



COMISIÓN NACIONAL
DE DEFENSA DE LA
COMPETENCIA

PROYECTO DE GUÍA PARA
LA NOTIFICACIÓN DE OPERACIONES
DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA

Versión preliminar

Febrero 2019

Contenido

I.	Introducción	3
II.	El principio de realidad económica	3
III.	El concepto de concentración económica	4
IV.	El concepto de control	5
V.	Actos objeto de notificación obligatoria	6
V.1.	Art. 7 a): Fusión entre empresas.....	7
V.2.	Art. 7 b): Fondos de comercio.....	7
V.3.	Art. 7 c) y 7 e): Adquisiciones.....	8
V.4.	Art. 7 d): Otros acuerdos o actos	9
V.4.1.	Transferencia de activos	9
V.4.2.	Creación de empresas en participación con plenas funciones (<i>joint ventures</i>).....	10
VI.	Los umbrales monetarios.....	12
VI.1.	Volumen de negocios.....	12
VI.2.	Empresas afectadas	13
VI.3.	El monto de la operación y el valor de los activos.....	14
VII.	Las excepciones a la notificación	14
VII.1.	Art. 11 a): Adquisiciones en las que el comprador ya poseía más del 50% de las acciones	15
VII.2.	Art. 11 b): Adquisiciones de bonos, debentures, acciones sin derecho a voto o títulos de deuda.....	15
VII.3.	Art. 11 c): Adquisiciones de una única empresa en la Argentina por una única empresa extranjera	15
VII.4.	Art. 11 d): Adquisiciones de empresas inactivas	17
VIII.	Empresas de propiedad estatal.....	18

I. Introducción

Esta guía tiene por objetivo contribuir a aclarar qué tipo de operaciones entre agentes económicos constituyen concentraciones económicas que resultan notificables en la Argentina según la Ley N° 27.442 de Defensa de la Competencia (LDC). La LDC ordena notificar todas aquellas operaciones que cumplan con una serie de requisitos, tanto cualitativos como cuantitativos, y también establece un procedimiento llamado “Opinión Consultiva” (Artículo 10), para despejar dudas acerca del cumplimiento de dichos requisitos.

La presente guía se basa en los antecedentes de Opiniones Consultivas emitidas, y en la experiencia de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) en el análisis de casos de concentraciones económicas. Esta guía no constituye un documento vinculante, sino que provee lineamientos para que el administrado pueda tener en cuenta en la toma de decisiones y para brindar mayor transparencia y certidumbre a los procedimientos. Nótese en cambio, que la aplicación vinculante de la normativa requiere un análisis caso por caso.

II. El principio de realidad económica

Conforme al artículo 4 de la LDC, el régimen de defensa de la competencia tiene como regla general de interpretación el principio de realidad económica:

ARTICULO 4º — [...] A los efectos de esta ley, para determinar la verdadera naturaleza de los actos o conductas y acuerdos, se atenderá a las situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o establezcan.

Este principio establece la facultad de la Autoridad de Aplicación de la LDC de determinar la situación fáctica objeto de análisis y si su realidad genera o no efectos económicos en el país, independientemente de la forma en la que la operación haya sido estructurada y más allá de las estructuras societarias o jurídicas presentadas por las partes.

De acuerdo a lo previsto en el Artículo N°4 de la LDC, quedan sometidas a las disposiciones de dicha Ley “(...) todas las personas humanas o jurídicas de carácter público o privado, con o sin fines de lucro que realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio

nacional, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos puedan producir efectos en el mercado nacional.” En consecuencia, se encuentran exentas de notificación aquellas operaciones que no generen efectos en el territorio nacional.

Este caso se configura, por ejemplo, cuando una empresa argentina adquiere una firma extranjera que realiza importaciones no sustantivas a la República Argentina. En este sentido, para considerar que las importaciones son sustantivas, se debe tener en cuenta la sustancialidad, habitualidad y previsibilidad de las importaciones en cuestión. Cuando las ventas locales de la empresa involucrada resulten poco significativas, no se considerará que la operación genere efectos en el territorio nacional.

