

DICTAMEN  
849



C. 1262

Ministerio de Economía y Finanzas Públicas  
Secretaría de Comercio Interior

131



BUENOS AIRES, 13 ABR 2010

VISTO el Expediente N° S01:0300831/2008 del Registro del ex - MINISTERIO DE ECONOMÍA Y PRODUCCIÓN, y

CONSIDERANDO:

Que el expediente citado en el Visto, se inició como consecuencia de la denuncia efectuada el día 24 de julio de 2008 por la empresa DILEXIS S.A., ante la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, organismo desconcentrado en la órbita de la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR del ex - MINISTERIO DE ECONOMÍA Y PRODUCCIÓN, contra las empresas COMPAÑÍA DE ALIMENTOS FARGO S.A. y GRUPO BIMBO SOCIEDAD ANÓNIMA BURSÁTIL DE CAPITAL VARIABLE, por presunta infracción a la Ley N° 25.156.

Que la denuncia fue ratificada con fecha 8 de septiembre de 2008.

Que la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ordenó la ejecución de determinadas diligencias destinadas a investigar los hechos denunciados.

Que dichas diligencias reunieron información, la cual habiendo sido remitida atento a los requerimientos efectuados por la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, se encuentra incorporada al expediente citado en el Visto.

Que con fecha 15 de abril de 2009 se corre traslado a las empresas denunciadas en los términos del Artículo 29 de la Ley N° 25.156.

Que las empresas COMPAÑÍA DE ALIMENTOS FARGO S.A. y GRUPO BIMBO SOCIEDAD ANÓNIMA BURSÁTIL DE CAPITAL VARIABLE brindaron sus explicaciones en tiempo y forma.

Que del análisis efectuado por la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, organismo desconcentrado en la órbita de la SECRETARÍA DE COMERCIO



*Ministerio de Economía y Finanzas Públicas*  
*Secretaría de Comercio Interior*

131



INTERIOR del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS, se puede concluir que la denuncia presentada resulta improcedente en los términos en que ha sido articulada.

Que asimismo, la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA entiende que con el fin de preservar el interés que le corresponde a este organismo tutelar, corresponde iniciar una investigación de mercado con el fin de realizar un análisis de la eventual existencia de abuso de posición dominante en el mercado de pan industrial blanco y negro y del mercado de bollería industrial; ambos en el ámbito nacional.

Que la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ha emitido su dictamen y aconseja al señor Secretario de Comercio Interior desestimar la denuncia efectuada por la empresa DILEXIS S.A., extraer copia de la presentación que previa certificación deberá ser agregada al Expediente N° S01:0302940/2004 del Registro del ex - MINISTERIO DE ECONOMÍA Y PRODUCCIÓN y ordenar el archivo de las actuaciones de conformidad a lo establecido en el Artículo 31 de la Ley N° 25.156.

Que asimismo, la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA entiende que con el fin de preservar el interés que le corresponde a ese organismo tutelar, corresponde iniciar una investigación de mercado con el fin de realizar un análisis de la eventual existencia de abuso de posición dominante en el mercado de pan industrial blanco y negro y del mercado de bollería industrial; ambos en el ámbito nacional.

Que el suscripto comparte los términos del dictamen emitido por la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, al cual cabe remitirse en honor a la brevedad, y cuya copia autenticada se incluye como Anexo que con DIECISEIS (16) hojas, forma parte integrante de la presente resolución.

Que el infrascripto es competente para el dictado del presente acto en virtud de lo establecido en el Artículo 58 de la Ley N° 25.156.



Ministerio de Economía y Finanzas Públicas  
Secretaría de Comercio Interior

131



Por ello,

EL SECRETARIO DE COMERCIO INTERIOR

RESUELVE:

ARTÍCULO 1º.- Desestímase la denuncia presentada por la empresa DILEXIS S.A.

ARTÍCULO 2º.- Extráigase copia de la presentación que previa certificación deberá ser agregada al Expediente N° S01:0302940/2004 del Registro del ex - MINISTERIO DE ECONOMÍA Y PRODUCCIÓN.

ARTÍCULO 3º.- Iníciase una investigación de mercado con el fin de realizar un análisis de la eventual existencia de abuso de posición dominante en el mercado de pan industrial blanco y negro y del mercado de bollería industrial; ambos en el ámbito nacional.

ARTÍCULO 4º.- Ordénase el archivo de las actuaciones de conformidad a lo establecido en el Artículo 31 de la Ley N° 25.156.

ARTÍCULO 5º.- Considérase parte integrante de la presente resolución, al Dictamen N° 649 de fecha 27 de noviembre de 2009 emitido por la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, organismo desconcentrado en la órbita de la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS, que en DIECISEIS (16) hojas autenticadas se agrega como Anexo a la presente medida.

ARTÍCULO 6º.- Regístrese, comuníquese y archívese.

RESOLUCIÓN N°

131

LIC. MARTA GUYERMO MORENO  
SECRETARIO DE COMERCIO INTERIOR  
MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

ES COPIA FIEL  
DEL ORIGINAL



Ministerio de Economía y Finanzas Públicas  
Secretaría de Comercio Interior  
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

131



MANTENIMIENTO  
SECRETARÍA INTERIOR  
COMERCIO INTERIOR

Expte. N° S01:0300831/2008 (C 1262)  
DICTAMEN N°: 648  
BUENOS AIRES,

27 NOV 2009

SEÑOR SECRETARIO:

Se eleva a su consideración el presente dictamen referido a las actuaciones que tramitan bajo Expediente N° S01:0300831/2008 caratulado "GRUPO BIMBO SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE S.A. Y COMPAÑÍA DE ALIMENTOS FARGO S.A. s/ INFRACCIÓN LEY 25.156 (C.1262)" del Registro del ex MINISTERIO DE ECONOMÍA Y PRODUCCIÓN.

