

**“GRUPO BIMBO SOCIEDAD ANONIMA DE CAPITAL VARIABLE  
S.A. Y COMPAÑÍA DE ALIMENTOS FARGO S.A. S/ INFRACCIÓN A  
LA LEY 25.156”**

Causa N° 61.184 - Folio N° 012 - Orden N° 26.993 - Ministerio de Economía  
y Finanzas Públicas - Secretaría de Comercio Interior - Comisión Nacional de  
Defensa de la Competencia - Expte. S01: 0360831/2008 - Sala “A”

///nos Aires, 2 de febrero de 2011.

**VISTOS:**

El recurso de apelación interpuesto por el abogado que representa a la  
sociedad anónima Dilexis contra una resolución dictada por el Secretario de  
Comercio Interior del Ministerio de Economía y Finanzas.

Lo informado por el apelante en sustento del recurso en la audiencia  
celebrada el 15 de diciembre pasado.

Lo informado por escrito por el abogado designado por el Subsecretario  
Legal de dicho ministerio, en representación del Estado Nacional, en procura  
de que se confirme la resolución apelada.

Lo informado por escrito por el abogado que actúa en representación de  
“Grupo Bimbo Sociedad Anónima Bursátil de Capital Variable” en procura de  
que se confirme lo resuelto.

**CONSIDERARON:**

El Dr. Bonzón:

I. Que llegan las actuaciones a conocimiento de este tribunal en virtud  
del recurso de apelación interpuesto por los apoderados de Dilexis S.A. (fs.  
389/396 vta.), contra la resolución N° 131, dictada el 13 de abril de 2010, por  
el Secretario de Comercio Interior del Ministerio de Economía y Finanzas  
Públicas, que rechazó la denuncia y ordenó el archivo de las actuaciones.

II. Las presentes actuaciones se inician con una denuncia de Dilexis  
S.A. contra el grupo Bimbo y la firma Fargo, advirtiendo que las firmas  
denunciadas no habían cumplido con el compromiso de desinversión, a cuyo  
cumplimiento se subordinó la autorización de la Comisión Nacional de  
Defensa de la Competencia en su dictamen de concentración N° 395/2004.  
Considera que los hechos denunciados favorecen la monopolización del  
mercado del pan industrial en nuestro país. Peticionó la formación de un

incidente de investigación, la denegación de la autorización de la operación por incumplimiento del compromiso de desinversión asumido oportunamente, que se ordene en un plazo perentorio el cumplimiento del compromiso estableciendo a tal efecto un cronograma de desinversión, y ser tenido por parte coadyuvante; por último ofreció prueba.

III. Por otro lado Bimbo manifiesta que Dilexis tiene un interés particular, toda vez que en su presentación aclaró que tiene intención de adquirir los activos objeto del compromiso de desinversión. No puede considerarse como tercero coadyuvante, toda vez que en el control de concentraciones no se investigan hechos sino que se analizan los actos previstos en el art. 6° de la Ley de Defensa de la Competencia. Aclara que el compromiso de desinversión no ha podido hacerse efectivo porque Fargo se encuentra solucionando una situación concursal. Asimismo, agrega que de la denuncia no se desprende la existencia de afectación económica general, ya que ninguna de las conductas que se imputan a Bimbo pueden originar un perjuicio y mucho menos una limitación a la competencia.

IV. Fargo por su lado considera que la denuncia no cumpliría con los requisitos del art. 28 de la Ley de Defensa de la Competencia, por lo que resulta tendenciosa, oscura y con defectos que le impiden ejercer su derecho de defensa en juicio. Agrega que lo planteado por Dilexis no está invocando la legitimación para accionar en defensa de un interés de toda la comunidad o de un sector de consumidores, sino que pretende ejercer un derecho propio y personal, para procurar la adquisición de ciertos bienes de Fargo sin respetar los tiempos y procedimientos que se aplican a los demás terceros interesados. Plantea que Dilexis no puede ser tenida como parte coadyuvante toda vez que esta figura sólo está normada en el procedimiento para conductas anticompetitivas y no a concentraciones y fusiones. Aclara que la imposibilidad de desinversión de los activos es ajena a Fargo quien está resolviendo su situación concursal.

