Ministerio de Economía
Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

OPINION CONSULTIVA 63

BUENOS AIRES, 28 AGO 2000

Se presenta ante esta Comisión el Dr. Guillermo Cabanellas para formular una consulta en relación a la aplicabilidad de la exención de notificar prevista en el artículo 10 inciso a) de la Ley N° 25.156 a una operación de aumento de capital.

Manifiesta el presentante que GE Capital Global Sattelites Inc. (en adelante, "GECGS") ya posee el 51,75 % del capital social de Nahuelsat a partir de una operación de compraventa accionaria que ha sido aprobada por el Secretario de Defensa de la Competencia y del Consumidor el 4 de Julio de 2000 (expte. 064-004101/2000).

Expresa el presentante que GECGS se propone realizar un aporte de capital en Nahuelsat S.A. De esta manera, Nahuelsat aumentará su capital y, en caso que los actuales accionistas de Nahuelsat S.A. decidieran no ejercer el derecho de preferencia que poseen sobre la eventual capitalización, GECGS suscribirá el total de dicha emisión. De ser éste el caso, GECGS pasaría a contar con aproximadamente el 87 % del capital social de Nahuelsat S.A.

Entiende entonces el presentante que, a pesar que la composición del directorio de Nahuelsat cambiará como resultado de la operación descripta, la misma no está sujeta a la obligación de notificación prevista en el artículo 8° de la Ley N° 25.156 por cuanto encuadra en la exención prevista en el artículo 10 inciso a) de la misma ley.

Esta Comisión entiende que el criterio del presentante es correcto, puesto que al poseer ya GECGS más del 51 % del capital social de Nahuelsat, la operación encuadra en el artículo 10 inciso a), inciso que declara exenta de notificación a las "*adquisiciones de empresas de las cuales el comprador ya poseía más del cincuenta por ciento (50 %) de las acciones*".

Por ello, y a pesar que en ciertos casos puede operar un cambio en la naturaleza del control, al pasar de ser éste un control ejercido en conjunto por dos o más personas a ser un control ejercido en forma exclusiva por sólo una persona, en todos los casos en los que el comprador posea más del 50% de las acciones, la adquisición estará exenta de la obligación de notificar, prevista en el artículo 8° de la Ley N° 25.156, por aplicación del artículo 10 inciso a).

Por último se hace saber que la presente Opinión Consultiva ha sido emitida valorando como sustento fáctico el descripto por el presentante, de modo que cualquier

omisión o modificación en las circunstancias relatadas torna inaplicables los conceptos aquí vertidos.

Lic. KARINA PRIETO
VOCAL

Dr. DIEGO PETRECCOLLA
Secretario Nacional de Defensa de la Competencia
PRESIDENTE

Dra. MARIA VIRGINIA QUEVEDO
VOCAL

Se deja constancia que la presente es la opinión mayoritaria de los miembros de esta Comisión Nacional de Defensa de la Competencia; El Dr. Eduardo Montamat y el Lic Maurício Butera dejan sentada su opinión en disidencia por separado.

Buenos Aires, 28 de agosto de 2 000

Dr. Alejandro J. Angeli
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia
Secretario

Ministerio de Economía
Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

OPINION CONSULTIVA Nº: 63

BUENOS AIRES,

Se emite la presente opinión respecto de la consulta efectuada a esta Comisión Nacional de Defensa de la Competencia por el Dr. Guillermo Cabanellas en su carácter de apoderado de GE CAPITAL GLOBAL SATTELITES (GECGS), solicitando se expida respecto de la obligatoriedad de notificar la operación de concentración económica que a continuación se describe:-

Expresa el presentante que, según consta en el Expediente 064-004102/2000, GECGS, tramitó ante este organismo la autorización para la adquisición de 23.000 acciones de la Clase B de la firma Nahuelsat S.A., por medio de la cual pasó a poseer el 51,75 % del capital social. La operación de concentración económica mencionada fue aprobada por el Secretario de Defensa de la Competencia y del Consumidor, mediante Resolución del 4 de julio de 2.000, que recepta el temperamento aconsejado por esta Comisión en el Dictamen correspondiente.-

Manifiesta que GECGS se propone capitalizar a Nahuelsat S.A. en la suma de $ 265.000.000 con lo cual, de no ejercer los actuales accionistas el derecho de preferencia que poseen sobre la capitalización propuesta, GECGS pasaría a contar con aproximadamente el 87 % del capital de Nahuelsat S.A. quedando facultada, en consecuencia, para designar a diez (10) de los doce (12) miembros del Directorio de la mencionada empresa.-

Concluye que la operación se encontraría alcanzada por la exención establecida en el artículo 10º inciso a) de la LDC en virtud de que GECGS ya "posee más del cincuenta por ciento (50%) del capital social de la firma....".-

En las actuaciones que tramitaron por ante esta Comisión Nacional en la que se aprobó la adquisición por parte de GECGS, de 23.000 acciones de la Clase B, representativas del 23 % del capital social de Nahuelsat S.A, pasó a ser propietaria del 51,75 % del paquete accionario de la misma. Como bien se señaló en el Dictamen respectivo dicho acto implicó "... la **toma de control compartido** de esta última (por GECGS), habida cuenta que se constituye como accionista mayoritario"...otorgándole al adquirente "...**influencia sustancial** en los términos del artículo 6°, inciso c) de la Ley N° 25.156...", en virtud de la cantidad de Directores que designaría GECGS, alcanzando el número de cinco, sobre un total de doce, de acuerdo con lo manifestado por el propio presentante y debido, fundamentalmente, a la estratificación de las acciones representativas del capital social en clases.