**I. SUJETOS INTERVINIENTES:**

1. La denunciante es la firma DILEXIS S.A. (en adelante "DILEXIS"), cuya principal actividad es la fabricación de galletitas tipo crackers, dulces y rellenas.
2. La denunciadas son:
  - (a) GRUPO BIMBO SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE S.A. (en adelante "BIMBO"), es una empresa alimenticia dedicada a la elaboración de panes de salvado, blancos, integrales, tostados, rallados y dulces, entre otros productos que elabora.
  - (b) COMPAÑÍA DE ALIMENTOS FARGO S.A. (en adelante "FARGO"), firma dedicada a la producción de diversos productos panificados así como también galletas, tostadas y pastas, entre otros.

**II. LA DENUNCIA:**

3. El día 24 de julio de 2008, el Dr. Gabriel Bouzat en su carácter de apoderado de la firma DILEXIS se presenta ante esta Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (en adelante "CNDC"), para presentar formal denuncia contra el GRUPO BIMBO y la firma FARGO.
4. En la presentación efectuada por el apoderado de la denunciante, solicita la intervención de este organismo en relación al comportamiento de BIMBO y FARGO con posterioridad al dictado de la Resolución de esta CNDC que subordinara la

ES COPIA FIEL  
DEL

Ministerio de Economía y Finanzas Públicas  
Secretaría de Comercio Interior  
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia



131

MANÓN MATAEFFE  
SECRETARÍA DE ENTRADA  
COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA  
DE LA COMPETENCIA



autorización de la operación de concentración<sup>1</sup>.

5. En ese sentido, DILEXIS advirtió que las firmas denunciadas no habrían cumplido con el compromiso de desinversión asumido en el marco de la operación, a cuyo cumplimiento se subordinó la autorización dispuesta y recomendada por esta Comisión Nacional en su Dictamen de Concentración N° 395/2004 de fecha 10 de septiembre de 2004.
6. En consecuencia remarca que los hechos denunciados favorecen la monopolización del mercado del pan industrial en nuestro país, dado que mantienen en el tiempo una estructura de mercado contrario al régimen de libre competencia y consolidan una posición dominante que afecta al interés económico general protegido por la Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia (en adelante "LDC").
7. Según DILEXIS, a la fecha no se conoce que BIMBO y FARGO hayan realizado acto alguno conducente a concretar la desinversión comprometida respecto de ciertos activos de FARGO; indicando asimismo que BIMBO y FARGO se encontrarían operando en forma conjunta y/o coordinada, en violación a lo dispuesto por la resolución que subordinara la operación y al régimen de libre competencia.
8. Agrega la misma que es evidente que la participación que BIMBO detenta en FARGO le otorga acceso a información privilegiada sobre la estrategia competitiva de esta última; y que ello implica por sí sólo una distorsión de los términos en que fuera formulado el compromiso.
9. Sobre lo advertido, agrega que ello sería así, en razón de que el compromiso, establecía un control independiente de las dos compañías hasta tanto se vendan los activos a desinvertir.
10. Afirmó el denunciante que la sola adquisición en forma asimétrica de información estratégica de FARGO por parte de BIMBO, antes de que se constituya el nuevo jugador que deberá ingresar al mercado como consecuencia de la desinversión comprometida, constituye una restricción de la competencia.
11. Sobre lo antedicho aseguró que la circunstancia de que durante mas de tres años FARGO y BIMBO actuaron en el mercado en una situación irregular de supuestos competidores y socios, sumado a la circunstancia de que en su Dictamen, esta

<sup>1</sup> Dictamen N° 395 de fecha 10 de septiembre de 2004 dictado en el marco del Expte. N° S01:0131738/2003 caratulado "GRUPO BIMBO S.A.C.V. Y COMPAÑIA DE ALIMENTOS FARGO S.A. S/ NOTIFICACION ART. 8° LEY N° 25.156 (CONC. 0418)"



MARCELO R. ATARFE  
SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR  
COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

CNDC concluyó que la operación resultaba ilícita en los términos en que fuera notificada, determina un grave problema de competencia que debe ser investigado y remediado.

12. Indica asimismo DILEXIS que de la memoria de FARGO surge que la firma mencionada avanzó notablemente en el proceso concursal, y dado que la deuda privilegiada está en manos de BISMARCK ACQUISITIONS, LLC, – firma vinculada a CHICO PARDO, controlante de MADERA LLC (en adelante MADERA) y/o GRUPO BIMBO –, no existe riesgo alguno de que FARGO pueda terminar quebrando, determinándose con ello que los presupuestos tenidos en cuenta por esta CNDC al expedirse sobre la operación se modificaron y que no resulta aplicable la doctrina de la "empresa fallida". Tal circunstancia muestra, según DILEXIS, que no existe peligro alguno en denegar la autorización de la operación.
13. Seguidamente DILEXIS manifestó que para el supuesto que BIMBO sostenga que no ha ejercido la opción de compra del 70% de las acciones de FARGO, y que el plazo para desinvertir debe comenzar a computarse a partir de que ejerza dicha opción de compra, solicitó se declare la caducidad de la subordinación, tal como lo dispone el Art. 13 del Decreto N° 89/2001, reglamentario de la ley 25.156.
14. Advierte el denunciante que PIERRE AQUISITION LLC (en adelante PIERRE) y su controlante MADERA actuaron como instrumentos de BIMBO para que esta última tome el control de FARGO, añadiendo que a los tres días de la compra de acciones de FARGO por parte de PIERRE, su controlante MADERA le vendió el 30% de PIERRE a BIMBO.
15. Asimismo, MADERA le otorgó a BIMBO una opción de compra por el 70% restante de PIERRE. De acuerdo a lo manifestado, la secuencia temporal indica que el ingreso indirecto de BIMBO en FARGO y la opción de compra estaban acordados desde mucho antes.
16. En este contexto el presentante advierte que la circunstancia de que DILEXIS actúa en un mercado muy cercano al de FARGO, sumado al hecho de que su principal accionista – Carlos F. PREITI, quien fuera propietario de FARGO hasta su venta al EXXEL GROUP– tiene un conocimiento profundo de la industria del pan industrial, la colocan en un excelente situación para comprar los activos a desinvertir y manifestando ser esa su intención, dado que señala que su mandante posee un interés legítimo más allá de la vigencia plena del régimen de libre competencia.