Una herramienta que puede utilizarse para medir la importancia relativa de las importaciones es el monto de las mismas y su peso relativo dentro de la posición arancelaria que pertenezca. Cabe tener presente que la posición arancelaria no define un mercado relevante, por lo que en ocasiones hacer esto puede llevar a una estimación errónea del mercado. A su vez, si las importaciones son esporádicas o no se llevan a cabo con cierta periodicidad, tampoco se considerará que la firma tiene presencia en el mercado local.

III. El concepto de concentración económica

Lo primero que debe hacerse, a fin de evaluar si una operación es notificable, es verificar la existencia de una concentración económica en los términos del Artículo 7° de la LDC, que sostiene lo siguiente:

“A los efectos de esta ley se entiende por concentración económica la toma de control de una o varias empresas...”

Una concentración económica, por lo tanto, se produce cuando ocurre simultáneamente que:
(1) Al menos dos agentes económicos previamente independientes se combinan o fusionan;
y (2) Se produce un cambio duradero en el control o gobernanza corporativa, es decir, en el

modo en cómo se determina la voluntad social, de los agentes económicos afectados.¹

En el contexto del régimen de defensa de la competencia, el término “empresa” se refiere a un agente económico, es decir, a una entidad que se dedica a cierta actividad económica.² Un agente económico puede ser cualquier tipo de entidad dedicada a la comercialización de bienes o servicios en un mercado, con independencia de su estatus legal, del modo en que se financie o de la finalidad que persiga (que puede o no ser el lucro). Una unidad de negocios puede ser en sí misma un agente económico que constituya “empresa” en el contexto del control de concentraciones económicas, y el cambio en su gobernanza corporativa puede estar sujeto a revisión. Las empresas de propiedad estatal también se encuentran comprendidas en esta definición.

IV. El concepto de control

A continuación, se exponen una serie de lineamientos para aclarar cuándo existe una relación de control, a los efectos de la aplicación del capítulo III de la LDC.

En términos amplios, el control de un agente económico está constituido por los derechos, contratos y cualquier otro instrumento que confieran a quien los posea la posibilidad de ejercer una influencia sustancial sobre el agente en cuestión. Influencia sustancial, en términos generales, significa la capacidad de determinar la estrategia competitiva de un

¹ Conforme a los “Lineamientos para el Control de las Concentraciones Económicas” (Resol 2018-208-APN-SECC#MP), una concentración económica puede ser horizontal, vertical o de conglomerado. En las concentraciones horizontales se produce una reducción perdurable del número de agentes económicos independientes en el mercado, mientras que en las concentraciones no horizontales (verticales o conglomerado) la operación altera de modo perdurable la gobernanza o control de los agentes económicos, aunque no necesariamente su número.

² A los fines de precisar la actividad económica del ente en cuestión, es de utilidad tomar como referencia las actividades principales y secundarias que el ente declara a la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), conforme al Nomenclador de Actividades Económicas. Nótese que dicho nomenclador se basa en el Clasificador Nacional de Actividades Económicas - CLANAE 2010 – del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, el cual a su vez se basa en la Revisión 4 de la Clasificación Internacional Industrial Uniforme de las Naciones Unidas, de uso internacional. Por este último motivo, la clasificación también puede servir de orientación para determinar las actividades económicas de entidades registradas en el exterior. https://unstats.un.org/unsd/publication/SeriesM/seriesm_4rev4s.pdf.

agente económico.³

Entre los derechos que dan lugar al control se encuentran los que permiten influir en decisiones relevantes, tales como la aprobación del presupuesto, los planes de negocios, el programa de actividad, los planes de inversión, políticas comerciales, políticas de precio, de cantidad de producción y demás variables de mercado, de inversión en publicidad, de inversión en investigación y desarrollo, la designación del presidente o del gerente general de la compañía y, en general, demás cuestiones que permitan ejercer influencia sobre la estrategia competitiva de la empresa.

