



AFTIC

AUTORIDAD FEDERAL DE
TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN
Y LAS COMUNICACIONES

Autoridad Federal de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones

Resolución N° 326/2015 (Boletín Oficial N° 33.222, 25/09/15)

Bs. As., 24/09/2015

VISTO el Expediente N° 3603/2015 del Registro de la AUTORIDAD FEDERAL DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, organismo descentralizado y autárquico en el ámbito del PODER EJECUTIVO NACIONAL, y

CONSIDERANDO:

Que con fecha 17 de septiembre de 2015 los apoderados de GRUPO CLARÍN S.A., CABLEVISIÓN S.A. Y NEXTEL COMMUNICATIONS ARGENTINA S.R.L., se presentaron ante esta Autoridad Federal a efectos de recusar a miembros del Directorio, advirtiendo de forma accidental que ponen en conocimiento de este organismo "...al solo efecto informativo atento la trascendencia mediática que adquirió el tema y a fin de despejar cualquier duda que pueda haberse generado sobre los alcances de la operación realizada, que: (i) Con fecha 14 de septiembre de 2015, NII MERCOSUR TELECOM S.L.U. y NII MERCOSUR MÓ- VILES S.L.U., dos sociedades limitadas unipersonales organizadas bajo las leyes de España, aceptaron una oferta de Grupo Clarín para la adquisición del 49% de las acciones de NEXTEL COMMUNICATIONS ARGENTINA S.R.L. ("NEXTEL") y una opción para adquirir el 51% restante sujeta al cumplimiento de determinadas condiciones, (ii) Los derechos y obligaciones que surgen de dicha oferta fueron cedidos por GRUPO CLARÍN S.A. a CABLEVISIÓN S.A., incluyendo también la opción para la adquisición del 51%, junto con su subsidiaria Televisión Dirigida S.A..."; añadiendo que "...oportunamente se completará ante esa Autoridad la información que exige el artículo 9.1 del Decreto 764/00 para el procedimiento previsto por el inciso m) del artículo 10.1 de la misma norma...".

Que habida cuenta de ello, esta Autoridad Federal extrajo copia de la presentación y dio inicio a las presentes actuaciones, toda vez que la empresa NEXTEL COMMUNICATIONS ARGENTINA S.R.L (CUIT 30-67877531-9) es licenciataria de servicios de telecomunicaciones, y en ella se habría producido un cambio en el capital social.

Que en tal sentido, corresponde señalar que conforme surge del Acta de Directorio N° 332 de GRUPO CLARIN S.A., del día 10 de septiembre de 2015, fue remitida una Oferta a NII MERCOSUR TELECOM, S.L.U y NII MERCOSUR MÓVILES S.L.U.

Que dicha Oferta otorgó a GRUPO CLARIN S.A. y sus subsidiarias, el derecho a adquirir el 49% del capital social de NEXTEL COMMUNICATIONS ARGENTINA S.R.L. y una opción para adquirir el 51% restante del capital social.

Que según aquél instrumento, entre las condiciones negociadas se encuentra la facultad de GRUPO CLARÍN S.A. de ceder, a cualquiera de sus subsidiarias, los derechos y obligaciones que tiene en el marco de la referida oferta.

Que efectivamente, y de acuerdo a la información aportada por GRUPO CLARIN S.A. a la COMISIÓN NACIONAL DE VALORES en el Hecho Relevante de fecha 14 de septiembre de 2015, cedió los derechos y obligaciones que surgen de la Oferta a CABLEVISIÓN S.A. a fin de que esta sociedad adquiriera el 49% de las cuotas sociales



AFTIC

AUTORIDAD FEDERAL DE
TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN
Y LAS COMUNICACIONES

de NEXTEL COMMUNICATIONS ARGENTINA S.R.L. y se convierta además en titular de la opción a fin de adquirir el 51% restante.

