 de mayo de 2012 la CNDC efectuó nuevos requerimientos a las partes, los cuales fueron contestados satisfactoriamente el día 4 de junio de 2012, pasando las actuaciones a resolver.

IV. ANÁLISIS.

51. Habiendo reseñado los hechos descriptos por los consultantes, y luego del análisis de la documentación obrante en las presentes actuaciones, corresponde que esta Comisión Nacional emita su opinión de conformidad con lo establecido en el Artículo 8 del Decreto N° 89/2001.
52. Las partes manifiestan que previo a la operación traída a consulta, REFAP era controlada en forma exclusiva por DOWNSTREAM, por lo que la operación consultada no cambiaría la situación que vendría ostentando DOWNSTREAM en la compañía.
53. En ese sentido, es dable destacar que el Artículo 6° de la Ley N° 25.156 define a las concentraciones económicas como la toma de control de una o varias empresas, a través de la realización de una serie de actos que dicho artículo enumera. Es decir, los



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

REFAP
COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Buenos Aires, 10 de Diciembre de 2010

COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA



52

- actos objeto de notificación obligatoria siempre implican alguna forma de toma de control -sea de iure o de facto- de una, varias empresas o de sus activos.
54. En el caso bajo consulta, en los términos en que ha sido planteado, y teniendo en cuenta la documentación presentada, esta Comisión Nacional entiende que existe una toma de control en los términos de la Ley N° 25.156.
 55. La operación se realizó en el extranjero, República Federativa de Brasil, entre empresas que operan y residen en el exterior, conforme surge del Contrato de Compraventa de Acciones, cuya copia (con la pertinente traducción al idioma español) obra a fs. 38/59 de los presentes actuados.
 56. No obstante, en el Punto 2 *in fine* del escrito inicial, los consultantes manifiestan que REFAP realiza exportaciones de sus productos a la República Argentina a través de una compañía controlada por PETROBRAS. De esos dichos se desprende, por una parte, que REFAP realiza indirectamente actividades en nuestro país y, por la otra parte, que el grupo PETROBRAS, al que pertenece la adquirente, realiza actividades a modo directo, también en nuestro país.
 57. El Artículo 3° de la ley 25.156, recepta en su texto la doctrina internacionalmente denominada "doctrina de los efectos", estableciendo al respecto que: "*Quedan sometidas a la disposiciones de la ley 25.156 todas las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, con o sin fines de lucro (...) que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos puedan producir efectos en el mercado nacional.(...)*",
 58. Conforme lo antes explicitado, la operación consultada, tendría efectos en la República Argentina, y por ende las empresas involucradas en la misma quedarían *prima facie* sometidas a las disposiciones de la Ley N° 25.156.
 59. Corresponde, a continuación analizar si la cuestión *sub examine* está o no alcanzada por lo normado en el Artículo 6° de la ley 25.156.
 60. La referida operación, según dichos y acreditaciones de los consultantes, se instrumentó a través de un Contrato de Compraventa de Acciones suscripto el día 14 de diciembre de 2010 y cuyo cierre se produjo el 17 de diciembre de 2010, en virtud del cual REPSOL PERÚ vendió a DOWNSTREAM el 30% del capital social de REFAP.