V. La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia considera pertinente subrayar que la Ley de Defensa de la Competencia está dividida en dos procedimientos claramente diferenciados: el control previo de fusiones y adquisiciones y lo relativo a las investigaciones de conductas anticompetitivas. En el primer procedimiento la Comisión realiza un control *ex ante* por el que

autoriza, subordina o rechaza la estructura de un determinado mercado, por lo que sólo revisten carácter de parte las empresas notificantes. No existe, en el marco del procedimiento de control previo de concentraciones y fusiones, ninguna norma que habilite a terceros a efectuar presentaciones en carácter de parte. Es decir que no se trata de un proceso contradictorio donde están comprometidos derechos e intereses de terceros ajenos a la concentración. Por último respecto a la solicitud de ser tenido como parte coadyuvante, la Comisión ha sostenido en reiteradas oportunidades que el art. 42 de la Ley de Defensa de la Competencia, que contempla la intervención como parte coadyuvante de quien resultase afectado por los hechos investigados y de toda persona que pudiera tener un interés legítimo, está comprendido en el Capítulo IV, en el que se establece el procedimiento aplicable a las actuaciones iniciadas de oficio o por denuncia acerca de conductas prohibidas y por lo tanto no es aplicable al procedimiento establecido por el Capítulo III de concentraciones y fusiones. Por todo lo expuesto la Comisión entendió que la denuncia resulta improcedente en los términos en que ha sido articulada. Por otro lado entendió que correspondía iniciar una investigación de mercado con el fin de realizar un análisis por una eventual existencia de abuso de posición dominante en el mercado en el ámbito nacional. La Res. N° 131 del 13 de abril de 2010, resolvió desestimar la denuncia de Dilexis S.A. ordenándose el archivo de las actuaciones. Asimismo ordenó iniciar una investigación de mercado.

VI. A fs. 389/396, Dilexis presentó un recurso de apelación cuyos agravios son los siguientes:

En el primer agravio, el apelante sostiene que la resolución al tener por desistida la denuncia en base a que los hechos denunciados no se refieren a conductas anticompetitivas concretas, sino al incumplimiento de un compromiso derivado de un proceso de concentración económica, tergiversa el objeto de la misma, ya que se refiere al comportamiento del Grupo Bimbo y de Fargo posterior al dictado de la resolución que subordinó la autorización de la operación. Considera asimismo que la situación planteada es similar al antecedente "Quilmes - Brahma", en el cual por denuncia de un tercero (Isenbeck), la justicia ordenó que las empresas notificantes actuaran en forma separada en el mercado hasta tanto se cumpliera la desinversión dispuesta.

Considero que no es atendible este agravio del apelante, en razón de que si bien los hechos denunciados son posteriores al dictado de la resolución SCI 131/2010 apelada, tienen directa vinculación con el supuesto incumplimiento del compromiso de desinversión asumido en el marco de una operación de concentración entre empresas.

Ello surge claramente de los puntos 3 y 4 del petitorio de la denuncia presentada (fs. 18), en los cuales el apelante solicita se deniegue la autorización de la operación de concentración en virtud del supuesto incumplimiento del compromiso de desinversión asumido por las partes notificantes y en subsidio, se ordene el cumplimiento del compromiso en un plazo perentorio de 6 meses.

El Capítulo III de la ley 25.156, configura un procedimiento especial en el cual se analizan futuras concentraciones o fusiones entre empresas, con el objeto de evitar preventivamente conductas anticompetitivas, que puedan afectar el bien jurídico protegido, que es el interés económico general. En este proceso sólo revisten el carácter de partes las empresas notificantes (Resolución SDC y C N° 40/2001) y es la autoridad de aplicación de la ley, quien decide autorizar, denegar o subordinar la concentración (art. 13 de la ley) con el debido control judicial del acto administrativo (art. 52 de la ley). Deriva de lo expuesto que todo lo referente al cumplimiento de un compromiso impuesto como condición para autorizar una concentración, debe ser monitoreado por la autoridad de aplicación de la ley, no siendo factible atacarla mediante la denuncia prevista en el art. 26 de la ley, ya que ésta se refiere a la imputación de conductas configurativas de las hipótesis previstas en el art. 1° de la ley 25.156. El art. 28 de la ley exige precisamente que la denuncia explique claramente los hechos en que se funde, y en el caso analizado no existe ni siquiera someramente tal descripción, sino que se limita a sostener que al no verse efectuado la desinversión comprometida, Bimbo y Fargo se encontrarían operando en forma conjunta y/o coordinada, afectando el régimen de libre competencia.

