



República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
AÑO DE LA DEFENSA DE LA VIDA, LA LIBERTAD Y LA PROPIEDAD

Resolución

Número:

Referencia: EX- 2023-88071171- -APN-DR#CNDC - OPI 356

VISTO el Expediente N° EX- 2023-88071171- -APN-DR#CNDC, la Ley N° 27.442, y los Decretos Nros. 480 de fecha 23 de mayo de 2018 y su modificatorio y 50 de fecha 19 de diciembre de 2019 y sus modificatorios 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 9° de la Ley N° 27.442, 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 del MINISTERIO DE ECONOMÍA, en virtud de lo dispuesto y por la integración armónica de los Artículos 7° a 10 y 80 de la citada ley.

Que la operación que se consulta consiste en la suscripción de un acuerdo mediante el cual la firma WHIRLPOOL ARGENTINA S.R.L. adquirirá de la firma NEWSAN S.A., ciertos equipos de aire acondicionado que producirá esta última en su planta industrial, de conformidad con las especificaciones técnicas proporcionadas por la firma WHIRLPOOL ARGENTINA S.R.L. y utilizando las instrucciones, plantillas, planos, patentes, diseños industriales, moldes y requisitos de empaque provistos o indicados por la firma WHIRLPOOL ARGENTINA S.R.L. a la firma NEWSAN S.A.

Que el día 31 de julio de 2023 se presentó la firma WHIRLPOOL ARGENTINA S.R.L. y solicitó a la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA que emita una Opinión Consultiva en los términos del Artículo 10° de la Ley N° 27.442, en cuanto a si la operación descripta se encuentra sujeta a la obligación de notificar conforme lo dispuesto en el Artículo 9° de la mencionada ley.

Que las partes plantearon que el Acuerdo no implicaría una toma de control, y que no otorgaría derecho alguno a la firma WHIRLPOOL ARGENTINA S.R.L. sobre la toma de decisiones de la firma NEWSAN S.A. como empresa.

Que las partes expusieron que ambas conservan total autonomía para continuar con sus negocios en la forma y con la habitualidad que lo han venido haciendo, ya que el acuerdo no establece ningún tipo de exclusividad ni limitación a la producción de la firma NEWSAN S.A., tampoco compromete la productividad de la planta.

Que las partes agregaron que, como consecuencia del Acuerdo, no existirá relación de sociedad, asociación, joint venture ni ningún otro medio de decisión sobre la otra, manteniendo sus negocios en funcionamiento individual e independiente de la otra, con sus estrategias de negocios, sistemas de control y ventas.

Que a fin de evaluar si la operación se encuentra sujeta a la obligación de notificar, es conveniente recordar lo dispuesto en el fragmento pertinente del Artículo 9° de la Ley N° 27.442, donde se establece que: “Los actos indicados en el Artículo 7° de la presente ley, cuando la suma del volumen de negocio total del conjunto de empresas afectadas supere en el país la suma equivalente a cien millones (100.000.000) de unidades móviles, deberán ser notificados para su examen previamente a la fecha del perfeccionamiento del acto o de la materialización de la toma de control, el que acaeciere primero, ante la Autoridad Nacional de la Competencia.”

Que, asimismo, de lo expuesto se desprende que para que una transacción deba ser notificada ante la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, deben cumplirse tres requisitos: (i) que la operación encuadre en la definición del Artículo 7° de la misma ley; (ii) el volumen de negocios de las empresas afectadas debe superar en el país el monto indicado y (iii) la operación no debe encuadrar en algunos de los supuestos exceptuados de la obligación de notificar.

Que, en el caso en análisis, las partes plantean que no se cumpliría el requisito (i), es decir, que no habría una toma de control conforme lo dispuesto en el Artículo 7° de la Ley N° 27.442.

Que, de verificarse este extremo, resulta irrelevante el análisis sobre los restantes requisitos.

Que en ese sentido, corresponde mencionar que el Artículo 7° de la Ley N° 27.442 establece que se entiende por concentración económica a la toma de control de una o varias empresas a través de la realización de los siguientes actos: a) la fusión entre empresas; b) la transferencia de fondos de comercio; c) la adquisición de acciones o participaciones de capital o títulos de deuda, d) cualquier acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de una empresa o le otorgue influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de una empresa; e) cualquiera de los actos del inciso c) que implique la adquisición de influencia sustancial en la estrategia competitiva de una empresa.

