

**C. 9628/02 ACASA ISENBECK s. apel. resol. Comisión Nacional de Defensa de la Competencia@**

Buenos Aires, 29 de octubre de 2002.

**AUTOS Y VISTOS:**

El recurso directo de apelación interpuesto por C.A.S.A. Isenbeck, que se encuentra agregado a fs. 862/68 de estas actuaciones, contra la resolución de la Comisión Nacional de Defensa de la competencia de fs. 853/60, y la contestación de CCBA S.A. y de Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G. obrante a fs. 16/36, y

**CONSIDERANDO:**

1. Cervecería Argentina Sociedad Anónima Isenbeck (en adelante Isenbeck) solicitó a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (en adelante CNDC) que se le diera intervención como parte coadyuvante en todas las actuaciones y expedientes que se hubiesen originado con motivo de la presunta adquisición de un paquete accionario representativo de parte del capital social de Quilmes Industrial SA -QUINSA- por parte de Companhia de Bebidas das Americas SA -AmBev- (fs. 729/33 y 762/63).

La CNDC, en el expediente N° S01:8000099/02 ACCBA SA Y CERVECERIA Y MALTERIA QUILMES SA (C.0376) S/ NOTIFICACION ART. 8 DE LA LEY 25.156", desestimó -por mayoría- la solicitud formulada por Isenbeck para que se la tuviera como parte coadyuvante en las referidas actuaciones.

Asimismo, la CNDC resolvió hacer saber a quienes tuvieran un interés legítimo que podían aportar la documentación relativa al mercado involucrado, la que sería considerada en la medida en que resultara pertinente y procesalmente oportuna.

2. La decisión de la CNDC, según el voto de la mayoría, se fundó en que el art. 42 de la ley 25.156, que prevé la intervención como parte coadyuvante,

se encuentra comprendido en el Capítulo VI de la ley, en el que se establece el procedimiento aplicable a las actuaciones que se inicien de oficio o por denuncia realizada por cualquier persona física o jurídica, pública o privada, cuando existen conductas prohibidas por la ley, y no a la notificación de concentraciones económicas regulada en el Capítulo III.

En ese sentido, la CNDC meritó también que el art. 11 de la ley 25.156 prevé que el Tribunal de Defensa de la Competencia fijará con carácter general la información y antecedentes que las personas deberán proveer y los plazos para ello, en tanto que el decreto reglamentario N° 89/01 dispone que dicho Tribunal establecerá un procedimiento en el que se fijen al menos tres etapas sucesivas para la presentación gradual de información. De acuerdo con esas normas, agregó la CNDC que se dictó la Resolución SDCyC N° 40/01 que establece el procedimiento aplicable a la notificación de concentraciones económicas, en el que no se prevé la figura de parte coadyuvante, ni ninguna similar.

3. En cambio, el voto de la minoría destacó que el art. 42 de la ley habilita claramente a los terceros para ser tenidos como parte coadyuvante en los procedimientos que se substancien ante la CNDC, en la medida que demuestren la titularidad de un interés legítimo, habida cuenta de que la norma alude genéricamente a los **Aprocedimientos@** sin efectuar distingo alguno, por lo que una interpretación contraria implicaría un exceso ritual contrario a los fines perseguidos.

Desde esa perspectiva, el vocal que votó en disidencia señaló que la legislación sobre defensa de la competencia tiene como objetivo la averiguación de la **Averdad real@** y que la ley 25.156, enrolándose en las modernas tendencias procesalistas, introdujo como novedad la ampliación de los sujetos habilitados para requerir participación procesal en las causas sometidas a decisión de la CNDC, conjuntamente con la instauración de un mayor contralor de los procedimientos por parte de la sociedad en general y de los sujetos involucrados directa o indirectamente.

Finalmente, precisó que la mayoría de las legislaciones preveían la intervención de competidores, terceros y asociaciones de consumidores o usuarios, que pueden incluso oponerse a la operación de concentración -entre las que mencionó a la de Brasil y EE.UU.-, y que el rol fundamental del coadyuvante es de colaboración y acercamiento de información (con excepción del carácter confidencial que se le atribuya a ciertos datos) y/o de eventual contradicción.