Para determinar la existencia de una relación de control, usualmente se analiza, entre otros aspectos, la existencia de acciones preferentes que confieran a sus tenedores la mayoría de los derechos de voto, la existencia de acuerdos de accionistas, y los derechos de veto que puedan surgir de dichos acuerdos de accionistas o de los estatutos societarios. El control puede ejercerse tanto por acción positiva como por acción negativa, es decir, quien posea derechos de veto sobre decisiones relevantes de la firma será considerado como controlante o co-controlante según sea el caso. Normalmente, la existencia de esos derechos de veto se considera como una condición suficiente para determinar la existencia de control.

Es importante destacar, sin embargo, que si los derechos de veto se refieren a la protección de los accionistas minoritarios, los mismos no serán considerados aptos para otorgar control desde el punto de vista de la defensa de la competencia. Dentro de este tipo de casos suelen entrar las decisiones para cambiar el objeto social de una firma, o para iniciar un proceso concursal o de quiebra, las alteraciones de las políticas de dividendos, la toma de deuda de montos o características extraordinarias, la intención de llevar adelante una fusión, etc.

V. Actos objeto de notificación obligatoria

La LDC establece que los actos objeto de notificación obligatoria siempre implican, de una

³ Véase al respecto el Reglamento (CE) n° 802/2004, de 7 de abril de 2004, por el que se aplica el Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (Texto pertinente a efectos del EEE).

forma u otra, la toma de control de una o de varias empresas o agentes económicos, o bien de sus activos, es decir, implican un cambio en la “naturaleza del control”. Dicho cambio en la naturaleza del control debe ser duradero, de forma tal que pueda influir de modo perdurable en los mercados afectados. Por ello quedan exceptuados de notificación aquellos casos en los que se efectúa una reorganización societaria, por cuanto en estos supuestos no se produce una toma de control, sino que únicamente se produce un cambio dentro del mismo grupo de control ya existente.

En términos generales, hay tres tipos de transacciones que pueden conllevar la obligación de notificación: i) las fusiones entre empresas; ii) las adquisiciones de control (de hecho o de derecho) y iii) la creación de empresas en participación (*joint ventures*) con plenas funciones. Sigue a continuación un análisis de los actos que el artículo 7 de la LDC enumera como actos a través de los cuales puede producirse una concentración económica.

V.1. Art. 7 a): Fusión entre empresas

El Artículo 82 de la Ley N° 19.550 prevé que existen dos tipos de fusiones: (i) fusión por constitución, la cual tiene lugar cuando dos o más sociedades se disuelven sin liquidarse para constituir una nueva; y (ii) fusión por absorción, aquellas que resultan cuando una sociedad ya existente incorpora a otra u otras que sin liquidarse son disueltas. Ambas pueden constituir concentraciones económicas en los términos del Capítulo III de la LDC.

V.2. Art. 7 b): Fondos de comercio

Según lo dispuesto por el Artículo 1° de la Ley N° 11.867, los elementos constitutivos de un establecimiento comercial o fondo de comercio, a los efectos de su transmisión por cualquier título, son: las instalaciones, existencias en mercaderías, nombre y enseña comercial, la clientela, el derecho al local, las patentes de invención, las marcas de fábrica, los dibujos y modelos industriales, las distinciones honoríficas y todos los demás derechos derivados de la propiedad comercial e industrial o artística. El cambio de control de un fondo de comercio mediante la adquisición de alguno de los elementos mencionados en el párrafo anterior, ya sea total o parcial, puede constituir una concentración en los términos del Capítulo III de la LDC.

V.3. Art. 7 c) y 7 e): Adquisiciones

El artículo 7 incluye como inciso c) “La adquisición de la propiedad o cualquier derecho sobre 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 sí misma”. Asimismo, agrega como inciso e) “Cualquiera de los actos del inciso c) del presente, que implique la adquisición de influencia sustancial en la estrategia competitiva de una empresa”.

En cuanto al control, el mismo puede ser tanto exclusivo como conjunto, y puede ser de hecho o de derecho. La adquisición del control exclusivo puede producirse mediante la obtención de la mayoría del capital social o derechos de voto de una firma, así como también mediante la adquisición de una minoría calificada. Por el contrario, el control conjunto se configura cuando dos o más accionistas o propietarios deban llegar a un acuerdo sobre las decisiones relevantes que afectan a la empresa controlada, de manera tal que éstas no pueden ser adoptadas sin la decisión de todas ellas, o bien todas conservan el poder de veto sobre las mismas.