Que, en consecuencia, del acuerdo sometido a consulta, se puede concluir que no se trata de una fusión de empresas, ni de una transferencia de fondo de comercio, ni de adquisición de acciones, con lo cual cabe analizar si la operación analizada podría encuadrar en el inciso d) del artículo reseñado y si, producto de la operación, podría existir la adquisición de influencia sustancial conforme lo previsto en el inciso e).

Que, según lo analizado, no se advierte que haya una transferencia de activos, sino que se trata de un contrato de fação, al cual no podría atribuirse un volumen de negocios independiente, con clientela y valor propios.

Que, asimismo, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia ha resuelto anteriormente, en la Opinión Consultiva N° 904 de fecha 15 de septiembre de 2014, que la celebración de un contrato de fação sin régimen de exclusividad y sin opción de compra de las instalaciones, no transfiere un activo que constituya una toma de control de la empresa.

Que, de lo expuesto, considerando todas las circunstancias señaladas, puede concluirse que se trata de una simple

relación contractual de suministro que no involucraría una concentración económica en los términos del Artículo 7° de la Ley N° 27.442.

Que, en consecuencia, la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA emitió el Dictamen de fecha 30 de noviembre de 2023, Correspondiente a la “OPI. 356” en el cual aconsejó al señor Secretario de Comercio: disponer que la operación traída a consulta no se encuentra sujeta a la obligación de notificación establecida en el Artículo 9° de la Ley N° 27.442, por no encuadrar en lo dispuesto en el Artículo 7° de la norma indicada y hacer saber a los 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, ello tornaría inaplicables los conceptos allí vertidos.

Que el suscripto comparte los términos del mencionado dictamen, al cual cabe remitirse en honor a la brevedad, considerándolo parte integrante de la presente resolución.

Que ha tomado intervención el servicio jurídico competente.

Que la presente medida se dicta en virtud de lo establecido en la Ley N° 27.442, en el Decreto N° 480 de fecha 23 de mayo de 2018 y en el Decreto N° 50 de fecha 19 de diciembre de 2019 y sus modificatorios.

Por ello,

EL SECRETARIO DE COMERCIO

RESUELVE:

ARTÍCULO 1°.- Hágase saber que la operación traída a consulta no se encuentra sujeta a la obligación de notificación establecida en el Artículo 9° de la Ley N° 27.442, en razón de lo dispuesto en los considerandos de la presente medida.

ARTÍCULO 2°.- Hágase saber 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, ello tornaría inaplicables los conceptos aquí vertidos.

ARTÍCULO 3°.- Considérese al Dictamen de fecha 30 de noviembre de 2023, correspondientes a la “OPI. 356” emitido por la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, organismo desconcentrado en la órbita de la SECRETARÍA DE COMERCIO del MINISTERIO DE ECONOMÍA, que identificado como Anexo IF-2023-142989935-APN-CNDC#MEC forma parte integrante de la presente medida.

ARTÍCULO 4°.- Notifíquese a las partes interesadas.

ARTÍCULO 5°.- Comuníquese y archívese.

Digitally signed by LAVIGNE Pablo Agustin
Date: 2024.01.31 12:41:13 ART
Location: Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Digitally signed by GESTION DOCUMENTAL
ELECTRONICA - GDE
Date: 2024.01.31 12:41:37 -03:00



República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
1983/2023 - 40 AÑOS DE DEMOCRACIA

Dictamen firma conjunta

Número:

Referencia: OPI 356 - Dictamen - No Sujeta a Notificación Art.9 Ley 27.442.

AL SEÑOR SECRETARIO DE COMERCIO

Elevamos para su consideración el presente dictamen referido a las actuaciones que tramitan por Expediente EX- 2023-88071171- -APN-DR#CNDC caratulado: **“WHIRLPOOL ARGENTINA S.R.L. (productos NEWSAN S.A.) S/ OPINIÓN CONSULTIVA ART. 10° DE LA LEY 27.442 (OPI 356)”** e iniciadas en virtud de la consulta promovida en los términos del artículo 10° de la Ley N.° 27.442.

I. LA OPERACIÓN SUJETA A CONSULTA

1. La operación que se consulta consiste en la suscripción de un acuerdo mediante el cual WHIRLPOOL ARGENTINA S.R.L. (en adelante, “WHL”) adquirirá de NEWSAN S.A., (en adelante, “NS”) ciertos equipos de aire acondicionado (en adelante los “PRODUCTOS”) que producirá esta última en su planta industrial, de conformidad con las especificaciones técnicas proporcionadas por WHL y utilizando las instrucciones, plantillas, planos, patentes, diseños industriales, moldes y requisitos de empaque provistos o indicados por WHL a NS.
2. En contraprestación por la fabricación de los PRODUCTOS, se estipuló un precio determinado en función de determinadas variables que conforman los costos de producción, y que podrán ser revisados por las partes periódicamente.
3. La duración del acuerdo se estipuló en un plazo de 48 meses, pudiendo cualquiera de las Partes rescindir sin causa, previa notificación con una antelación mínima de 180 días de anticipación. También, el contrato, podrá ser rescindido por incumplimiento de una parte, previa intimación fehaciente por el plazo de 45 días corridos para que el incumplimiento sea

subsanado.