ES COPIA FIEL  
DEL



Ministerio de Economía y Finanzas Públicas  
Secretaría de Comercio Interior  
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

131



MARTÍN HERNÁNDEZ  
SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR  
COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

17. Concluyó que de la realidad económica de la operación surge que GRUPO BIMBO recurrió a un avezado agente financiero, como lo es MADERA, para evitar los riesgos que enfrentaba la operación.
18. Por último, ofreció prueba, petición la formación de incidente de investigación, la denegación a las partes de la autorización de la operación, en virtud del incumplimiento del compromiso de desinversión asumido oportunamente, en subsidio se ordene el cumplimiento del compromiso en un plazo perentorio y a tal efecto se establezca un estricto cronograma de desinversión y por último ser tenido por parte coadyuvante.

### III. LAS EXPLICACIONES:

#### A. EXPLICACIONES DE BIMBO

19. BIMBO advierte en sus explicaciones que existe falta de legitimación activa interponiendo esa excepción, en atención a que DILEXIS carece de interés legítimo para promover la denuncia
20. Sobre este aspecto agrega asimismo que existe un interés particular del denunciante, toda vez que aclara en su libelo que tiene intención de adquirir los activos objeto del compromiso de desinversión.
21. Añade BIMBO en sus explicaciones que DILEXIS no califica como tercero coadyuvante, por cuanto en el control de concentraciones no se investigan hechos, sino que se analizan con carácter previo o inmediato, los actos a los que se refiere el artículo 6° de la LDC.
22. Asimismo, agrega BIMBO que adicionalmente se plantea excepción de defecto legal de la denuncia en los términos del Art. 339, inciso 2) del CPPN, advirtiendo que no se cumple con los requisitos del artículo 28 de la LDC con relación a los ítems ii, iii y iv, en razón de que el objeto de la denuncia no está planteado claramente, los hechos en los que se basa y el derecho en que se funda no aparecen referidos de conformidad con los requerimientos legales.
23. La denunciada, expresa por su parte que la pretensión de DILEXIS es oscura porque pretende obstaculizar el proceso de desinversión, todo ello con el objeto de presionar y ser tenida en cuenta para la adquisición de los activos que GRUPO BIMBO Y PIERRE se habían comprometido a desinvertir en los términos del compromiso.

ES COPIA FIEL  
DEL ORIGINAL



Ministerio de Economía y Finanzas Públicas  
Secretaría de Comercio Interior  
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

131

MARTÍN KATAESE  
SECRETARÍA LETRADA  
COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA  
DE LA COMPETENCIA



24. Indica además con relación a FARGO y a la complejidad con que se desarrolló el proceso concursal de dicha entidad y que implicó juicios en los Estados Unidos, suspensión de procesos en Argentina, asambleas de tenedores de obligaciones negociables, agregando que BIMBO –tenedor indirecto de un porcentaje minoritario equivalente al 30% de las acciones de FARGO– no estuvo involucrado en el proceso concursal de esta última.
25. Explica BIMBO en su presentación, con relación al supuesto incumplimiento del compromiso de desinversión, que DILEXIS omite señalar intencionalmente que el referido compromiso constituye una condición a fin de que BIMBO pudiera ejercer la opción de compra que le permitiría tomar el control de FARGO, señalando que tal escenario no ha ocurrido toda vez que no ha hecho ejercicio de la opción mencionada y no ejerce control sobre FARGO.
26. Agrega que el compromiso de desinversión aún no ha podido hacerse efectivo, porque FARGO se encuentra solucionando su situación concursal, aclarando, no obstante, que desde la fecha en que obtuvo la aprobación del compromiso de desinversión, PIERRE ha realizado diversas presentaciones ante la CNDC tendientes a informar acerca de la marcha del proceso de desinversión, así como también del estado del concurso preventivo.
27. Asimismo, advierte BIMBO en sus explicaciones, con relación a supuestos de hecho contrarios a la Ley de Defensa de la Competencia, que la imputación realizada por DILEXIS resulta notoriamente contradictoria, por cuanto afirma por un lado que ambos denunciados estarían actuando en forma conjunta y, por otro, manifestaría que dicha situación no se estaría produciendo.
28. Añade el denunciado que en caso de que las empresas no estuvieren operando en forma conjunta, no existe motivo alguno para que DILEXIS efectúe una imputación como la que aquí se analiza, obrando esta circunstancia como motivo suficiente para ordenar el archivo de las actuaciones.
29. En ese sentido, advierte que la circunstancia de que BIMBO sea accionista industrial, indirecto y minoritario de FARGO no implica en modo alguno indicios para que esta CNDC investigue el comportamiento de las empresas notificantes, siendo las afirmaciones formuladas por DILEXIS meramente dogmáticas, especulativas y que tendrían como finalidad constituirse como partícipe privilegiado en el proceso de desinversión y, consecuentemente, hacerse de los activos de FARGO.