Que por su parte, del Acta de Directorio de CABLEVISIÓN S.A. del día 10 de septiembre de 2015 surge que fue aprobada, sujeto a la previa aceptación de NII MERCOSUR TELECOM S.L.U. y NII MERCOSUR MÓVILES S.L.U., la aceptación de la cesión de la oferta y la consecuente adquisición del 49% de NEXTEL COMMUNICATIONS ARGENTINA S.R.L., así como también la opción de adquirir el 51% restante del capital social de esa sociedad.

Que mediante sendas presentaciones también efectuadas el día 14 de septiembre de 2015 ante la COMISIÓN NACIONAL DE VALORES, GRUPO CLARÍN S.A. y CABLEVISIÓN S.A. informaron que la transacción quedó perfeccionada en esa misma fecha, atento a la aceptación de la oferta por parte de NII MERCOSUR TELECOM S.L.U. y NII MERCOSUR MÓVILES S.L.U. para adquirir el 49% de las cuotas sociales de NEXTEL COMMUNICATIONS ARGENTINA S.R.L. y la opción para adquirir, junto con su subsidiaria, TELEVISIÓN DIRIGIDA S.A., el 51% restante de las cuotas sociales de NEXTEL COMMUNICATIONS ARGENTINA S.R.L.

Que en tal sentido, la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, remitió a esta Autoridad Federal copia de dos Opiniones Consultivas, una formulada por CABLEVISIÓN S.A. de fecha 15 de septiembre de 2015; en tanto que la segunda fue presentada por NII MERCOSUR TELECOM, S.L.U. Y NII MERCOSUR MÓVILES, S.L.U., con fecha 17 de septiembre de 2015.

Que del Acta de Directorio de CABLEVISIÓN S.A. mencionada precedentemente, resulta que el precio ofrecido por la compra del 49% del capital social de NEXTEL COMMUNICATIONS ARGENTINA S.R.L., se fijó en la suma de US\$ 80.000.000 (DÓLARES OCHENTA MILLONES), mientras que el precio por la opción del 51% se estableció en la suma de US\$ 85.000.000 (DÓLARES OCHENTA Y CINCO MILLONES). Sin embargo en la aludida presentación —efectuada por CABLEVISIÓN S.A. el día 14 de septiembre de 2015 ante la COMISIÓN NACIONAL DE VALORES—, dicha empresa informó que pagó US\$ 159.000.000 (DÓLARES CIENTO CINCUENTA Y NUEVE MILLONES), es decir prácticamente la totalidad del monto previsto para adquirir el cien por ciento de la totalidad del capital social de la licenciataria.

Que de la presentación efectuada ante esta Autoridad Federal, de las Actas de Asamblea de CABLEVISIÓN S.A. y de las Opiniones Consultivas formuladas ante la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA surge que la operación se encuentra perfeccionada.

Que la Ley Argentina Digital N° 27.078, sancionada el 16 de diciembre de 2014, estableció pautas y principios relativos al otorgamiento de Licencias para la prestación de los servicios de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (Servicios de TIC), como así también en lo referente a la modificación en las participaciones sociales de las licenciatarias.

Que el artículo 13 de la Ley N° 27.078 establece que *“La transferencia, la cesión, el arrendamiento, la constitución de cualquier gravamen sobre la licencia y toda modificación de las participaciones accionarias o cuotas sociales, en los términos de la reglamentación vigente, deberán obtener la previa autorización de la Autoridad de Aplicación, bajo pena de nulidad”*.



Que el artículo 14 de la misma norma establece que *“La Autoridad de Aplicación podrá declarar la caducidad de la licencia o registro respectivo, conforme lo dispuesto por la presente ley, los decretos, reglamentos y demás normativa vigente en la materia, contemplando el procedimiento establecido por aquélla. Serán causales de caducidad: (...) d) La materialización de actos sin la autorización del artículo 13 de la presente.”*.