4. WHL conservará el derecho de propiedad y uso exclusivo de sus marcas, patentes y diseños industriales, mientras NS conservará la titularidad, uso y libre disposición de su planta industrial para continuar elaborando productos propios o de terceros.

5. Finalizado el acuerdo, NS deberá cesar en el uso de las marcas propiedad de WHL y devolver o destruir, según instrucciones de WHL, todos los materiales que contengan sus marcas, comprometiéndose NS a no utilizar ninguna de las marcas en cuestión y a no vender ni disponer de los productos producidos en virtud del Acuerdo.

6. La operación traída a consulta se instrumentó mediante una oferta realizada por NS a WHL, que fue aceptada por WHL el día 28 de julio de 2023, la que fue objeto de una adenda, cuya aceptación WHL realizó el día 31 de julio de 2023.

II. SUJETOS INTERVINIENTES Y SU ACTIVIDAD

7. WHIRLPOOL ARGENTINA S.R.L., es una sociedad constituida bajo las leyes de la República Argentina, que comercializa grandes electrodomésticos¹ y que cuenta con una planta industrial ubicada en la localidad de La Tablada, Provincia de Buenos Aires y una planta industrial en Pilar, Provincia de Buenos Aires.

8. NEWSAN S.A., es una empresa dedicada fundamentalmente a la fabricación, comercialización y distribución de pequeños y grandes electrodomésticos. NS comercializa los electrodomésticos que produce bajo las marcas NOBLEX, ATMA, PHILCO, SANSEI y SIAM. A su vez, cuenta con licencias de las marcas SANYO, JVC, MOTOROLA, LG y SHARP. Posee cinco plantas industriales y dos centros logísticos en el país².

III. PROCEDIMIENTO

9. El día 31 de julio de 2023 se presentó WHL y solicitó a esta CNDC que emita una Opinión Consultiva en los términos del artículo 10° de la Ley N.º 27.442 en cuanto a si la operación descrita se encuentra sujeta a la obligación de notificar conforme lo dispuesto en el artículo 9° de la mencionada ley.

10. El día 15 de agosto de 2023, esta Comisión Nacional efectuó un requerimiento a los consultantes comunicándoles que el plazo establecido en el artículo 8 del Anexo del Decreto N.º 89/2001 y apartado a.4. del Anexo I de la Resolución SCT N.º 26/2006 no comenzará a correr hasta tanto no se dé cumplimiento a lo solicitado.

11. Finalmente, con fecha 17 de noviembre de 2023, se completó toda la información solicitada.

IV. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN PLANTEADA

IV.1. Planteo de las partes

12. Las Partes plantean que el Acuerdo no implica una toma de control, y que no otorgaría derecho alguno a WHL sobre la toma de decisiones de NS como empresa.

13. Argumentan que el porcentaje de la planta de producción que NS destinará a la fabricación de los productos de WHL jamás podría considerarse un activo, por cuanto su porción es tan poco significativa que no podría atribuirse a la misma un volumen de negocios independiente, con clientela y valor propio originado en la posibilidad de generar asuntos de naturaleza económica. Agrega que el éxito de los productos que comercializa WHL radica en el diseño y características de sus productos, pero sobre todo en la marca.

14. Asimismo, refiere que WHL conserva el derecho de propiedad y uso exclusivo de sus marcas, patentes y diseños industriales y NS conserva la titularidad y libre disposición de su planta de producción para continuar produciendo productos propios o de terceros.

15. Refiere que aún si se considerara un activo, para que exista un cambio de control, éste debería ser efectivo y duradero, circunstancias que no se cumplirían. Además, manifiesta que el acuerdo no es perpetuo ni se acordaron condiciones de cumplimiento incierto, sino por el contrario, cualquier parte podría tener por resuelta la relación contractual mediando seis meses de notificación.

16. Exponen que ambas partes conservan total autonomía para continuar con sus negocios en la forma y con la habitualidad que lo han venido haciendo, ya que el acuerdo no establece ningún tipo de exclusividad ni limitación a la producción de NS, tampoco compromete la productividad de la planta.