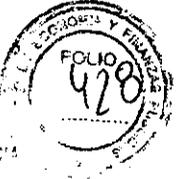
ES COPIA



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

ES COPIA
AL SEÑOR JUAN SANTARELLI
DIRECTOR DE DEPENDENCIA

DR. MARIA VICTORIA MAZ
SECRETARIA GENERAL
COMISION NACIONAL DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA



58

- 61. La operación descrita por los presentantes encuadraría *prima facie* en lo normado en el inc. c) del Artículo 6º de la ley 25.156, en tanto se trata de una toma de control conforme se analizará en ítems posteriores. El citado inciso del referido artículo en lo pertinente estatuye que, " A los efectos de esta ley se entiende por concentración económica la toma de control de una o varias empresas, a través de la realización de los siguientes actos: (...) c) La adquisición de la propiedad o cualquier derecho sobre las acciones o participaciones de capital o títulos de deuda que den cualquier tipo de derecho a ser convertidos en acciones o participaciones de capital o a tener cualquier tipo de influencia en las decisiones de la persona que los emita cuando tal adquisición otorgue al adquirente el control de, o la influencia sustancial sobre la misma (...)".
- 62. Tal como se ha expresado precedentemente, una concentración económica, desde la perspectiva del Derecho de la Competencia, no es otra cuestión que un cambio en la estructura de control de una empresa. Y el control, para el Derecho de la Competencia, significa, resumidamente, la posibilidad de ejercer una influencia sustancial o determinante sobre una o más empresas que constituyan entidades jurídicas o sobre activos o parte de esos activos, a través de derechos, contratos u otros medios, que incluyen supuestos de hecho.
- 63. Los consultantes sostienen que la operación en cuestión no implica un cambio en el control sobre REFAP, puesto que DOWNSTREAM (ya titular del 70% del capital social de esta compañía), a través de la presente adquisición del 30% del capital social de esa compañía, continuará ejerciendo el control exclusivo que ya poseía.
- 64. Argumentan para así concluir: i) que la legislación brasileña clasifica el control de una sociedad vinculada a la administración indirecta de la Unión, teniendo en cuenta exclusivamente la participación del 50% más 1 acción en el capital social; ii) que las previsiones de la Cláusula 5.3 del Acuerdo de Accionistas sobre REFAP que establece la exigencia de quórum agravado para la decisión de ciertos temas, tienen por objetivo proteger la inversión del socio minoritario, pero en modo alguno pueden ser consideradas como que le otorgan a REPSOL una influencia sustancial y/o determinante sobre REFAP, y iii) que el control exclusivo "de hecho" sobre REFAP era ejercido por DOWNSTREAM de manera exclusiva en la etapa previa a la operación consultada.

Handwritten initials/signature

Handwritten initials/signature

Handwritten initials/signature

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

15/02/14

SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR
COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA



58

65. En lo que refiere a las prescripciones de las leyes brasileñas sobre control societario, ha de entenderse, al igual que respecto a las prescripciones de toda otra ley de cualesquier país que enfoque el tema del control bajo una perspectiva diversa a la del Derecho de la Competencia, que resulta procedente *mutatis mutandi* lo transcrito por las Consultantes a fs. 7 del escrito inicial, respecto a lo dictaminado por esta Comisión Nacional en OPI N° 124 "para la determinación de la existencia de una relación de control, únicamente a los fines de esta ley, esta Comisión Nacional ha establecido, en numerosos precedentes, que no corresponde atenerse a los criterios de la ley 19.550 y sus modificatorias". Reitérase que el control, bajo la óptica de la Competencia, incluye pero no se limita a las conceptualizaciones y pautas relativas al mismo que pudieren establecerse en leyes que normativizan a las sociedades y grupos bajo otros enfoques (V.gr.: comercial, tributario, contable, etc.).
66. En el caso bajo estudio, con anterioridad a la operación consultada, DOWNSTREAM y REPSOL PERÚ, únicas accionistas de REFAP, regularon sus relaciones en esta última a través de un Acuerdo de Accionistas que en su versión traducida al español, obra glosado de fs. 61 a fs.81 del expediente de referencia.
67. El referido Acuerdo fue celebrado primeramente en el año 2000 entre DOWNSTREAM y REFISOL S.A. (en su momento accionista de REFAP), y suscripto en calidad de intervinientes por PETROBRAS. REPSOL YPF BRASIL S.A.; REPSOL YPF S.A., y REFAP, tal como surge de las constancias presentadas.
68. Posteriormente, en virtud de una serie de reestructuraciones, REPSOL PERÚ, según expresan los presentantes, resultó cesionario, y por ende titular de los derechos y obligaciones que originalmente correspondían a REFISOL en virtud de citado Acuerdo.
69. En lo que aquí interesa destacar, cabe consignar que este instrumento jurídico regula, entre otras cuestiones, y complementando los Estatutos, el nombramiento y elección de los miembros de los órganos societarios y pertinentes derechos de voto y toma de decisiones.
70. El Estatuto de REFAP, según consta a fs. 118/128, prevé la constitución y funcionamiento de un Consejo de Administración, un Directorio y una Sindicatura.
71. En relación a las previsiones del Acuerdo sobre la composición del Consejo de Administración, en la Cláusula IV Punto 4.2. se establece que estará compuesto por



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

SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR
 COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA



EC

- siete (7) miembros, correspondiendo a DOWNSTREAM nombrar y elegir cinco (5) miembros y a REFISOL (ahora REPSOL PERÚ) nombrar y elegir dos (2) miembros, mientras que el Presidente del Consejo será elegido por indicación de DOWNSTREAM.
72. En relación al Directorio, se estatuye que estará integrado por cinco (5) miembros, incluyendo al Presidente de la compañía, los cuales deberán ser elegidos por el Consejo de Administración, siendo cuatro (4) Directores nombrados por DOWNSTREAM y un (1) Director nombrado por REPSOL PERÚ.
73. El cargo de Gerente del área económico-financiera, ha de ser ocupado, según lo convenido, alternadamente cada dos (2) años, por personas a ser nombradas por cada una de las partes, correspondiendo a DOWNSTREAM el primer nombramiento.
74. Por su parte, al Consejo de Administración, conforme el Artículo 17 de Estatuto, le incumbe la orientación y dirección superior de la compañía y, entre otras cuestiones, tiene a su cargo fijar la orientación general de los negocios de la sociedad, de sus subsidiarias y controladas, definiendo sus objetivos, directrices y estrategias. Asimismo, según el Acuerdo de Accionistas, además, ha de fijar los objetivos a ser alcanzados por el Directorio.
75. El Directorio presentará para la aprobación del Consejo de Administración, entre otros temas, los planes anuales y plurianuales con los respectivos proyectos y los presupuestos de costos y de inversiones de REFAP. Esta prieta síntesis nos ilustra acerca del rol preponderante del Consejo de Administración sobre REFAP.
76. También merece especial consideración el Consejo de Administración. Efectivamente, el Artículo 18, párrafo 3 del Estatuto, establece que las reuniones del Consejo, como regla general, se constituirán válidamente con la presencia de la mayoría de sus miembros (mínimo 4).
77. Por su parte, el párrafo 5 del referido Artículo 18, dispone que las decisiones se adoptarán por el voto favorable de la mayoría de los Consejeros presentes (mínimo 3 votos favorables). En caso de empate, el Presidente del Consejo puede ejercer un voto de calidad o desempate.
78. El propio Estatuto en su Artículo 18.5, hace expresa referencia al Acuerdo de Accionistas, al exceptuar de la regla citada en el ítem precedente, aquellas materias que exijan quórum calificado conforme al "Pacto de Accionistas".

IES 0041
DE



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

SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR
COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
CALLE DEL PERU 1000
LIMA

158
FOLIO 432
ECONOMIA Y FINANZAS

suscripción o cualquier otra forma; (viii) Definición de la política de abastecimiento de petróleo de REFAP, preferentemente con el petróleo de producción nacional o, en segunda instancia, de un país miembro del Mercosur, de forma compatible con el plan de optimización de producción de la refinería, en condiciones de mercado y maximizando los beneficios de REFAP; (ix) Aprobación de los términos y condiciones relativos a las garantías que eventualmente sean ofrecidas por REFAP o por PETROBRAS a los efectos de obtener financiamientos; (x) Contratos celebrados entre REFAP y los Accionistas o sus Afiliadas que excedan el límite acumulativo de R \$4.000.000,00, por ejercicio social.

82. La Cláusula V.5.3 del Acuerdo no parece habilitar la interpretación que se trate de una enunciación ejemplificativa de temas, sino que, por su texto y las características excepcionales, se puede aseverar que es de carácter taxativo.
83. La citada Cláusula 5.3. exige para la aprobación de esas cuestiones, antes transcritas, el voto favorable de cuatro (4) miembros de este órgano societario. Si bien *prima facie* podría desprenderse que DOWNSTREAM tendría mayoría propia para estas decisiones, a continuación el texto de la cláusula establece que el voto favorable de los cuatro miembros del Consejo de Administración necesarios para la aprobación de los temas referidos, "incluye por lo menos los votos de un miembro elegido por DOWNSTREAM y de un miembro elegido por REFISOL" (actualmente REPSOL PERÚ).
84. La significativa relevancia que tienen respecto a la estrategia competitiva de REFAP, excediendo con creces la mera preservación de la inversión del accionista minoritario, cuestiones tales como: a) la definición y modificación de la estructura financiera; b) la aprobación y modificación del plan estratégico quinquenal; c) la aprobación de las previsiones presupuestarias anuales no incluidas en el plan estratégico quinquenal; d) la constitución de consorcios y joint ventures con terceros o de sociedades, así como la participación en el capital social de otras sociedades mediante la adquisición, suscripción o cualquier otra forma y e) la definición de la política de abastecimiento de petróleo de REFAP, preferentemente con el petróleo de producción nacional o, en segunda instancia, de un país miembro del Mercosur, de forma compatible con el plan de optimización de producción de la refinería, en condiciones de mercado y maximizando los beneficios de REFAP, exige de otras consideraciones y abundamientos.