Que de manera concordante, el artículo 92 de la Ley N° 27.078, dispone que resulta de aplicación el Reglamento de Licencias de Servicios de Telecomunicaciones aprobado como Anexo I del Decreto N° 764/00, en todo lo que no se oponga a la citada Ley y hasta tanto se dicte una nueva reglamentación en la materia.

Que de la conjunción de lo dispuesto en los artículos 13 y 92 de la Ley N° 27.078, resulta que el cambio de control societario aquí analizado debe ser encuadrado dentro de las previsiones del artículo 10.1.I) del Reglamento de Licencias para Servicios de telecomunicaciones, aprobado por Decreto N° 764, de fecha 3 de septiembre de 2000.

Que ello es así toda vez que se trata de una modificación de las participaciones sociales, que conlleva un cambio de control social, que tiene consecuencias sobre un prestador de servicios de telecomunicaciones y que requiere autorización previa de la Autoridad de Aplicación.

Que el artículo 10.1.I) del Reglamento de Licencias para Servicios de Telecomunicaciones aprobado por Decreto N° 764/2000 prevé, —en sentido concordante con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley N° 27.078—, que se debe obtener autorización previa ante cualquier modificación en las participaciones accionarias en las sociedades titulares, que impliquen pérdida de control social en los términos del artículo 33 de la Ley N° 19.550 y sus modificatorias.

Que el artículo 33 de la Ley N° 19.550 define lo que debe entenderse por control societario expresando que: *“Se consideran sociedades controladas aquellas en que otra sociedad, en forma directa o por intermedio de otra sociedad a su vez controlada: (1) Posea participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social en las reuniones sociales o asambleas ordinarias; (2) Ejercza una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas, o por los especiales vínculos existentes entre las sociedades”*.

Que, a la luz de la norma citada el control significa una posición o cualidad que adquiere la sociedad controlante en virtud de una titularidad de participación objetivamente suficiente como para otorgar la mayoría en las decisiones, considerada sobre la totalidad de los votos posibles, distinguiendo la posición de control como más amplia y subsumiendo a la situación de control, por tratarse aquella de una cualidad permanente del sujeto (conforme Gagliardo, Mariano, “Control Accionario y atribución de poder decisorio”, Jurisprudencia Argentina, 2005-III-790; Procuración del Tesoro de la Nación, Colección Dictámenes, 273:338).

Que, en tal sentido, el artículo 33 de la Ley N° 19.550 delinea el concepto de control siguiendo como fuente el artículo 2359 del Código Civil Italiano y contempla en su primera parte, lo que se conoce como control interno de derecho y de hecho, mientras que en la última parte se refiere al control externo de derecho.

Que el control interno de derecho se configura cuando se detenta una cantidad de participaciones sociales que permitan dirigir la voluntad social, o sea el ejercicio mediante participaciones sociales sin que medie ausentismo de otros socios mientras que



el control interno de hecho aparece cuando más allá del porcentaje de participación social que se posea, se tiene una participación suficiente para dirigir la voluntad social, habida cuenta de ciertas circunstancias como el carácter o la actividad del o de los restantes socios (inversores) o un capital social atomizado.

Que en este sentido y, referido al control interno de hecho, ha dicho la doctrina que: *“El inciso 2° del artículo 33 de la Ley de Sociedades, sobre sociedad controlada, comprende dos supuestos: el de control interno de hecho (“ejerza influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas...”), y el control externo de hecho (“...o por los especiales vínculos existentes entre las sociedades...”)*. *El primer supuesto parte del ejercicio de una influencia dominante configurada por la voluntad social en las reuniones sociales o Asambleas ordinarias, teniendo en cuenta el ausentismo de otros consocios. Ciertamente, el fenómeno se presenta en la gran sociedad anónima con accionariado disperso y fundamentalmente inversor.”* (Otaegui, Julio C., “Concentración Societaria”, Editorial Ábaco de Rodolfo De Palma, 1984. pp. 429).