Nótese que aquellas operaciones en las cuales se pasa de una situación de control conjunto a control exclusivo o viceversa, es decir, en las cuales se produce algún cambio en la naturaleza del control pueden constituir una concentración económica, cuando impliquen que al menos dos agentes económicos previamente independientes (o parcialmente dependientes) se combinan o fusionan. Por ejemplo, un caso pasible de notificación es aquel donde un agente económico (A) pasa a tener control exclusivo de otro agente económico (B) del que previamente poseía control conjunto. Esto obedece a que, como efecto de dicha operación, se produce una concentración económica entre las actividades que el agente que adquiere el control exclusivo desarrollaba previamente a la operación (actividades de A) y las actividades del agente económico que pasa a controlar de modo exclusivo (actividades de B). En suma, los cambios en la naturaleza del control son objeto de revisión sólo en la medida en que simultáneamente originan algún tipo de concentración económica entre agentes previamente independientes (o parcialmente dependientes).

Otro ejemplo que vale la pena mencionar es aquel donde existe un cambio de control

exclusivo a control conjunto. En dichos casos, un agente económico (A) adquiere el control conjunto con otro agente económico (B) de un tercer agente (C). En este caso, la operación genera una concentración económica entre las actividades previas del agente que adquiere el control conjunto (A) y aquellas del agente sobre el que adquiere el control conjunto (C).

Otro caso posible sería la incorporación de un nuevo accionista (A) con influencia sustancial a una firma (B) ya controlada conjuntamente por otros dos accionistas (C y D). Esta operación puede constituir una operación de concentración económica, aunque se pase de un control conjunto a otro control conjunto, dado que hay un accionista (A) que adquiere un control que no poseía, y sobre esa base adquiere la capacidad de coordinar las actividades económicas que desarrollaba previo a la operación (actividades de A), con las actividades económicas de la firma en la cual adquiere su control (actividades de B).

V.4. Art. 7 d): Otros acuerdos o actos

El artículo 7 inc. d) incluye: “Cualquier otro 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”. Conforme a ello, una concentración económica puede ser cualquier operación que implique el cambio de control sobre una empresa, cualquiera sea la forma legal que dicho cambio adopte (por ejemplo, a través de la adquisición de activos, celebración de acuerdos asociativos, entre otros actos).

V.4.1. Transferencia de activos

Para que se configure una transferencia de “activos” en los términos del Capítulo III de la LDC deben cumplirse tres requisitos: (i) La transacción debe involucrar todos aquellos activos que posibiliten el desarrollo de una o varias actividades; (ii) Se debe poder atribuir, actual o potencialmente, a la explotación o utilización de esos activos un volumen de negocios independiente, con clientela y valor propios; y (iii) Los activos deberán, por sí mismos, generar asuntos de naturaleza económica, es decir, deberán permitir de alguna manera producir bienes o servicios que puedan ofrecerse en el mercado.

La definición de activos, en los términos de la LDC, comprende tanto activos tangibles como intangibles. En ese contexto, se entiende que un contrato de fason, una marca, una cartera de

clientes, un local comercial con clientela propia, una concesión de explotación de hidrocarburos, entre otros, pueden ser activos a los efectos del artículo 7 inc. d) de la LDC.

En concordancia con lo antedicho, la adquisición de bienes inmuebles tales como edificaciones o terrenos, sólo puede generar la obligación de notificar según el artículo 7° inciso d) de la LDC en la medida en que dicha transacción genere una concentración económica entre dos actividades que previo a la operación se desarrollaban o podían desarrollarse de modo independiente, y si a dichos bienes inmuebles pueden atribuírsele un volumen de negocios independiente con clientela y valor propios. Por ejemplo, si la adquirente se dedica al negocio de alquiler de inmuebles, y el inmueble adquirido también está dedicado a esa actividad, la adquisición podría encuadrar como una concentración económica y generar la obligación de notificar conforme al artículo 7 inc. d) de la Ley. En cambio, la compra de un inmueble por parte de una empresa para uso propio (por ejemplo, para instalar su fábrica o sus oficinas) no resultaría notificable.