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

ES COPIA
COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
OLIV 933
58

85. La precitada exigencia de voto favorable de por lo menos un miembro del Consejo de Administración nombrado y elegido por REPSOL PERÚ para la toma de decisiones en temas relevantes para el derecho de la competencia, permite avizorar la posibilidad de una situación de bloqueo en la sociedad y/o la circunstancia que ambos accionistas escojan una alternativa viable para llegar a un acuerdo al definir estos temas.
86. Las circunstancias por las cuales los accionistas pueden en conjunto definir la política comercial de una sociedad o la posibilidad, por parte de uno de ellos, de bloquear las acciones que determinan la estrategia competitiva de la misma, por rechazo de las propuestas pertinentes, es considerado, también en derecho y jurisprudencia comparados, una estructura de "control conjunto" y así ha sido receptado expresamente por la Unión Europea en su DO C-066 del 2 de marzo de 1998.
87. Asimismo, cabe destacar que la conclusión a la que arriba esta Comisión respecto a la existencia de una estructura de control conjunto en la etapa previa a la operación consultada, no es extraña a la percepción de los consultantes, conforme sus dichos obrantes a fs.3 en Punto 2 *in fine*; aunque, a criterio de ellas, este control conjunto "cesaba inmediatamente por efecto de la Cláusula 5.4 del Acuerdo de Accionistas".
88. Considerando la precitada argumentación de los presentantes, en este estadio del presente deviene necesario para esta Comisión determinar el preponderante significado de la Cláusula 5.4 del Acuerdo de Accionistas respecto a la demostrada y analizada existencia de un control conjunto sobre REFAP, por parte de DOWNSTREAM y REPSOL PERÚ, que resulta en lo pertinente a las prescripciones establecidas en el texto de la Cláusula 5.3 del Acuerdo de Accionistas.
89. La Cláusula 5.4 del Acuerdo de Accionistas establece que cualquiera de las materias previstas en esta Cláusula (en referencia integral a la Cláusula V), incluso los aumentos del capital social dentro de límite del capital autorizado previsto en el Artículo 5 del Estatuto Social, no estarán sujetas a quórum calificado si pudieren afectar al financiamiento del Proyecto, con recursos de terceros o de los socios, en la modalidad de endeudamiento y de capital propio suscripto por éstos, excepto en el caso de existir desvíos en el resultado del Proyecto o aumento de las inversiones en el Proyecto.
90. Para determinar el alcance de la Cláusula 5.4 cabe remitirse a la definición de "Proyecto" contenida en el mismo Acuerdo de Accionistas, en la que se expresa que



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

ES COPIA
AL SEÑOR JESÚS MIRELLI
DIRECTOR GENERAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR
COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA



58

Proyecto significa el proyecto de modernización de REFAP, aprobado por las Partes del Acuerdo.

91. De los considerandos de dicho Acuerdo, que en su copia traducida obran en lo pertinente a fs. 73 vta., se desprende que las partes además de regular sus relaciones como accionistas de REFAP, regulan sus derechos y obligaciones respecto a la compra venta de acciones y asumen el compromiso de desarrollar el proyecto de modernización de REFAP.
92. Sin perjuicio de no minimizar la importancia de este Proyecto de modernización de la Refinería en aspectos competitivos, esta Comisión considera que es sólo un aspecto que incide en la actividad de REFAP, y que el control conjunto sobre REFAP en la etapa previa a la operación consultada se proyecta sobre aspectos integrales y competitivamente relevantes que exceden el referido Proyecto.
93. No obstante lo expresado, esta Comisión ha requerido documentación a fin de ahondar en la realidad del funcionamiento del Consejo de Administración de REFAP. Así, ha tomado conocimiento en el marco de las presentes actuaciones del sustento fáctico en el que, por aplicación de esta Cláusula 5.4 del Acuerdo de Accionistas, DOWNSTREAM hubiere ejercido el mentado control exclusivo sobre REFAP, alegado por los consultantes.
94. Analizadas las Actas de Reuniones del Consejo de Administración, adjuntadas por las partes a requerimiento de esta Comisión y que obran de fs.189 a fs. 310 de estas actuaciones, que corresponden a reuniones realizadas entre el 29 de noviembre de 2001 y el 20 de diciembre de 2010 se ha observado que todas las decisiones han sido adoptadas por unanimidad de miembros presentes, y en aquellos supuestos en los que el *quórum* de presencia fue de cinco (5) miembros o de cuatro (4) miembros, en todos los casos uno de los miembros presentes, cuanto menos, se correspondía con un miembro del Consejo de Administración nombrado y elegido por REPSOL PERÚ, conforme lo manifestado por los consultantes.
95. Las propias partes han referido que los miembros del Consejo de Administración nominados por REPSOL PERÚ, y posteriormente elegidos, no han estado presentes en las reuniones de fechas 29/11/2001, 05/02/2002; 15/02/2002 y 20/12/2010 por tratarse, las tres primeras, de reuniones previas a la incorporación al Consejo de Administración