ES COPIA FIEL  
DEL ORIGINAL

Ministerio de Economía y Finanzas Públicas  
Secretaría de Comercio Interior  
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

30. Por otra parte, BIMBO se refiere a la petición subsidiaria de caducidad solicitada por DILEXIS con relación a la subordinación, indicando que el denunciante analiza de manera muy precaria, limitada e inexacta esta cuestión, omitiendo considerar las circunstancias por las cuales se dispuso aprobar el compromiso.
31. Sobre el aspecto previamente reseñado, agrega BIMBO en sus explicaciones que tras revisar el análisis efectuado por DILEXIS, surge que sólo menciona la situación económica financiera de FARGO y los plazos del compromiso, pero omite referir la incidencia que tuvo el aludido concurso preventivo sobre la implementación y materialización de la desinversión comprometida.
32. Por último, agrega BIMBO que de la presentación efectuada no se desprende la existencia de afectación al interés económico general en razón de que ninguna de las conductas que se imputan a BIMBO tienen la potencialidad de un perjuicio y que ni siquiera implican una limitación a la competencia.

#### B. EXPLICACIONES DE FARGO

33. En su presentación, FARGO plantea excepción de defecto legal de la denuncia toda vez que no se cumpliría con los requisitos del Art. 28 de la LDC, generando ello que la denuncia sea tendenciosa, oscura y con defectos que le impiden ejercer su derecho constitucional de defensa en juicio.
34. Sobre éste aspecto agrega que el denunciante tiene falta de legitimación activa en razón de que carece de interés legítimo para promover la denuncia; indicando además que el artículo 43 de la Constitución Nacional no habilita para peticionar ante la Administración, atento a que lo cuestionado no atañe a un derecho de incidencia colectiva general.
35. En el fondo, advierte la denunciada, existe un interés propio y particular de DILEXIS que busca tener prioridad en desmedro de otros terceros interesados para la adquisición de los bienes a desinvertir.
36. En este sentido, agregó que lo planteado por la actora no atañe a un interés difuso o a un derecho de incidencia colectiva general por cuanto el denunciante no está invocando la legitimación para accionar en defensa de un interés de toda la comunidad o de un sector de los consumidores, sino que pretende ejercer un derecho propio y personal, procurando adquirir ciertos bienes de FARGO en el



Ministerio de Economía y Finanzas Públicas  
Secretaría de Comercio Interior  
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

ES COPIA  
DEL ORIGINAL

MARTÍN R. ATRIFE  
SECRETARÍA LETRADA  
COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA  
DE LA COMPETENCIA

momento de su preferencia y sin respetar los tiempos y procedimientos que se aplican a todos los demás terceros interesados.

37. En este orden de ideas la denunciada manifiesta que el denunciante no puede ser tenido como parte coadyuvante toda vez que la figura precitada sólo está normada en el procedimiento relativo a conductas anticompetitivas y no al referido a concentraciones y fusiones.
38. Asimismo, FARGO agrega que existe falta de legitimación pasiva por cuanto no fue parte de ese compromiso, ni firmó el documento. Ello sería así, según el presentante, en razón de que el compromiso de desinversión fue firmado por dos sociedades diferentes a FARGO y que son el GRUPO BIMBO y PIERRE.
39. La denunciada explica, por otra parte, que la verdadera intención de DILEXIS es obtener a través de la intervención de esta CNDC una posición privilegiada frente a cualquier otro tercero interesado en adquirir los activos, buscando imponerse como comprador, lo que no encuentra sustento legal alguno y no puede permitirse.
40. Al mismo tiempo, agrega que existen circunstancias excepcionales por las que atravesó FARGO desde 1998 cuando emitió obligaciones negociables simples no convertibles en acciones por un valor de 120 millones de dólares, relatando el presentante todos los antecedentes del concurso preventivo decretado con fecha 28 de junio de 2002.
41. Es por ello que, de acuerdo a las apreciaciones volcadas por FARGO, existieron obstáculos a los que se vio sujeto el complicado trámite del concurso, incluyendo acciones legales ante los tribunales de los Estados Unidos de América durante más de 6 años.
42. Asimismo, FARGO advierte que existe falta de congruencia en el escrito de inicio de las actuaciones el que constituye, de acuerdo a lo indicado por la denunciada, un mero escrito informativo hacia la Comisión, con el objeto de ponerla en conocimiento de un supuesto incumplimiento del compromiso de desinversión, existiendo una clara contradicción entre las disposiciones previstas para efectuar una denuncia ante la CNDC y lo solicitado por DILEXIS.
43. En ese sentido, la denunciada agregó sobre la supuesta violación a la resolución, que a FARGO no puede imponérsele el incumplimiento de un compromiso del que no es parte, agregando que el compromiso era una condición para que el GRUPO



BIMBO ejerciera la opción de compra a efectos de adquirir el control sobre FARGO y ello no ha ocurrido toda vez que no ha sido ejercida dicha opción.