**4.** Contra la decisión desestimatoria de su pedido de intervención como parte coadyuvante se agravia Isenbeck.

En primer lugar, la recurrente sostiene la apelabilidad de la resolución cuestionada, en el entendimiento de que si bien no se encuentra entre las comprendidas en el art. 52 de la ley 25.156, esa limitación tiene vínculo directo con el carácter de parte de que ha podido ejercer el derecho de defensa y controlar el procedimiento, lo cual es, precisamente, lo que se reclamó y desestimó, por lo que si se denegase la apelación se clausuraría definitivamente la posibilidad de ejercer ese control y deducir, en su momento, los recursos previstos en el referido art. 52.

Luego de efectuar un relato de las circunstancias que motivaron su petición, manifiesta tener interés legítimo en evitar que la alianza estratégica entre las firmas involucradas en la operación, se constituya o derive en una posición dominante de mercado que genere una *Acartelización* para fijar políticas unificadas y coordinadas respecto de la producción, comercialización, determinación de precios, calidades de productos y actitud frente a competidores menores.

Agrega, en esa línea, que se trata de una operación de *Atoma de control* o *take over* por parte del socio brasileño sobre los negocios del grupo argentino Bemberg, que generará un conjunto de actos y conductas anticompetitivas perjudiciales para el interés económico general y que se encuentran prohibidas por los artículos 1, 2 y 7 de la ley 25.156.

Además de adherir a los fundamentos expuestos en el voto de la minoría, Isenbeck cuestiona la decisión adoptada por la CNDC por considerar que

la interpretación que efectúa, apegada a la Resolución SDCyC N° 40/01, ignora normas de superior jerarquía como la del art. 18 de la Constitución Nacional que garantiza el derecho al debido proceso, y la del art. 42 de la ley 25.156.

En ese orden de ideas, la apelante esgrime que la interpretación de la ley debe efectuarse de manera que amplíe, y no restrinja, el derecho de defensa en juicio, máxime cuando se encuentran afectados indirectamente los derechos del consumidor, especialmente protegidos por el art. 42 de la Constitución Nacional y por la Ley de Defensa del Consumidor.

Por último, aduce que no es posible equiparar la calidad de testigo con la de parte, pues mientras aquél carece de derechos procesales, esta última otorga legitimación para formular peticiones, ofrecer prueba, replicar al adversario e interponer los recursos pertinentes.

**5.** Así planteada la cuestión -que se integra con el responde presentado por CCBA S.A. y de Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G. (en adelante CCBA) en virtud de la vista conferida en los términos del art. 53 del decreto 89/01 (ver fs. 889)-, antes de examinar los agravios vertidos por la recurrente, corresponde realizar algunas consideraciones respecto de ciertos planteos efectuados por estas firmas en la aludida presentación.

Respecto de las expresiones vertidas por CCBA (pto. III, a fs. 17/18) sobre la medida cautelar dictada por esta Sala en la causa 8321/02 (resolución del 3-9-2002) cabe recordar que la función de los jueces no radica en persuadir a las partes sobre el acierto de sus decisiones sino en impartir justicia con arreglo a la Constitución y a las leyes; por lo tanto, teniendo en cuenta que dichas expresiones tienden a cuestionar extemporáneamente aquella decisión judicial y no constituyen materia de apelación, no corresponde que este Tribunal se pronuncie sobre ellas.

En lo que concierne a la inapelabilidad que postula CCBA en su presentación (pto. V, a fs. 20/22), con sustento en que la vía recursiva se encuentra limitada -en esta instancia de autorización- a la hipótesis prevista en el art. 52 de

la ley 25.156, corresponde señalar que el recurso interpuesto por Isenbeck fue bien concedido por la CNDC (fs. 889).