Tal afirmación se ha visto corroborada por la información obrante en la Carpeta de Concentración N° 158, de la cual surge que tanto DaimlerChrysler Aerospace (DASA) como Alenia Spazio Societa per Azioni (ALENIA) comparten el control de Nahuelsat S.A., lo cual resulta de: a) Un convenio de accionistas de Nahuelsat firmado el 31/05/95, b) Un convenio de Sindicación de Acciones de Nahuelsat S.A firmado en entre DASA y ALENIA del 23/12/93, y c) poseer DASA y ALENIA el carácter de miembros fundadores. Tal posición de control se evidencia en la influencia dominante que tienen tales empresas en la adopción de decisiones de administración ordinaria en Nahuelsat. S.A.-

Una vez realizado el aporte de capital mencionado, DASA y ALENIA perderán toda injerencia en la toma de decisiones de la empresa, erigiéndose GECGS en su único controlante, situación que representa un cambio sustancial en el control de la misma.-

Conforme a lo explicitado, tratándose la presente de una operación de concentración económica que implica un cambio de la naturaleza del control que posee GECGS sobre Nahuelsat S.A., en la actualidad compartido, transmutando luego de la capitalización interesada en absoluto -

Procede, en primer término, hacer referencia al Capítulo III de la Ley Nº 25.156 que estatuye el régimen de control de fusiones y adquisiciones al cual se deben someter aquellas operaciones que constituyan actos de "concentración económica" que tengan efectos sobre el territorio nacional. Entiende el legislador por "concentración económica" la toma de control de una o varias empresas a través de los diversos actos enumerados en la misma.-

De tal modo, los actos allí referidos que no impliquen toma de control de una o varias empresas, en sentido lato, se encuentran exceptuados del trámite de notificación obligatoria. Precisamente, esta contraregla es recogida por el artículo 10º de la LDC al establecer en que situaciones se encuentran eximidas de la obligatoriedad de notificar.-

Ahora bien, cuando en su inciso a) se exime a "las adquisiciones de empresas de las cuales el comprador ya poseía el cincuenta por ciento de las acciones", la misma no debe interpretarse de manera exegética sino de acuerdo al marco conceptual consagrado en la normativa de Defensa de la Competencia encierra y profundizar respecto de los motivos que inspiraron la incorporación del control previo de las concentraciones económicas; tópico que, como es sabido, ha representado uno de los puntos salientes que diferencian la actual legislación con la anterior Ley 22.262.

En ese sentido, tal mecanismo de aprobación previa de las concentraciones económicas ha intentado ser un instrumento de prevención de disminución del grado competencia en los mercados, tendientes a evitar que se

consoliden estructuras de mercados propicias para la realización de determinadas conductas disvaliosas establecidas en la ley.

Por ello, deviene procedente que el análisis del cuerpo normativo no se circunscriba a la aplicación exegética de la misma sino a tratar se que la misma se convierta en un instrumento legal capaz y eficaz para analizar la realidad fáctica de este que con el mismo se pretende reglar.

Así, una interpretación congruente de la excepción invocada respecto a la totalidad del plexo normativo de la Ley Nº 25.156, conlleva a concluir que la misma no alude tan sólo a la participación mayoritaria del adquirente, sino que el mismo debe estudiarse a la luz del concepto de toma de control previa a la adquisición. Es decir que para la procedencia de la excepción, no alcanza con que el comprador sea el accionista mayoritario de la sociedad, sino que además tal circunstancia debe ir acompañada por el completo control de la misma.-

Consagrar otro tipo de solución no sólo sería contradictorio con todo el plexo normativo del capítulo sino que llevaría a soluciones de graves consecuencias. Así, podrían quedar exentas de notificar operaciones que al legislador le interesa analizar como por ejemplo la situación de una empresa en que se tenga más del cincuenta por ciento pero no tenga en absoluto el control tanto de los directores como de la asamblea y pase, luego de la adquisición a tenerlo.-

Por todo lo expuesto, el Lic. Mauricio Butera y el Dr. Eduardo R. Montamat, consideramos que tómase inaplicable la exención pretendida y, en consecuencia, obligatoria la notificación de la operación traída a consulta.-

EDUARDO MONTAMAT
VOCAL

Lic. MAURICIO BUTERA
VOCAL