Otro ejemplo de operación de concentración económica notificable podría ser la cesión de un conjunto de saldos deudores de préstamos por parte de una entidad financiera. En cambio, la transferencia de una relación contractual de suministro no involucra normalmente una concentración económica en los términos del Artículo 7° de la LDC.

V.4.2. Creación de empresas en participación con plenas funciones (*joint ventures*)

Una empresa en participación o “*joint venture*” es una asociación de agentes económicos creada para emprender un proyecto empresarial específico. Los *joint ventures* suelen estar motivados en la necesidad de distribuir riesgos y/o requerimientos de capital del proyecto empresarial en cuestión. Por ello son habituales en las industrias de extracción o explotación de recursos naturales, donde los costos de capital y la posibilidad de fracaso son altos, y también son frecuentes en actividades que apuntan al desarrollo de nuevas tecnologías.

Desde el punto de vista de su gobernanza corporativa, los *joint ventures* son entidades controladas en conjunto por los agentes que los constituyen. Los *joint ventures* con plenas funciones se caracterizan por actuar en el mercado con autonomía o independencia operativa respecto de sus empresas matrices, y por ello su creación tiene la capacidad de producir cambios estructurales en el mercado.

Para que se genere la obligación de notificar la operación en los términos de la LDC, la empresa que se crea deberá contar con las funciones plenas de una entidad económica autónoma.⁴ Este requisito no implica una autonomía absoluta en la adopción de las decisiones estratégicas, sino que bastará para su satisfacción con que la firma que nace cuente con autonomía operativa o funcional. Se considera que el objeto de la operación será autónomo desde lo funcional cuando se cumplan los siguientes requisitos:

a) La empresa o agente económico que nace con el *joint venture* debe desempeñar todas las funciones que normalmente desarrollan las empresas que participan en el mercado en que dicha empresa participará. En este sentido, debe contar con autonomía operativa, disponiendo, por ejemplo, de un domicilio específico dedicado a las operaciones diarias, y accediendo a suficientes activos tangibles o intangibles, recursos humanos y financieros como para desarrollar su actividad empresarial de forma duradera.

b) Asimismo, un agente económico o empresa que nace como un *joint venture* no podrá considerarse autónoma si todas sus funciones se encuentran asociadas a las actividades de las firmas que suscriben el contrato. Su actividad, por lo tanto, debe exceder el mero auxilio o apoyo a las firmas que la controlan, formando parte de un mercado que las exceda.

c) Adicionalmente, la empresa debe proyectarse con carácter permanente. Esto no implica, sin embargo, que los contratos de *joint venture* que incluyan un plazo de caducidad de la firma que nace con el *joint venture* se encuentren por ese solo hecho excluidos del control previsto en la LDC. Si el período es lo suficientemente extenso como para generar un cambio duradero en la estructura de mercado, o cuando dicho período pueda ser prorrogado, se podrá considerar que el mismo le brinda a la firma que nace con el *joint venture* un carácter permanente.

Si no se cumple con los requisitos mencionados, la firma que nace con el *joint venture* puede no considerarse como una empresa o agente económico en los términos de la LDC, y no generarse por lo tanto la obligación de notificar su constitución o cambio de control. Nótese

⁴ Cf. Comisión Europea: “Comunicación de la Comisión relativa al concepto de empresa en participación con plenas funciones con arreglo al Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (98/C 66/01)”, Artículo 3 (2).

que la adquisición de un *joint venture* ya creado, o de alguna de sus participaciones, constituye en general un cambio de control pasible de encuadrar en los términos del art. 7 inciso c).

VI. Los umbrales monetarios

Para que una concentración económica sea notificable conforme lo previsto en el Artículo 7° de la LDC, es necesario también que cumpla con ciertos requisitos referidos a la envergadura de la operación. Para ello, la LDC ha establecido una serie de “umbrales monetarios”, surgidos de criterios cuantitativos fijados en los artículos 9° y 11° de dicha norma. Cabe remarcar que dichos criterios cuantitativos no están establecidos en moneda corriente sino que utilizan como unidad de cuenta las denominadas “unidades móviles” (Art. 85 de la LDC), cuyo valor monetario se actualiza anualmente según la evolución del índice de precios al consumidor.