En efecto, este Tribunal ha decidido que la denegatoria del recurso de apelación previsto en el art. 52 de la ley 25.156 con fundamento en el carácter taxativo de su enumeración, no es conciliable -más allá de la interpretación que se hiciere a partir de su letra- con el control judicial suficiente exigible cuando se trata de la decisión de un órgano administrativo, máxime cuando el art. 449 del Cód. Procesal Penal, aplicable supletoriamente (art. 56, ley 25.156), dispone que el recurso de apelación procederá contra las resoluciones expresamente declaradas como apelables o que causen un gravamen irreparable (*cfr. esta Sala, causa 2929/02 del 15-8-02*).

Y como la decisión recurrida tiene por efecto impedir a Isenbeck su participación como parte coadyuvante en el trámite de autorización solicitado por CCBA S.A. y Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G., con las consecuencias que ello trae aparejado respecto de las facultades procesales que esa calidad otorga -y que la recurrente considera que le asisten en virtud de la interpretación que propicia respecto del art. 42 de la ley 25.156-, no se puede descartar el aludido gravamen irreparable.

Por lo expuesto cabe desestimar la crítica que CCBA efectúa en lo relativo al efecto suspensivo con que fue concedido el recurso (punto VI, a fs. 23); en efecto, dadas las circunstancias del caso no cabía otra posibilidad que conferirle al recurso dicho efecto ya que, de lo contrario, el perjuicio no habría sido reparable por esta vía porque se hubiera continuado y concluido el trámite en el cual se reclamaba la intervención en carácter de parte coadyuvante.

6. Ello sentado, es conveniente precisar que la cuestión a decidir se resume en la distinta interpretación que se hace del art. 42 de la ley 25.156, a partir de su letra, finalidad y ubicación de la norma en el texto legal, por lo que se examinará los agravios de la recurrente desde esta perspectiva.

El referido art. 42, incluido en el Capítulo VI de la ley (denominado ADEL PROCEDIMIENTO@), establece AEl Tribunal podrá dar intervención como parte coadyuvante en los procedimientos que se substancien ante el mismo, a los afectados de los **hechos investigados**, a las asociaciones de consumidores y asociaciones empresarias reconocidas legalmente, a las provincias y a toda otra persona que pueda tener un interés legítimo en los **hechos investigados**.@ (el destacado pertenece al Tribunal).

Es decir que la norma en cuestión faculta al Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia -y a la CNDC hasta tanto éste se integre (art. 58 de la ley 25.156)- para dar intervención como parte coadyuvante en los procedimientos a los afectados por los **hechos investigados** y a todo sujeto que tenga un interés legítimo en los **hechos investigados**. En conclusión, la norma prevé la referida intervención, no en cualquier procedimiento sustanciado ante la CNDC, sino en aquellos en los que se investiguen hechos, tal como se reitera en la norma. (Ello aun cuando se considerase al trámite previsto en el Capítulo III de la ley 25.156 como un procedimiento al cual se le aplican las normas del Capítulo VI, aspecto sobre el que se volverá más adelante.)

Por lo tanto, no se puede sostener -como lo pretende la recurrente con remisión a los fundamentos que informa el voto de la minoría- que el art. 42 contempla la intervención, con carácter general, como parte coadyuvante en todos los procedimientos que se substancien ante la CNDC sin distinción alguna, habida cuenta de que esa inteligencia estaría prescindiendo del texto legal, lo cual no es admisible aún con el fin de adecuarlo a los principios y garantías constitucionales que invoca (*cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 315:3016, 318:950 y 320:2647*).

Tal como lo ha decidido en reiteradas oportunidades el Alto Tribunal, la primera fuente de exégesis de la ley es su letra, y cuando ésta no exige esfuerzo de interpretación debe ser aplicada directamente, con prescindencia de

consideraciones que exceden las circunstancias del caso, expresamente contempladas por las normas, ya que de otro modo podría arribarse a una interpretación que equivaliese -sin declaración de inconstitucionalidad- a prescindir de su texto (*cfr. Fallos 311:1042, 316:1247, 319:2617, 320:305 y 2130, 323:620 y 3139, 324:1740 y 2885*).