44. En ese orden de ideas, agrega que el compromiso no ha podido ser materializado aún, ello por cuanto FARGO está resolviendo su situación concursal, añadiendo que la imposibilidad de vender los activos objeto del compromiso es ajena a FARGO.
45. La denunciada manifestó también que la imputación de DILEXIS con relación a la existencia de hechos ilícitos producidos como consecuencia del incumplimiento de desinversión, que estaría dado por una actuación conjunta entre BIMBO y FARGO, es claramente contradictoria.
46. Lo precitado residiría, según la denunciada, por cuanto DILEXIS realiza manifestaciones contrapuestas en su presentación desde dónde denuncia la operatoria conjunta por un lado, y reconoce en la misma presentación, que ambas firmas estarían operando de forma separada.
47. La denunciada indica además que la petición subsidiaria de caducidad formulada por DILEXIS se condice con un análisis limitado, inexacto y precario, no merituándose cabalmente el alcance del artículo 13 del Decreto 89/2001, dado que ni esta ni ninguna otra norma de la legislación argentina de defensa de la competencia dispone que una operación de concentración económica subordinada al cumplimiento de una desinversión, esté sujeta a un plazo de caducidad.
48. Sobre el aspecto antes mencionado, el presentante manifestó que el plazo de caducidad de un año del artículo citado sólo se aplica a las operaciones autorizadas.
49. Por último, FARGO manifestó que no existe perjuicio alguno al interés económico general tutelado por la LDC que se produzca como consecuencia de una limitación, restricción o distorsión de la competencia, o abuso de posición dominante en un mercado.

#### IV. EL PROCEDIMIENTO.

50. Con fecha 24 de julio de 2008 ingresó a esta CNDC una denuncia formulada por el Dr. Gabriel Bouzat en su carácter de apoderado de la firma DILEXIS S.A.

51. Con fecha 8 de septiembre de 2008 el Dr. Gabriel Bouzat en su carácter de apoderado de la firma DILEXIS ratifica la denuncia formulada ante esta CNDC.

ES COPIA  
DEL ORIGINAL

Ministerio de Economía y Finanzas Públicas  
Secretaría de Comercio Interior  
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

MARTÍN A. ATASEFE  
SECRETARÍA DE LEY  
COMISION NACIONAL DE DEFENSA  
DE LA COMPETENCIA

52. Con fecha 26 de septiembre de 2008 esta CNDC oficia al Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 20 a efectos de requerir información.
53. Con fecha 26 de septiembre de 2008 el apoderado de DILEXIS acompaña documentación.
54. Con fecha 22 de octubre de 2008 esta CNDC oficia nuevamente al Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 20 a efectos de requerir información.
55. Con fecha 25 de febrero de 2009 se agrega al expediente un informe relacionado con el expediente judicial donde tramita el concurso preventivo de la firma COMPAÑÍA DE ALIMENTOS FARGO S.A. realizado por un instructor de esta CNDC.
56. Con fecha 17 de marzo de 2009 el apoderado de DILEXIS se presenta acompañando nueva documentación.
57. Con fecha 7 de abril de 2009 esta CNDC corre traslado de la denuncia interpuesta por DILEXIS a las firmas denunciadas en los términos del artículo 29 de la LDC.
58. Con fecha 21 de abril de 2009 se presenta ante esta CNDC el Dr. Gonzalo Valenzuela Guzmán en su carácter de apoderado de la firma BIMBO, a efectos de solicitar la ampliación de cinco días al plazo originariamente otorgado.
59. Con fecha 21 de abril de 2009 se presenta ante esta CNDC el Dr. Gonzalo de Jesús Rojo Pérez en su carácter de Presidente de FARGO solicitando se le conceda un plazo adicional de 5 días.
60. Con fecha 12 de mayo de 2009 el Sr. Gonzalo Valenzuela Guzmán en su carácter de apoderado de la firma BIMBO brinda las explicaciones del Art. 29 de la LDC.
61. Con fecha 12 mayo de 2009 el Sr. Gonzalo Jesús Rojas en su carácter de apoderado de la firma FARGO brinda las explicaciones del Art. 29 de la LDC.
62. El 21 de mayo de 2009 se tiene por recibidas las presentaciones ut supra referidas, a los fundamentos esgrimidos en las excepciones planteadas se los consideró fuera de la vía incidental prevista por el Art. 340 del ritual y en consecuencia se ordenó correr vista al denunciante por el término de tres (3) días.
63. El 29 de mayo de 2009 la denunciante contesta el traslado que le fuera oportunamente conferido.
64. Con fecha 1 de junio de 2009 los Dres. Miguel del Pino y G. Ariel Irizar acreditan la personería invocada del GRUPO BIMBO.

ES COPIA FIEL  
DEL ORIGINAL



Ministerio de Economía y Finanzas Públicas  
Secretaría de Comercio Interior  
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

131



SECRETARÍA DE  
COMERCIO INTERIOR  
COMISIÓN NACIONAL DE LA C

65. Con fecha 19 de junio y 27 de julio de 2009 los apoderados del GRUPO BIMBO contestan intimaciones que le fueran cursadas
66. El 10 de septiembre de 2009 el Dr. Bouzat, apoderado de DILEXIS formula una presentación.