Para que una operación de concentración económica supere los umbrales monetarios de la LDC, y ello implique que existe la obligación de notificarla, deben cumplirse simultáneamente dos condiciones:

1. El volumen de negocios de las empresas afectadas debe superar en el país la suma de 100 millones de unidades móviles (Artículo 9 de la LDC), y
2. El monto de la operación o el valor de los activos situados en la República Argentina que se absorban, adquieran, transfieran o se controlen deben superar, los 20 millones de unidades móviles o, en los 12 meses anteriores se hubieran efectuado operaciones en el mismo mercado que en conjunto superen dicho importe o, en los últimos 36 meses, se hubieran efectuado operaciones en el mismo mercado que en conjunto superen los 60 millones de unidades móviles (Artículo 11 de la LDC).

VI.1. Volumen de negocios

Para el cálculo del volumen de negocios, normalmente se toma en consideración el valor de las “ventas netas” que consta en los últimos estados de resultados de las empresas afectadas

aprobados por su órgano de gobierno. Ello es así porque la normativa establece que, para el cálculo del volumen de negocios, deben descontarse de la facturación bruta los impuestos inherentes o relacionados a la venta de los productos o servicios de la firma, como por ejemplo el impuesto al valor agregado, el impuesto a los ingresos brutos, el impuesto a los créditos y débitos en cuentas bancarias, y cualquier otro tributo relacionado y cuyo valor imponible se encuentre en función de la magnitud de las ventas.

Los estados de resultados que acreditan que se alcanza el umbral mencionado, son aquellos cerrados durante el período inmediato anterior a la operación de concentración que se esté analizando. No es necesario que los mismos se encuentren certificados por ninguna entidad profesional específica.

VI.2. Empresas afectadas

Las empresas afectadas son las empresas que se fusionan y sus respectivos grupos económicos (en el caso de las fusiones y de la creación de *joint ventures*), o la parte compradora, la empresa objeto y sus respectivos grupos económicos (en el caso de las adquisiciones de activos o participaciones societarias). Por ello, a los fines del cálculo del volumen de negocios, se considerarán las ventas netas de la empresa compradora, de la empresa adquirida, de las controlantes de la empresa compradora (o sea, del “grupo comprador”) y de las controladas por la empresa adquirida (o sea, del “grupo adquirido”). En cambio, no se incluirá en el cálculo el volumen de negocios de la empresa vendedora, ni el del grupo económico que se está desprendiendo de la empresa objeto de la operación.

Se tomarán en cuenta para el cálculo de volumen de negocios aquellas empresas que sean consideradas involucradas a los fines del análisis de los efectos de la operación. Es por ello que, en caso de que una empresa no pueda ser considerada “controlada” directa o indirectamente por el último controlante de la empresa objeto, su volumen de negocios no sumará a los fines de este cálculo.

La parte vendedora es un agente económico que sale del mercado, y por ende no forma parte de la concentración económica notificada. Es por eso que, siguiendo esta línea de razonamiento, el Decreto Reglamentario de la LDC (Decreto N° 480, del 23 de mayo de 2018) establece que la notificación de la operación de concentración económica será

facultativa para el vendedor, pudiendo en todo caso la Autoridad de Aplicación de la LDC requerir su participación.

VI.3. El monto de la operación y el valor de los activos

Usualmente, el monto de una operación de concentración económica surge de modo directo del contrato que la instrumenta, mientras que el valor de los activos surge de los Estados Contables de alguna de las empresas involucradas (o, en algunos casos particulares, del valor de mercado de los activos en cuestión).

El cálculo y acreditación de estos valores conllevan cierta dificultad en el caso de las operaciones que afectan varios países, en las que las empresas involucradas cuentan con actividad económica y/o activos distribuidos en más de un país. Esto se debe a que todos los umbrales monetarios que establece la LDC son umbrales nacionales, y no deben por ende incluir valores que afectan a otros países y no a la Argentina.