17. Afirma que tampoco se acordaron cláusulas de restricciones accesorias (por ejemplo: no competencia, no captación de empleados, clientes y/o proveedores o cláusula de confidencial que pudiera entenderse como anticompetitiva).

18. Por otra parte, menciona que no existirá intercambio de información sensible desde el punto de vista comercial que permita a cualquiera de las partes conocer estrategias comerciales futuras, precios de venta, planes de negocios o cualquier otra información de la otra, que permita establecer algún tipo de actividad en forma coordinada.

19. Agrega que, como consecuencia del Acuerdo, no existirá relación de sociedad, asociación, joint venture ni ningún otro medio de decisión sobre la otra, manteniendo sus negocios en funcionamiento individual e independiente de la otra, con sus estrategias de negocios, sistemas

de control y ventas.

20. Se informa también que no existe otorgamiento de un derecho o facultad de adquirir los negocios de la otra parte, opción de compra de sus activos, ni un aumento unilateral de las cantidades de producción comprometida que pudiera resultar eventualmente en un futuro cambio de control.

IV.2. Análisis

21. Preliminarmente, resulta necesario aclarar que esta opinión consultiva reconoce como sustento fáctico estrictamente las circunstancias relatadas en las sucesivas presentaciones. En consecuencia, cualquier omisión o desarrollo que no se ajuste a la presentación y que pudiere implicar una modificación de las condiciones descriptas que se valoran determina la inaplicabilidad de la presente al caso en estudio.

22. A fin de evaluar si la operación en consulta se encuentra sujeta a la obligación de notificar, es conveniente recordar lo dispuesto en el fragmento pertinente del artículo 9° de la Ley N.° 27.442, donde se establece que: “Los actos indicados en el artículo 7° de la presente ley, cuando la suma del volumen de negocio total del conjunto de empresas afectadas supere en el país la suma equivalente a cien millones (100.000.000) de unidades móviles, deberán ser notificados para su examen previamente a la fecha del perfeccionamiento del acto o de la materialización de la toma de control, el que acaeciere primero, ante la Autoridad Nacional de la Competencia.”

23. A su vez, en el artículo 11° de la mencionada ley se enumeran los casos en los que, si bien estarían sujetos a la obligación de notificar porque se cumplen los requisitos expuestos en el párrafo precedente, por diversas razones se encuentran exceptuados de tal obligación.

24. De lo expuesto se desprende que para que una transacción deba ser notificada ante la CNDC, deben cumplirse tres requisitos: (i) que la operación encuadre en la definición del artículo 7° de la misma ley; (ii) el volumen de negocios de las empresas afectadas debe superar en el país el monto indicado y (iii) la operación no debe encuadrar en algunos de los supuestos exceptuados de la obligación de notificar.

25. En el caso en análisis, las partes plantean que no se cumpliría el requisito (i), es decir, que no habría una toma de control conforme lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley N.° 27.442. De verificarse este extremo, resulta irrelevante el análisis sobre los restantes requisitos.

26. En ese sentido, corresponde mencionar que el artículo 7° de la Ley N.° 27.442 establece que se entiende por concentración económica a la toma de control de una o varias empresas a través de la realización de los siguientes actos: a) la fusión entre empresas; b) la transferencia

de fondos de comercio; c) la adquisición de acciones o participaciones de capital o títulos de deuda, d) cualquier acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de una empresa o le otorgue influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de una empresa; e) cualquiera de los actos del inciso c) que implique la adquisición de influencia sustancial en la estrategia competitiva de una empresa.

27. De la lectura del acuerdo sometido a consulta, se puede concluir que no se trata de una fusión de empresas, ni de una transferencia de fondo de comercio, ni de adquisición de acciones, con lo cual cabe analizar si la operación analizada podría encuadrar en el inciso d) del artículo reseñado y si, producto de la operación, podría existir la adquisición de influencia sustancial conforme lo previsto en el inciso e).

28. En cuanto al inciso d) que refiere a la transferencia de activos, esta Comisión Nacional de Defensa de la Competencia tiene dicho que debe entenderse por activos a todos aquellos que posibiliten el desarrollo de una o varias actividades, a las que se puedan atribuir un volumen de negocios independiente, con clientela y valor propios originado en la posibilidad de generar asuntos de naturaleza económica.

29. A su vez, también ha expresado que, a fin de establecer la existencia de una toma de control se debe atender al "principio de realidad económica", por lo que la celebración de determinados contratos, como así también el plazo de vigencia de los mismos, requiere de un análisis caso por caso³.