Que en atención a todo lo expuesto, la adquisición de control depende de una serie de circunstancias de hecho y de derecho, con lo cual la participación en el capital social no es concluyente para determinar quién detenta el control de la sociedad.

Que, por otra parte, se ha sostenido que en prácticamente todas las adquisiciones, el interés del comprador no estará centrado en la acción o las acciones *per se*, sino más bien en la empresa comercial que bajo la figura de la sociedad anónima desarrolla sus actividades en un determinado mercado (...) y que el paquete de control tiene una identidad propia que permite diferenciarlo de una simple suma de acciones; podría decirse que encierra una sinergia intrínseca: se está entregando el manejo operativo y político de un ente social, y por cierto el de su patrimonio (Federico Jiménez Herrera, “El Proceso de transferencia de paquetes accionarios”, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, 2007, pp. 56 y 57).

Que más allá de que en la cuestión concreta bajo análisis NEXTEL COMMUNICATIONS S.R.L. sea una sociedad con responsabilidad limitada y no tenga sus socios dispersos, lo cierto es que dichos conceptos son plenamente aplicables, ya que el 51% del capital de la sociedad se encuentra en poder de dos sociedades holdings, es decir inversoras.

Que como consecuencia de la operación bajo análisis, y siguiendo el principio de realidad económica, la composición social de la licenciataria NEXTEL COMMUNICATIONS ARGENTINA S.R.L quedó configurada “prima facie” de la siguiente manera: CABLEVISIÓN S.A. —49% de las cuotas sociales—, convirtiéndose como consecuencia de la adquisición, en el socio mayoritario, mientras que el 51% restante del capital social se distribuye entre dos sociedades: NII MERCOSUR TELECOM S.L.U. y NII MERCOSUR MÓVILES S.L.U.

Que a la luz del aludido principio de realidad económica cabe también señalar que no puede soslayarse que, según lo expresado ante la COMISIÓN NACIONAL DE VALORES en la presentación efectuada por CABLEVISIÓN S.A. el día 14 de septiembre de 2015, dicha empresa ya ha abonado la casi totalidad del precio previsto para la adquisición del cien por ciento del capital social de la licenciataria; es decir, un importe sustancialmente mayor que el informado por la transferencia del 49% del capital social de esta última, circunstancia esta que corrobora que en el caso ha existido una real transferencia del control social.



AFTIC

AUTORIDAD FEDERAL DE
TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN
Y LAS COMUNICACIONES

Que conforme se desprende de los antecedentes expuestos, la operación reseñada conllevó una modificación de las participaciones sociales que implicó la pérdida de control social en los términos de la normativa aplicable sobre una sociedad Licenciataria de Servicios de Telecomunicaciones.

Que tanto GRUPO CLARIN S.A., como CABLEVISIÓN S.A. han reconocido que la transacción quedó perfeccionada.

Que NEXTEL COMMUNICATIONS ARGENTINA S.R.L. no ha obtenido de forma previa al perfeccionamiento de la operación la autorización de la AUTORIDAD FEDERAL DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES que exige la normativa vigente.

Que consecuentemente NEXTEL COMMUNICATIONS ARGENTINA S.R.L. no ha cumplido con la obligación impuesta por el artículo 13 de la Ley N° 27.078, toda vez que, como ha quedado explicitado en los considerandos que anteceden, ha existido un cambio en el control del capital social de la licenciataria que debió haber sido precedido por la pertinente solicitud de autorización ante esta Autoridad Federal.

Que la conducta descrita precedentemente haría, prima facie, pasible a la licenciataria de la sanción de caducidad prevista en el artículo 14 de la Ley N° 27.078, razón por la cual, previo a cualquier otra decisión, corresponde intimarla a que adopte los actos conducentes para retrotraer su situación al estado anterior al perfeccionamiento de la operación.