En esa inteligencia, cuando se emplean en la norma determinados términos o varios términos sucesivos, es la regla más segura de interpretación la de que ellos no son superfluos sino que han sido empleados con algún propósito -ya sea el de ampliar, limitar o corregir conceptos (*Fallos 315:1256 y 316:2732*)-, por cuanto en definitiva el fin primordial en la interpretación de la ley es dar pleno efecto a las normas vigentes, sin sustituir al legislador ni juzgar sobre el mero acierto o conveniencia de disposiciones adoptadas en el ejercicio de sus propias facultades (*Fallos 299:167, 304:1795 y 1820, 314:458, 315:727 y 2999, 318:1012, 321:802 y 324:1481 y 2153*).

7. A fin de establecer si, de acuerdo a estas pautas, la intervención como parte coadyuvante se encuentra prevista en el caso que se examina, es necesario destacar que la ley 25.156, para impedir la distorsión de la competencia en el mercado -bien jurídico cuya protección persigue-, establece dos sistemas diferentes de control: uno se relaciona con los comportamientos, es decir con los actos o conductas manifestados de cualquier forma que tengan por objeto o efectos los mencionados en el art. 1 (que con carácter enunciativo se indican en el art. 2); en tanto que el otro se ubica en lo que se ha denominado como **Acontrol de estructuras@**, a través de un mecanismo de notificación y autorización previa o inmediata de las operaciones de concentración económica regulado en el Cap. III.

Respecto del control de comportamientos se ha previsto un procedimiento (Cap. IV) que se inicia **de oficio** o por **denuncia** realizada por cualquier persona física o jurídica, pública o privada (art. 26). Uno de los requisitos que debe contener la denuncia es una explicación clara de los **hechos** en los que se

funda (art.28, inc. b). A su vez, en el supuesto de que el procedimiento se inicie de oficio se prevé un traslado al presunto responsable de la relación de los **hechos** y la fundamentación que lo motivaron (art. 29, última parte). Contestada la vista, o vencido el plazo el Tribunal -la CNDC- debe resolver sobre la procedencia de la **instrucción del sumario** (art. 31), y una vez concluida se notifica a los presuntos responsables para que efectúen su descargo y ofrezcan prueba (art. 32).

También interesa destacar que, en este capítulo referido al procedimiento, se prevé la posibilidad de que la CNDC convoque a una audiencia pública cuando lo considere oportuno para la marcha de las **investigaciones** (art. 38) o confiera intervención como parte coadyuvante en los procedimientos que se sustancien ante el organismo, a los afectados por los **hechos investigados** y a las asociaciones, provincias o toda otra persona que pueda tener un interés legítimo en los **hechos investigados** (art. 42).

En cambio, el control de concentraciones económicas (Cap. III) se lleva a cabo mediante la notificación para su examen (art. 8) y autorización (arts. 13 y 14). En este capítulo se prevé que el Tribunal -CNDC- fijará con carácter general la información y antecedentes que las personas deberán proveer y los plazos (art. 11), como así también que la reglamentación establecerá la forma y contenido adicional de la notificación de los proyectos de concentración económica y operaciones de control de empresas de modo que se garantice su carácter confidencial (art. 12).

De acuerdo con estas normas, el decreto 89/01, reglamentario de la ley 25.156, dispone que el Tribunal -CNDC- establecerá un procedimiento en virtud del cual se prevean al menos tres etapas sucesivas para la presentación gradual de la información (art. 11), el que se encuentra regulado en la Resolución SDCyC N° 40/01, que aprobó la guía para la notificación de operaciones de concentración económica.

**8.** En ese contexto normativo y sobre la base de las pautas establecidas en los considerandos precedentes, se debe concluir en que la intervención como parte

coadyuvante prevista en el art. 42 de la ley 25.156 está limitada a los supuestos de control de comportamientos, es decir a aquellos procedimientos en los que, por denuncia o de oficio, se investigan hechos que pudieran tipificar las conductas prohibidas por la ley.