Una estimación aceptable del monto de la operación en jurisdicción argentina puede obtenerse considerando el porcentaje de las ventas globales que representan las ventas en Argentina, y multiplicando luego dicho porcentaje por el monto de la operación que consta en el contrato.

En el caso de los fondos de inversión, para calcular su volumen de negocios deberán computarse los volúmenes de aquellas empresas en las que el fondo administrador tenga control, conforme lo estipulado por el inciso b) del Artículo 9 de la LDC.

Cabe aclarar que los fondos de inversión suelen tener una multiplicidad de características diferentes en lo que hace al control que ejercen sobre los activos que poseen. Por lo tanto, el concepto de control debe ser analizado de forma separada sobre cada una de las inversiones que posee, de acuerdo con los criterios expuestos para analizar la existencia de control.

VII. Las excepciones a la notificación

La LDC contiene en su Artículo 11 un listado taxativo de tipos de transacciones que se encuentran exentas de la obligación de notificar. Las transacciones listadas en los incisos a)

y b) refieren a situaciones específicas en las cuales no se produce un cambio en la naturaleza del control, y por tanto no configuran una concentración económica en los términos del primer párrafo del Artículo 7. Los incisos c) y d), en cambio, contienen excepciones en los casos en los que la transacción sí configura un cambio de control. El inciso e), por último, contiene los umbrales monetarios referidos al monto de la operación y al valor de los activos, y ya fue tratado en la sección inmediatamente precedente.

VII.1. Art. 11 a): Adquisiciones en las que el comprador ya poseía más del 50% de las acciones

Como regla general, se presupone que el 50% de las acciones ya debía otorgarle a la firma adquirente el control exclusivo sobre la empresa objeto. Esto hace que las adquisiciones de paquetes accionarios adicionales no generen ningún tipo de “control adicional” sobre la empresa objeto que deba ser notificado conforme a lo establecido por la LDC.

Sin embargo, si no se cumpliera el supuesto enunciado en el párrafo anterior, entonces no aplicaría la excepción mencionada. Por ejemplo, si un accionista con más del 50% de las acciones no tuviera el control exclusivo de la empresa objeto (en virtud de que hubiera otro accionista, con una participación societaria menor al 50%, pero con derecho de veto sobre decisiones empresarias estratégicas o con influencia sustancial en la estrategia competitiva), entonces una operación que le otorgara al accionista mayoritario el control exclusivo debería notificarse.

VII.2. Art. 11 b): Adquisiciones de bonos, debentures, acciones sin derecho a voto o títulos de deuda

Usualmente, y por sí mismas, las adquisiciones de estos instrumentos no afectan la gobernanza corporativa de una empresa, ni el proceso de toma de decisiones, ni brindan control sobre la firma objeto de la operación. Por tanto, estas transacciones no configuran una concentración económica.

VII.3. Art. 11 c): Adquisiciones de una única empresa en la Argentina por una única empresa extranjera

Esta disposición excluye de la obligación de notificar a las operaciones de concentración económica mediante las cuales una empresa extranjera ingresa por primera vez en los

mercados locales. Este tipo de excepción es habitual en los regímenes de control de concentraciones y se conoce como la excepción del “primer desembarco” (*first landing*).

Para configurarse esta excepción, el objeto de la operación debe ser una “única empresa” y la compradora debe ser “una única empresa extranjera”. El término “única empresa”, en el contexto de la LDC, significa un agente económico independiente, es decir, no necesariamente una firma constituida de acuerdo a los parámetros previstos por la Ley de Sociedades. Por el contrario, puede considerarse a la adquisición de un conjunto de sociedades como la adquisición de una única empresa. Lo relevante será determinar si dichas sociedades funcionan como una unidad, desarrollando sus actividades de forma coordinada bajo el control de un controlante común.