30. En el caso analizado, no se vislumbra que haya una transferencia de activos en los términos descriptos, sino que se trata de un contrato de fação, al cual no podría atribuirse un volumen de negocios independiente, con clientela y valor propios.

31. En efecto, no se transfiere una planta de producción, sino que WHL adquiere productos fabricados por NS en su planta, que, en consecuencia, compromete parte de su capacidad productiva en favor de WHL. Sin embargo, no se acordó la exclusividad, con lo cual NS puede fabricar equipos para sí o para terceros; el acuerdo tiene un plazo limitado, no se prevé opción de compra de una planta de producción, ni se advierte la presencia de estipulaciones por fuera de las habituales para un contrato de suministro.

32. Como se mencionó anteriormente, el acuerdo se celebra por un tiempo determinado, pudiendo cualquiera de las Partes rescindir con y sin causa dicho acuerdo, circunstancia que refuerza la independencia de las empresas en el mercado.

33. Al respecto, esta Comisión Nacional ha resuelto anteriormente, en la Opinión Consultiva

N.º 904 de fecha 15 de septiembre de 2014⁴, que la celebración de un contrato de fação sin régimen de exclusividad y sin opción de compra de las instalaciones, no transfiere un activo que constituya una toma de control de la empresa.

34. Por otra parte, no se advierte que, producto de la operación, WHL adquiera alguna influencia o injerencia en la toma de decisiones de NS, sino que ambas empresas continúan funcionando de forma separada e independiente, con lo cual puede descartarse también que la operación encuadre en el inciso e) del artículo 7º de la Ley N.º 27.442.

35. En virtud de lo expuesto, considerando todas las circunstancias señaladas, puede concluirse que se trata de una simple relación contractual de suministro que no involucraría una concentración económica en los términos del artículo 7º de la Ley N.º 27.442.

36. Por ello, esta Comisión Nacional entiende que la operación que origina la presente consulta, consistente en la suscripción de un acuerdo de adquisición por parte de WHL de equipos de aire acondicionado fabricados por NS por el plazo de 48 (cuarenta y ocho) meses no se encuentra alcanzada por la obligación de notificación prevista en el artículo 9º de la Ley N.º 27.442.

V. CONCLUSIÓN

37. En base a las consideraciones expuestas en los párrafos que anteceden, esta Comisión Nacional de Defensa de la Competencia aconseja al SEÑOR SECRETARIO DE COMERCIO disponer que la operación traída a consulta no se encuentra sujeta a la obligación de notificación establecida en el artículo 9º de la Ley N.º 27.442. Asimismo, hacer saber a los 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, ello tornaría inaplicables los conceptos aquí vertidos.

[1] Entre sus líneas de productos se encuentran aires acondicionados, aspiradoras, heladeras, congeladores, cocinas, microondas, anafes, hornos, campanas, lavarropas, secarropas y lavavajillas. Dichos productos se comercializan bajo las marcas “Whirlpool”, “Eslabón de lujo”, “Ariston” e “Indesit”.

[2] En la provincia de Tierra del Fuego centraliza la mayor parte de sus operaciones, con cinco plantas productivas y un centro logístico ocupando una superficie aproximada de 70.000 m2.

[3] Opinión Consultiva Nº 177 (Caratulada: “YPF S.A. Y PARAFINA DEL PLATA S.A.C.I. S/ CONSULTA INTERPRETACIÓN LEY 25.156 (OPI Nº 177)”).

[4] CNDC Opinión Consultiva No. 904 de fecha 15 de septiembre de 2011. Expediente Nº S01:0390011/2010 caratulado: “YPF S.A. Y ESSO PETROLERA ARGENTINA S.R.L. S/ CONSULTA

INTERPRETACIÓN LEY 25.156 (OPI N° 196)”.

Digitally signed by GESTION DOCUMENTAL ELECTRONICA - GDE
Date: 2023.11.29 17:15:21 -03:00

Digitally signed by GESTION DOCUMENTAL ELECTRONICA - GDE
Date: 2023.11.30 10:28:24 -03:00

Digitally signed by Pablo Lepere
Date: 2023.11.30 14:15:58 ART
Location: Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Digitally signed by GESTION DOCUMENTAL ELECTRONICA - GDE
Date: 2023.11.30 16:09:34 -03:00

Digitally signed by GESTION DOCUMENTAL
ELECTRONICA - GDE
Date: 2023.11.30 16:09:35 -03:00