Sin perjuicio de la desestimación y archivo de la denuncia, a fin de proteger el interés económico general, la resolución impugnada dispuso iniciar una investigación de mercado, a efecto de analizar, como sostiene el apelante,

la existencia de abuso de posición dominante en el mercado de pan industrial blanco y negro y del mercado de bollería industrial, en el ámbito nacional.

En el segundo agravio, el apelante sostiene que la resolución impugnada es autocontradictoria por dos motivos: por haber corrido el traslado previsto en el art. 29 de la ley 25.156 y por haber ordenado una investigación de oficio sobre idénticos hechos que los denunciados.

En mi opinión, tampoco este agravio debe prosperar, por los siguientes fundamentos:

1. Que la Comisión ordene el traslado de una denuncia presentada conforme al art. 26 de la ley 25.156, no significa que la obligue, por ese simple primer análisis, a ordenar el sumario previsto en el art. 30 de la misma.

Claramente surge tal interpretación del texto de la ley 25.156, que determina que si la denuncia impetrada tiene objetividad necesaria para no ser desestimada *in limine*, debe correrse traslado por 10 días a las denunciadas para que formulen las explicaciones que estimen corresponder (art. 29) y recién contestada la vista, o vencido el plazo para hacerlo, con todos los elementos reunidos, la autoridad decide sobre la procedencia de la instrucción de un sumario (art. 30). En el presente caso en análisis se observaron estrictamente todos esos pasos, en especial se consideraron atendibles las explicaciones brindadas por las denunciadas, razón por la cual y conforme lo determina el art. 31 de la ley 25.156, se consideró que no existía mérito suficiente para proseguir el procedimiento, ordenando su archivo.

2. Tampoco es contradictorio desestimar la denuncia y ordenar su archivo, con la orden de investigar la existencia o no de un abuso de posición dominante. Esta investigación abarca la totalidad de la industria involucrada en el mercado de pan industrial blanco y negro y bollería industrial, por lo que su objeto excede el limitado accionar de Bimbo y Fargo y tiende a definir concretamente la existencia o no de conductas anticompetitivas, más allá del eventual incumplimiento del compromiso denunciado.

En el tercer agravio, el apelante sostiene que la resolución impugnada, al desestimar y archivar su denuncia, tiene por consecuencia dejar sin control judicial suficiente la conducta denunciada.

Tal agravio carece, en mi opinión, de todo sentido jurídico y lógico, ya que la denuncia impetrada por el apelante, sus fundamentos y lo decidido en

sede administrativa en consecuencia, es materia de análisis en el presente recurso de apelación, conforme lo dispuesto por el inciso d) del art. 52 de la ley 25.156, con lo cual queda sobradamente cumplido el principio del debido control judicial de la resolución administrativa.

Por lo expuesto, considero ~~que~~ debe rechazarse el recurso interpuesto, confirmando en todas sus partes la Res. SCI 131/2010 con expresa imposición de costas al apelante.

Los Dres. Hendler y Repetto:

Que la resolución apelada fue dictada por el Secretario de Comercio Interior con motivo de una denuncia de infracción a la Ley de Defensa de la Competencia imputada a las sociedades anónimas Grupo Bimbo y Compañía de Alimentos Fargo. Lo resuelto fue la desestimación de la denuncia.

Que para dictar esa resolución, el funcionario mencionado invocó la atribución que la ley vigente, N° 25.156, dictada en 1999, acordó transitoriamente a los órganos de aplicación de la ley derogada, N° 22.262, dictada en 1981.

Que esa atribución fue conferida hasta tanto sea constituido y puesto en funcionamiento el organismo competente para entender en la materia, el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia (artículo 58 ley 25.156).

Que esa circunstancia obliga a este tribunal a poner de manifiesto el verdadero escándalo jurídico que se produce por la omisión de las autoridades encargadas de constituir y poner en funcionamiento el mencionado organismo competente cuando han transcurrido más de once años de dictada la ley 25.156. Ya en otras ocasiones anteriores se dispuso cursar comunicación al Poder Ejecutivo, por intermedio de la Corte Suprema de la Nación, para que proceda a dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 19 de la ley 25.156 (conf. regs. 509/2009 y 10/2010 de Sala A) lo que corresponderá reiterar una vez más.