#### V. ENCUADRAMIENTO JURÍDICO DE LA DENUNCIA.

67. El denunciante aduce en su presentación básicamente que se habrían producido efectos anticompétitivos como consecuencias de un presunto incumplimiento del compromiso de desinversión asumido por el GRUPO BIMBO y PIERRE en el citado expediente de concentración económica.
68. En ese contexto arguye que tal circunstancia lo perjudica directamente porque se mantiene en el tiempo una estructura de mercado contraria a la libre competencia. Independientemente de las alegaciones formuladas por el denunciante en su presentación, esta CNDC tiene dicho que, y así resolvió el Señor SECRETARIO DE COMERCIO INTERIOR<sup>2</sup> en un caso similar al de autos, en oportunidad de solicitar las partes la adecuación de la investigación del cumplimiento del compromiso asumido en el marco de una concentración al procedimiento previsto en la Ley 25.156 para el caso de conductas anticompétitivas, que resulta improcedente aplicar un procedimiento que no corresponde al control de concentraciones.
69. Es decir, y siguiendo con esta misma línea, que tanto el proceso de desinversión como la existencia de efectos anticompétitivos en el mercado de referencia originados en el marco de un proceso de desinversión no puede ni debe ser analizado dentro del marco procedimental atinente a conductas.
70. El primer aspecto que es pertinente subrayar es que la LDC está dividida en dos procedimientos claramente diferenciados y que son el control previo de fusiones y adquisiciones y el relativo a la investigación de conductas anticompétitivas.
71. En el primero de los procedimientos mencionados, ésta CNDC ejecuta un control "ex ante" por el cual se autoriza, subordina o rechaza una determinada modificación de la estructura de un mercado determinado.

<sup>2</sup> RESOLUCIÓN SCI N° 893 recibida en el Expte S01: 0373486/ 2006 "GRUPO CLARÍN S.A., VISTONE LLC, FINTECH ADVISORY INC. FINTECH MEDIA LLC, VLG ARGENTINA LLC Y CABLEVISIÓN S.A. S/NOTIFICACIÓN ART. 8 LEY 25.156"



131

ES COPIA FIEL  
DEL ORIGEN

Ministerio de Economía y Finanzas Públicas  
Secretaría de Comercio Interior  
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS  
SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR  
COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

72. Dicho análisis se encuentra reglado en el ámbito del derecho argentino por la propia LDC, su Decreto Reglamentario N° 89/2001, la Resolución SDCyC N° 40/2001, la Resolución SDCyC N° 164/01 y el Decreto N° 396/01.
73. Amén de lo hasta aquí expuesto y de la apreciación de la normativa previamente referida también surge que sólo revisten el carácter de "parte" en las concentraciones económicas, las empresas que se encuentren comprendidas en el concepto de "empresas notificantes" (Resolución SDCyC N° 40/2001).
74. De ello se desprende que la mencionada notificación, así como también cualquier otro tipo de presentaciones, independientemente de la naturaleza que tengan, deben ser realizadas no sólo dentro del marco procedimental establecido, sino por los sujetos notificantes que se constituyen en las únicas personas que son parte en el procedimiento que tramita ante esta CNDC.
75. Atento a lo precedentemente indicado, se vuelve imprescindible subrayar que no existe normativa en el marco del procedimiento de control previo de concentraciones y fusiones que habilite a terceros a efectuar presentaciones en carácter de parte.
76. Lo advertido precedentemente fue sostenido por esta Comisión Nacional en reiteradas oportunidades, que entendió que terceros ajenos a las partes que se concentran nada pueden alegar sobre la materia tratada en una concentración económica de la que no forman parte<sup>3</sup>.
77. Tal circunstancia se configura de ese modo en razón de que no nos encontramos ante un proceso contradictorio donde están comprometidos derechos e intereses de terceros ajenos a la concentración. Esa circunstancia por sí sola impide que un tercero pueda verse agraviado.
78. Dicho temperamento fue adoptado por la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal que ha dicho<sup>4</sup> "... Si la intención del legislador hubiera sido la de otorgar el recurso directo para terceros que no fueron parte del procedimiento previsto en el Capítulo III de la ley (repárese en la distinción efectuada en el Art. 8° en cuanto a los efectos entre las partes y en relación a terceros), que pudieran resultar afectados por la operación de

<sup>3</sup> Véase Resolución 97/07 de fecha 8 de diciembre de 2007 dictada en el Expte. N° S01:0373486/2006 caratulada "GRUPO CLARIN S.A., VISTONÉ LLC, FINTECH ADVISORY INC, FINTECH MEDIA LLC, VLG ARGENTINA LLC, CABLEVISIÓN S.A. S/ NOTIFICACIÓN ARTÍCULO 8° LEY 25.156 (CONC. 596) y Resolución N° 27/2009 de fecha 9 de febrero de 2009 dictada en el Expte. N° S01:0147971/2007 caratulada "TELEFÓNICA DE ESPAÑA, OLIMPIA Y OTROS S DILIGENCIA PRELIMINAR (DP/N° 29).

<sup>4</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala III en los autos "Cervecería Argentina Sociedad Anónima Isenbeck SA s. recurso de queja", Expte. 1029/03.

ES COPIA FIEL  
DEL ORIGINAL



Ministerio de Economía y Finanzas Públicas  
Secretaría de Comercio Interior  
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

131



SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR

concentración, la norma incluiría la simple autorización, pues en ese supuesto existiría, eventualmente, un mayor agravio. En otras palabras, no es razonable considerar que el recurso puede ser deducido por un tercero que invoca un interés legítimo en el caso de que la operación es subordinada por la CNDC, y no en el supuesto de ser autorizada sin condicionamiento alguno, cuando esta última hipótesis resultaría más gravosa para aquél.”

79. En un sentido equivalente con relación a una denuncia realizada con motivo de una concentración económica, esta CNDC tiene dicho que “la conducta denunciada en el presente expediente es una operación de concentración económica que ha sido notificada ante esta Comisión Nacional. El análisis de dicha operación se encuentra tramitando conforme las reglas que rigen las notificaciones obligatorias de concentraciones económicas<sup>5</sup>”.