Es que, en rigor, en el trámite de notificación previsto en el art. 8 de la ley 25.156 para la autorización de determinadas concentraciones económicas, no se investigan hechos con el alcance precisado en el Capítulo VI, sino que se **examinan** -como precisa esta norma- con carácter previo o inmediato los actos indicados en el art. 6.

Por lo tanto, la intervención como parte coadyuvante que solicita Isenbeck en este ámbito, no está normativamente prevista, a la vez que no resulta compatible con la estructura del trámite del art. 8, en el que no se ha contemplado el debate de intereses o derechos contradictorios -como sí sucede en los supuestos de investigaciones iniciadas de oficio o por denuncia- ni con la celeridad que lo condiciona, en virtud de la brevedad del plazo fijado en el art. 13 y de la autorización tácita en el supuesto de que venza ese plazo sin resolución (art. 14).

9. La interpretación precedentemente realizada, se puede confirmar acudiendo a los antecedentes parlamentarios en ocasión de discutirse el proyecto de la ley 25.156, pues resultan de utilidad para conocer el sentido y alcance de la norma (*cfr. Corte Suprema, Fallos 182:486, 296:253, 306:1047, 313:1149, 317:779 y 1505*).

En el debate parlamentario de la Ley de Defensa de la Competencia, se señaló que A...Se suprimió la figura del querellante, pero con el art. 43 ha quedado subsanada la posibilidad de intervención activa en el proceso por parte del damnificado@ (cfr. [www.hcdn.gov.ar/dependencias/dtaquigrafos/cxvii-13.html](http://www.hcdn.gov.ar/dependencias/dtaquigrafos/cxvii-13.html), Reunión N° 13 del 19-5-99, Orden de 1 día N° 1840, intervención del diputado Folloni), conceptos que, como se ha señalado anteriormente, resultan ajenos al trámite previsto en el art. 8 de la ley, y que se adecuan al procedimiento en el que se

investigan hechos que pudieran tipificar las conductas prohibidas por la ley. (*Si bien se menciona el art. 43, esa norma del proyecto de ley coincide con el art. 42 sancionado.*)

La noción de parte -como concepto general- está íntimamente ligada a la de proceso (*cfr. Goldschmidt, J., Derecho Procesal Civil, Ed. Labor SA, 1936, págs. 191/94 y 229.; Carnelutti, F., Sistema de Derecho Procesal Civil, T. II, Ed. Uthea Argentina, 1944, págs. 58/63; Calamandrei, P., Instituciones de Derecho Procesal Civil, vol. II, Ed. EJEa, 1962, págs. 293 y ss.; Capitant, H., Vocabulario Jurídico, Ed. Depalma, 1972, pág. 414; Podetti, J.R., Teoría y Técnica del Proceso Civil, Ed. EDIAR, 1963, págs. 186/88; Alsina, H., Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, T.I, Ed. EDIAR, págs. 471/75; Palacio, L., Derecho Procesal Civil, T.III, Abeledo Perrot, 1979, págs. 7 y ss.*); concepto este último que, como se ha concluido precedentemente, es ajeno al trámite previsto en el art. 8 y siguientes de la ley 25.156 dirigido a obtener la autorización de ciertas operaciones de concentración económica por parte de la autoridad de aplicación, que se diferencia del procedimiento que se inicia en los términos del art. 26 de la ley.

La intervención como parte coadyuvante con los alcances pretendidos por Isenbeck (derecho a ser oído, formular peticiones, exponer las razones de sus pretensiones y defensas con anterioridad a que se dicten actos que pudieran afectar sus derechos y el interés económico general, ofrecer y producir pruebas, replicar e interponer recursos; *cfr. fs. 866/67*) se asimila a la calidad de parte querellante en el proceso (*cfr. D=Albora, F., Código Procesal Penal Comentado, art. 82 y sgtes., págs. 124/32*), incompatible con la estructura del trámite del art. 8.