Que, de todos modos, cualquiera sea la autoridad que tenga facultades para conocer, en el caso se trata de una denuncia de hechos que, según el denunciante, constituyen prácticas restrictivas de la competencia y transgresiones al cumplimiento de condiciones impuestas legalmente, en el año 2004, cuando las empresas imputadas notificaron a la repartición ministerial la toma de control de una de ellas por la otra. Esos hechos, de

resultar comprobados, encuadran en las prohibiciones de los artículos 1° y 2° de la Ley de Defensa de la Competencia y están sujetos a las sanciones del artículo 46 de esa ley.

Que la denuncia, por consiguiente, debe tener el trámite que contempla la misma ley y debe dar lugar, una vez escuchados los imputados, a la determinación de instruir un sumario o bien disponer el archivo si resultan satisfactorias las explicaciones brindadas (conf. artículos 30 y 31 de la ley 25.156). Esta última providencia – el archivo – es la adoptada por el Secretario de Comercio Interior al desestimar la denuncia invocando expresamente la última de las disposiciones mencionadas (artículos 1° y 4° de la resolución 131/2010).

Que, para resolver de ese modo, el funcionario se basó en un dictamen producido por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. Ese dictamen se refiere, únicamente, a las atribuciones del denunciante para intervenir en las actuaciones y afirma que la autoridad de aplicación tiene facultades “exclusivas y excluyentes” que le confieren la “prerrogativa” de establecer compromisos anticompetitivos y que la investigación de su incumplimiento es “atribución cuyo imperio corresponde” a la mencionada comisión, es decir al organismo que subsiste transitoriamente. Opina que eso es así en virtud de prerrogativas indelegables y en ejercicio de una jurisdicción nuevamente designada como “exclusiva y excluyente” (numerales 89, 90, 91 y 92 del dictamen).

Que en lo que concierne a las razones para disponer el archivo de la denuncia, es decir acerca de las prácticas anticompetitivas denunciadas y de las explicaciones brindadas por las empresas imputadas, ni el dictamen, ni la resolución del Secretario de Comercio Interior contienen indicación alguna. Tan sólo se consigna que “...la denuncia presentada resulta improcedente en los términos en que ha sido articulada” (numeral 97 del dictamen de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia que el Secretario de Comercio Interior hizo suyo).

Que esa manera de resolver constituye una discrecionalidad absoluta y da lugar a su anulación de conformidad con la ley procesal aplicable (artículo 123 del Código Procesal Penal de la Nación) lo que debe disponerse de oficio

por implicar una violación al derecho de defensa en juicio que resguarda el artículo 18 de la Constitución Nacional.

Que las restantes providencias adoptadas por el Secretario de Comercio Interior, si bien no son materia de la apelación en la que toca entender a esta Cámara, ponen de manifiesto una contradicción obvia y evidente. Al mismo tiempo que ordenó el archivo de la denuncia mandó obtener una copia, glosarla a otro expediente de la misma repartición y proceder a investigar la existencia de abuso en la posición dominante del mercado en que operan las empresas imputadas. Es decir que ordenó desestimar la denuncia y también, al mismo tiempo, copiarla en un legajo distinto para dar curso a la investigación de hechos a los que la misma se refiere, una artimaña burocrática sin ninguna finalidad legalmente comprensible.

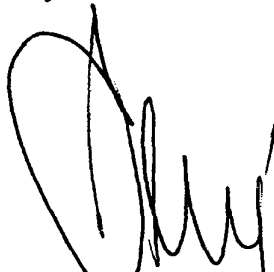
Por lo cual, por mayoría, **SE RESUELVE:**

1º) Librar oficio a la Secretaría de Superintendencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de conformidad con lo previsto por el artículo 40 del Reglamento para la Justicia Nacional, para que por intermedio de ese tribunal, se gestione ante el Poder Ejecutivo la integración del organismo que debe aplicar y controlar el cumplimiento de la Ley de Defensa de la Competencia N° 25.156 (artículo 19).

2º) **ANULAR** la resolución N° 131/2010 de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en cuanto desestima y manda archivar la denuncia presentada el 24 de julio de 2008 ante la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

  
EDMUNDO S. HENDLER  
JUEZ DE CAMARA

  
JUAN CARLOS BONZON  
JUEZ DE CAMARA

  
NICANOR M. P. RENETTO  
JUEZ DE CAMARA

ANTE MI 