80. La resolución citada fue confirmada por la alzada<sup>6</sup> en donde apreció que “...no se puede soslayar, en lo que respecta a las objeciones formuladas, por la recurrente en cuanto al procedimiento sustanciado ante la CNDC con motivo de la notificación de la operación de concentración económica mencionada, que la SCI dictó un acto definitivo (Res. 257 del 7-12-2007)...”, agregando seguidamente que “así las cosas, aun cuando en estas actuaciones se hubieran introducido planteos relacionados con una operación de concentración económica notificada a la CNDC y con el debido procedimiento administrativo previsto en los arts. 8 y siguientes de la LDC y de su decreto reglamentario, al momento en que este Tribunal debe resolver acerca de la apelación deducida contra la decisión de fs. 48/51, ya fue dictado –como se precisó– el acto previsto en el Art. 13 de la ley 25.156, por lo que no es pertinente que este Tribunal emita pronunciamiento alguno al respecto en estas actuaciones”.

81. En otro pronunciamiento esta Comisión Nacional ha advertido que “la denuncia impetrada es improcedente como vía para atacar la concentración económica notificada, en efecto, la ilegalidad de una conducta general –como pretenden encorsetar los denunciantes a la conducta aludida–, exige la configuración de los extremos previstos en el artículo 1° de la Ley 25.156, y en caso de las concentraciones económicas, la norma rectora es el artículo 7° de la ley

<sup>5</sup> Véase Resolución N° 69/2007 dictada en el Expte. N° 501:0390156/2006 caratulado “GIGACABLE S.A. S/ SOLICITUD DE INTERVENCIÓN CNDC (C. 155).”

<sup>6</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, SALA III, en autos “Gigacable S.A. S/ Apelación Resolución Comisión Nacional de Defensa de la Competencia”. Expte. N° 13.677/07, 17 de abril de 2008.



ES COPIA  
DEL ORIGINAL  
Ministerio de Economía y Finanzas Públicas  
Secretaría de Comercio Interior  
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

131



MARTÍN PLAZA  
SECRETARÍA PRIVADA  
COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA  
DE LA COMPETENCIA

mencionada, acompañada por un desarrollo normativo que prevé un procedimiento distinto y específico del anterior<sup>7</sup>.

82. Asimismo, esta CNDC ha manifestado<sup>8</sup> también que "...el artículo 8° de la Ley 25.156 dispone que las operaciones sujetas a la notificación obligatoria no producen efectos entre las partes ni frente a terceros hasta que se cumplan con las previsiones de los artículos 13 y 14 de dicha Ley, es decir, hasta haber sido aprobadas mediante resolución fundada de la autoridad de aplicación de la norma, o hasta que se produzca la aprobación tácita", añadiendo que "la mencionada notificación debe ser realizada por los sujetos que intervienen y que se constituyen en las únicas personas que son parte en el procedimiento que tramita ante esta CNDC."
83. Por otra parte, con respecto a la solicitud para ser tenido como parte coadyuvante, se vuelve necesario discernir el alcance del Art. 42 de la LDC que regula lo atinente a su intervención en los procedimientos donde se analicen conductas que se substancien ante la CNDC.
84. Esta Comisión Nacional ha sostenido en reiteradas oportunidades que el Art. 42 – 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 cual se establece el procedimiento aplicable a las actuaciones iniciadas de oficio o por denuncia acerca de conductas prohibidas y en consecuencia no es aplicable al procedimiento establecido por el Capítulo III de las concentraciones y fusiones.
85. Por otra parte, ni la LDC ni la Resolución SDCyC N° 40/01–que aprobó la Guía para la Notificación de Operaciones de Concentración Económica– contemplan la figura de parte coadyuvante, ni ninguna similar para el análisis de las concentraciones.
86. Dicha posición fue confirmada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal Sala III advirtiendo que "la intervención como parte

<sup>7</sup> Véase Resolución N° 96/2007 de fecha 5 de diciembre de 2007 dictada en el Expte. N° S01:0044607/2007 caratulado "TELEVISORA PRIVADA DEL OESTE S.A. S/ SOLICITUD DE INTERVENCIÓN CNDC (C.1168)". En el mismo sentido puede verse lo resuelto en los Expedientes Nros. S01:0207419/02 caratulado "BEVERAGE ASSOCIATES CORP., QUILMES INDUSTRIAL S.A., COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMERICAS, QUILMES INTERNATIONAL LTD. Y CERVECERÍA Y MALTERÍA QUILMES S.A. S/ INFRACCIÓN A LA LEY 25.156 (C. 811) y S01:0003851/03 caratulado "BLOQUE DE DIPUTADOS DE AL ALIANZA PCIA. DE MISIONES (PECOM FORESTAL) S/ SOLICITUD DE INTERVENCIÓN CNDC (C. 858)".

<sup>8</sup> Véase Resolución N° 20/2009 de fecha 9 de febrero de 2009 dictada en el Expediente N° S01:0081187/2008 caratulado "AMX ARGENTINA S.A. S/ SOLICITUD DE INTERVENCIÓN DE LA CNDC (C. 1247)".