**10.** Los fundamentos hasta aquí expuestos no permiten considerar que la finalidad del legislador al sancionar el art. 42 de la ley 25.156 haya sido la de introducir la figura de la parte coadyuvante en el trámite del art. 8 como forma de facilitar el control por parte de la sociedad en general y de los sujetos involucrados directa o indirectamente en el accionar de la CNDC, tal como lo postula la recurrente

adhiriendo a los argumentos del voto de la minoría.

Si bien es cierto que la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador, no se debe soslayar que la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley (*Fallos 316:2561, 320:1962, 322:2321 y 324:415*), la cual en este supuesto no permite, como ya se expuso, arribar a la conclusión que propicia la apelante. Ello así, no cabe a los jueces sustituir al legislador sino aplicar la norma tal como éste la concibió (*Fallos 300:700, 316:2695, 321:1614 y 324:1740*).

**11.** Respecto del planteo relativo a la violación de las garantías de defensa en juicio y del debido proceso cabe formular las siguientes consideraciones.

Tal como se expresó, el trámite de control administrativo previo de los actos enumerados en el art. 6 de la ley 25.156 no constituye un proceso contradictorio en el que estén comprometidos los intereses y derechos de terceros ajenos al acto de concentración económica; en consecuencia, al no existir un A proceso no se advierte que en el caso las garantías constitucionales invocadas estén vulneradas. Concorde con ello, nada impide que en el supuesto de que se aprobara la operación notificada y existiera un perjuicio concreto -y no meramente hipotético como ocurre en esta presentación- Isenbeck impugnase judicialmente el acto de aprobación aludido por las vías que la Constitución y las leyes le reconocen.

Es que, al no existir una resolución de la CNDC que autorice la operación indicada en el recurso (fs. 863, punto 2.1.), el gravamen enunciado por el apelante es conjetural. En efecto, Isenbeck quiere ser parte para poder recurrir una decisión que aún no ha sido dictada; y ello, sin norma que lo autorice y sin que exista una afectación concreta de intereses o derechos, lo cual perturbaría la celeridad del trámite de control establecido por la ley .

Queda claro, entonces, que el derecho de defensa en juicio y debido proceso emergentes del art. 18 de la Constitución nacional no se vulneran cuando -como sucede en autos- el Poder Judicial puede ejercer el control suficiente del acto

administrativo a dictarse a instancias de la parte afectada (*doctrina de Fallos 310: 360 y 311: 49, entre otros*) en los términos en que la Constitución y leyes autorizan.

Aún más, en la resolución cuestionada se le reconoció a todo aquel que tenga un interés legítimo, a aportar documentación relativa al mercado que fuera pertinente y procesalmente oportuna (art. 2?); en segundo término, el art. 15 de la ley 25.156 establece que las concentraciones que hayan sido autorizadas por la CNDC no podrán ser impugnadas en sede administrativa en base a la información y documentación verificadas, lo que por cierto no obsta -como ya se expresó- a que, en sede judicial, se deduzcan los recursos y acciones pertinentes por parte de quienes consideren afectados sus intereses o derechos. Sin perjuicio de ello, la autorización es impugnable ante la CNDC cuando se haya fundado en información falsa o incompleta, en tanto que la reglamentación prevé que toda resolución de la CNDC adoptada con apoyo en datos que participen de las características apuntadas es revisable de oficio, o bien, a instancia de la Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor o **de cualquier persona física o jurídica**, mediante denuncia que deberá cumplir con los recaudos mínimos del art. 28 de la ley 25.156.

Por las razones expuestas, corresponde desestimar los agravios aludidos en el primer párrafo de este considerando.

En consecuencia, **SE RESUELVE**: confirmar la resolución apelada en cuanto fue motivo de agravios.

Las costas de esta instancia, atendiendo a la naturaleza y novedad de las cuestiones planteadas, se distribuyen en el orden causado.

Regístrese, notifíquese -con habilitación de día y hora- y devuélvanse las actuaciones a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.

Antelo-Vocos Conesa-Farrell