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

ALM...
DE...
58



de los Consejeros designados por REPSOL PERÚ, según lo expresado a fs. 316, y la última reunión consignada por ser de fecha posterior a la operación consultada y en la que fue aceptada la renuncia de los Consejeros de REPSOL PERÚ, según se informa a fs.320.

96. En mérito a las argumentaciones efectuadas y bajo un criterio de análisis de la realidad, se concluye que la Cláusula 5.4 podría contener en su texto, el denominado "control conjunto" que han ostentado de facto DOWNSTREAM y REPSOL PERÚ sobre REFAP en la etapa previa a la operación consultada.
97. Cotejando la conclusión a la que se ha arribado en el punto precedente del presente en referencia a la existencia de un control conjunto sobre REFAP en la etapa previa al Contrato de Compraventa de Acciones, con la situación a imperar en materia de control, desde la óptica del Derecho de la Competencia, en la etapa posterior a la materialización de la operación consultada, deviene palmario el entendimiento de esta Comisión que, como consecuencia del Contrato de Compraventa de Acciones de fecha 14 de diciembre de 2010, DOWNSTREAM adquiriría el control exclusivo sobre REFAP.
98. En este sentido, esta CNDC concluye que se ha producido un cambio en la estructura de control sobre REFAP pasando de ser un "control conjunto" ejercido por DOWNSTREAM y REPSOL PERÚ en la etapa previa a la operación consultada, a un "control exclusivo" por parte de DOWNSTREAM en la etapa posterior a la operación sometida a consulta.
99. Por otra parte y a mayor abundamiento, se consigna que la suma del volumen de negocios total de las empresas afectadas habilita también la competencia para el conocimiento de la cuestión por parte de esta CNDC, en los términos del Artículo 8º de la LDC.
100. Además se hace constar, a todo evento, que el hecho de que la operación de concentración tenga o no tenga entidad para afectar el interés económico general, conforme la pacífica y reiterada jurisprudencia de esta CNDC, no constituye un elemento a considerar para exceptuar la obligación de notificación ante esta CNDC, resultando relevante sólo a los efectos de la resolución del Artículo 13º de la ley 25.156.
101. Siendo así, y por las consideraciones efectuadas, esta Comisión Nacional entiende que la operación traída a consulta debe ser notificada conforme a lo establecido en el

ES COPIA FIEL
DEL ORIGINAL



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

"2012 - Año de Homenaje al Doctor D. MANUEL BELGRANO"
D. MANUEL BELGRANO
SECRETARÍA LETRADA
COMISIÓN NACIONAL DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA



ES COPIA
ALAN CONTRERAS SANTARELLI
Dirección de Despacho

58

Artículo 8 de la Ley 25.156, por cuanto se trata de una toma de control, en los términos del Artículo 6 de la Ley N° 25.156.

V. CONCLUSIÓN.

102. En base a las consideraciones expuestas en los párrafos precedentes, esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA aconseja al SEÑOR SECRETARIO DE COMERCIO INTERIOR del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS:

- a) Disponer que la operación traída a consulta se encuentra sujeta a la obligación de notificación prevista en el Artículo 8° de la Ley 25.156.
- b) 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.

N

Sr. Santiago Fernandez
Vocal
Comisión Nacional de Defensa
de la Competencia

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

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

EL SR. VICEPRESIDENTE 1° HUBERTO GUARDIA, NO SUSCRIBE EL PRESENTE POR ENCONTRARSE EN COMISION OFICIAL.