También la excepción puede configurarse aun cuando la compradora cuente con una sociedad controlada en la República Argentina, incluso desde mucho antes de la transacción en cuestión, siempre que dicha sociedad no haya desarrollado actividad económica alguna en jurisdicción argentina. A tal fin, nótese que actividad económica es un concepto más amplio que venta de productos o servicios, ya que por ejemplo incluye las compras y contrataciones que se realizan para llevar a cabo un proceso productivo, o la adquisición de licencias o permisos. Por ello las circunstancias del caso indicarán si ha existido ningún tipo de actividad económica previa, pudiendo ello acreditarse mediante los estados contables. Cuestión similar se suscita cuando una firma o persona física tiene activos en la República Argentina, pero los mismos no cuentan con el grado de autonomía operativa suficiente para configurar una empresa o agente económico. Por ese motivo no se computan como elementos indicativos de actividad económica previa en el país, por ejemplo, los bienes inmuebles destinados a uso personal o no destinados a un proceso de producción de bienes o servicios.

Asimismo, sólo se consideran actividades económicas previas en el país, a los efectos de la excepción del *first landing*, aquellas actividades realizadas por un agente económico controlado de modo exclusivo o conjunto por la compradora, o sobre el cual la compradora ejerza una influencia sustancial o determinante. La excepción del *first landing*, por lo tanto, puede aplicarse aun cuando la compradora cuente con participaciones minoritarias sin control o influencia sustancial en agentes económicos activos en Argentina. Ello es así porque, habiendo participaciones minoritarias sin control o influencia sustancial, el desembarco de la

empresa extranjera no produce ninguna concentración económica en jurisdicción argentina, ya que la operación no produce en la Argentina ninguna combinación entre agentes económicos previamente independientes.

Nótese sin embargo que, si la empresa extranjera compradora ya está presente en el mercado argentino mediante exportaciones significativas, habituales y frecuentes, entonces la excepción del Artículo 11 c) no resulta aplicable. Esto se debe a que, en dicho caso, la empresa compradora ya estaba operando en los mercados de la Argentina, y por ende una adquisición de otra empresa implica una operación de concentración con efectos en el país.

Finalmente, nótese también que, en relación al domicilio social de la empresa extranjera, el Decreto 480/18 aclara que se considera extranjera toda empresa con su domicilio social o el principal asiento de sus negocios en el exterior, y que esa condición se mantiene aun cuando haya fijado su domicilio social en el país a los efectos del perfeccionamiento de la operación en cuestión.

VII.4. Art. 11 d): Adquisiciones de empresas inactivas

La LDC prevé la excepción de la obligación de notificar la adquisición de empresas inactivas o sin actividad económica durante al menos un año (lo cual, por ejemplo, puede acreditarse mediante las ventas netas y el costo de ventas obrantes en los estados de resultados de la empresa en cuestión). La falta de actividad puede deberse a que nunca realizó ninguna actividad, o a que, habiendo tenido actividad económica en el pasado, la misma se haya circunstancialmente interrumpida.

A los efectos de esta excepción, corresponde tener especialmente presente que, según se dijo en la sección precedente, el concepto de actividad económica es más amplio que la venta de bienes y servicios en un mercado, ya que puede incluir la compras o contrataciones realizadas para lanzar o re-lanzar un proceso de producción de bienes o servicios.

Sin embargo, la ley introduce un límite a esta excepción, para el caso específico en que las actividades económicas principales declaradas por la empresa objeto y la empresa adquirente fueran coincidentes.⁵

⁵ A tal fin, puede tomarse como guía la actividad declarada ante la Administración Federal de Ingresos Públicos

VIII. Empresas de propiedad estatal

En cuanto a las transacciones que involucran a empresas de propiedad estatal, a los efectos de establecer si existe una concentración económica, corresponde previamente establecer si las empresas involucradas son agentes económicos independientes, aunque formalmente su propietario o controlante final sea un estado (de orden nacional o subnacional). Para ello se tomará en consideración si la empresa puede tomar sus decisiones de negocios de modo autónomo, tales como la estrategia comercial, el presupuesto o el plan de negocios, sin la necesidad de una ratificación o rectificación por parte de la entidad estatal propietaria.

Cuando una transacción implique la combinación de dos o más empresas de propiedad de un mismo Estado, pero aun así independientes en la toma de decisiones de negocios, entonces se considerará que la operación configura una concentración económica sujeta a la obligación de notificar, siempre que encuadre en los umbrales monetarios y demás parámetros de la LDC.

(AFIP).