Que el artículo 16.2 del Anexo I del Decreto N° 764/2000 establece que *“La Autoridad de aplicación podrá declarar la caducidad de las licencias conferidas en los términos del presente Reglamento, ante el acaecimiento de alguna de las siguientes causales: 16.2.5 Cesión o transferencia a terceros de la licencia o el cambio de control social, que no hubiera sido autorizada previamente por la Autoridad de Aplicación, conforme lo previsto por el inciso m) del apartado 10.1 y el artículo 13 del presente Reglamento.”*.

Que por su parte, el artículo 16.3.1 del Decreto precedentemente citado, dispone que *“La declaración de caducidad basada en las causales previstas en los apartados precedentes, deberá ser precedida por una intimación a remediar el incumplimiento bajo apercibimiento de caducidad, otorgándose un plazo no mayor a TREINTA (30) días para subsanar el incumplimiento.”*.

Que, por el artículo 77 de la Ley N° 27.078 se creó como organismo descentralizado y autárquico en el ámbito del PODER EJECUTIVO NACIONAL, la AUTORIDAD FEDERAL DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, como Autoridad de Aplicación de dicha ley y continuadora, a todos los fines, de la COMISIÓN NACIONAL DE COMUNICACIONES y de la SECRETARÍA DE COMUNICACIONES.

Que ha tomado la intervención que le compete el Servicio Jurídico Permanente de esta Autoridad Federal.

Que el DIRECTORIO de la AUTORIDAD FEDERAL DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES acordó el dictado del presente acto administrativo mediante la suscripción del Acta de Directorio correspondiente.



AFTIC

AUTORIDAD FEDERAL DE
TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN
Y LAS COMUNICACIONES

Que la presente medida se dicta en ejercicio de las atribuciones conferidas por la Ley N° 27.078, los Decretos N° 677 de fecha 28 de abril de 2015, y N° 1.117 de fecha 12 de junio de 2015 y la Resolución N° 250, de fecha 11 de septiembre de 2015, de la AUTORIDAD FEDERAL DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES.

Por ello,

EL DIRECTORIO DE LA AUTORIDAD FEDERAL DE TECNOLOGÍAS
DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES
RESUELVE:

ARTÍCULO 1° — Establécese que la operación celebrada con fecha 14 de septiembre de 2015, y sus actos complementarios, individualizados en los considerándose de la presente, a través de la cual NEXTEL COMMUNICATIONS ARGENTINA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA (CUIT 30-67877531-9), ha vendido el 49% de su capital social, confiriéndole una opción por el restante 51%, resulta violatorio del artículo 13 de la Ley N° 27.078, por haber sido celebrados sin la previa autorización de esta AUTORIDAD FEDERAL DE TECNOLOGÍA DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES.

ARTÍCULO 2° — Intímase a la Empresa NEXTEL COMMUNICATIONS ARGENTINA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA (CUIT 30-67877531-9) a dejar sin efecto en el término de TREINTA (30) DÍAS la operación de transferencia de cuotas sociales mencionada referida en el Artículo 1° de la presente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16.3.1 del Anexo I del Decreto N° 764/2000, bajo apercibimiento de aplicar la sanción prevista en el artículo 14 de la Ley N° 27.078 y 16.2.5 del Anexo I del Decreto N° 764/2000.

ARTÍCULO 3° — Notifíquese a los interesados conforme a lo establecido en el Artículo 11 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549 y de conformidad con los términos y alcances previstos en el Artículo 42 y concordantes del Reglamento de Procedimientos Administrativos Decreto N° 1.759/72 T.O. 1991.

ARTÍCULO 4° — Notifíquese a la AUTORIDAD FEDERAL DE SERVICIOS DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL, a la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, y a la COMISIÓN NACIONAL DE VALORES.

ARTÍCULO 5° — Comuníquese, publíquese, dése a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese. — NORBERTO BERNER, Presidente del Directorio, Autoridad Federal de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Texto digitalizado y revisado, de acuerdo al original del Boletín Oficial, por el personal del Centro de Información Técnica de la Autoridad Federal de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.