ES COPIA FIEL  
DEL



Ministerio de Economía y Finanzas Públicas  
Secretaría de Comercio Interior  
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

131

MARTIN R. SARATTE  
SECRETARÍA DE TRABAJO  
COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA  
DE LA COMPETENCIA



coadyuvante 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 si sucede en los supuestos de investigaciones iniciadas de oficio o por denuncia– ...<sup>9</sup>

87. Que, en un segundo pronunciamiento, la Cámara<sup>10</sup> confirmó el mismo criterio apoyándose en los argumentos que sobre el particular ha dado esta CNDC<sup>11</sup>.
88. En otro orden de ideas, y con relación a las potestades propias de la autoridad de aplicación relacionadas con los compromisos de desinversión, corresponde aclarar que ya ha resuelto en el Expediente N° S01:0131738/2004 (Conc. 418) subordinar la autorización de la operación en los términos del artículo 13 inc. b) de la LDC al cumplimiento de una desinversión.
89. El establecimiento del mencionado compromiso es una facultad exclusiva y excluyente de la ya mencionada autoridad dentro del marco de las prerrogativas que la normativa sobre Defensa de la Competencia le otorga.
90. En tal sentido, la facultad para el establecimiento de una subordinación implica, ineludiblemente, la existencia de una potestad con relación al control de la subordinación dictada.
91. Siendo ello así, todo tipo de investigación, requerimiento, informe y/o auditoría relacionados con las obligaciones a cargo de las partes notificantes es una atribución cuyo imperio corresponde a esta Comisión Nacional.
92. De modo tal que estas prerrogativas son indelegables dado que el organismo tiene jurisdicción exclusiva y excluyente, debiendo ajustar sus actuaciones a la LDC y sus reglamentaciones.
93. Lo advertido está correlacionado con la indelegabilidad de facultades o potestades otorgadas a los órganos administrativos con facultades jurisdiccionales como es el caso de la CNDC, no existiendo posibilidad de delegación alguna para la ejecución de sus incumbencias, ni la intervención de terceros que no son parte en las actuaciones.
94. Por lo tanto, estas potestades otorgadas a los órganos administrativos implican que sus facultades son improrrogables, en tanto ese conjunto de atribuciones que han sido asignadas no pueden ser transferidas a particulares. Es dable advertir

<sup>9</sup> CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL, SALA III, "Casa Isenbeck s/ apel resol. Comisión Nac. Defensa de la Comp". LA LEY 2003-E, 324.

<sup>10</sup> CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL, SALA III, "Negri Carlos Alberto s/ Recurso de Queja s/ Res de Defensa de la Comp.", (Expte. N° 6.844/07), 5 de diciembre de 2008.

<sup>11</sup> Véase Resolución de fecha 8 de agosto de 2002 dictada en el marco del Expediente N° S01:8000099/02 (Conc. 376).



ES COPIA FIEL  
DEL ORIGINAL

Ministerio de Economía y Finanzas Públicas  
Secretaría de Comercio Interior  
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

PARTICIPACIÓN  
SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR  
COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA  
DE LA COMPETENCIA

entonces que la investigación por presuntos incumplimientos de los compromisos asumidos en virtud del artículo 13 inc. b) de la LDC constituyen facultades que no pueden ser delegadas.

95. Asimismo, en mérito de las formulaciones realizadas en la presentación, corresponde su agregación al expediente en el cual se ha efectuado la concentración desde donde se efectúa el monitoreo de la desinversión.
96. Por último, y en atención a los argumentos vertidos a lo largo del presente dictamen, no es pertinente adentrarse en el análisis concerniente a la legitimidad – tanto activa como pasiva– del denunciante, así como tampoco en lo relativo a los defectos legales de la presentación efectuada porque, de ser así, se estaría admitiendo el ingreso a un proceso de un sujeto que no está habilitado a hacerlo bajo ninguna circunstancia y se avanzaría en el análisis de una presentación respecto de la cual no debería haberse siquiera dado traslado en los términos del artículo 29 de la LDC.
97. Que en consecuencia, esta Comisión entiende que la denuncia presentada resulta improcedente en los términos en que ha sido articulada.
98. Que, de todas maneras, y pese a la orfandad de mayores precisiones dedicadas a la restricción de la competencia y afectación al interés económico general de la denuncia, esta Comisión entiende que con el fin de preservar el interés que le corresponde a este organismo tutelar, corresponde iniciar una investigación de mercado con el fin de realizar un análisis de la eventual existencia de abuso de posición dominante en el mercado de pan industrial blanco y negro y del mercado de bollería industrial; ambos en el ámbito nacional.

## VI. CONCLUSIÓN

99. Sobre la base de las consideraciones precedentes se recomienda al SEÑOR SECRETARIO DE COMERCIO INTERIOR DEL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS, desestimar la denuncia presentada por el Dr. Gabriel Bouzat en su carácter de apoderado de la firma DILEXIS S.A., extraer copia de la presentación que previa certificación deberá ser agregada al Expediente N° S01:0302940/04 (Inc. Desinversión) y ordenar el archivo de las actuaciones de




ES COPIA DEL ORIGINAL  
 Ministerio de Economía y Finanzas Públicas  
 Secretaría de Comercio Interior  
 Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

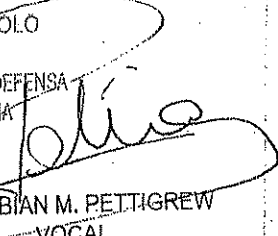
131

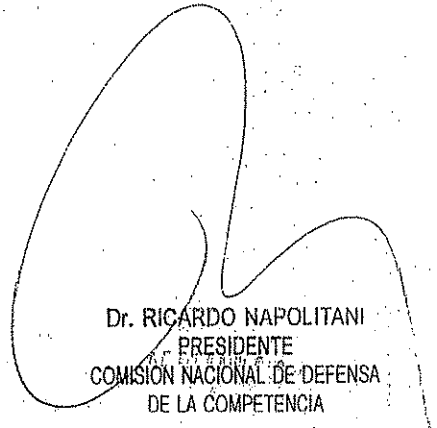


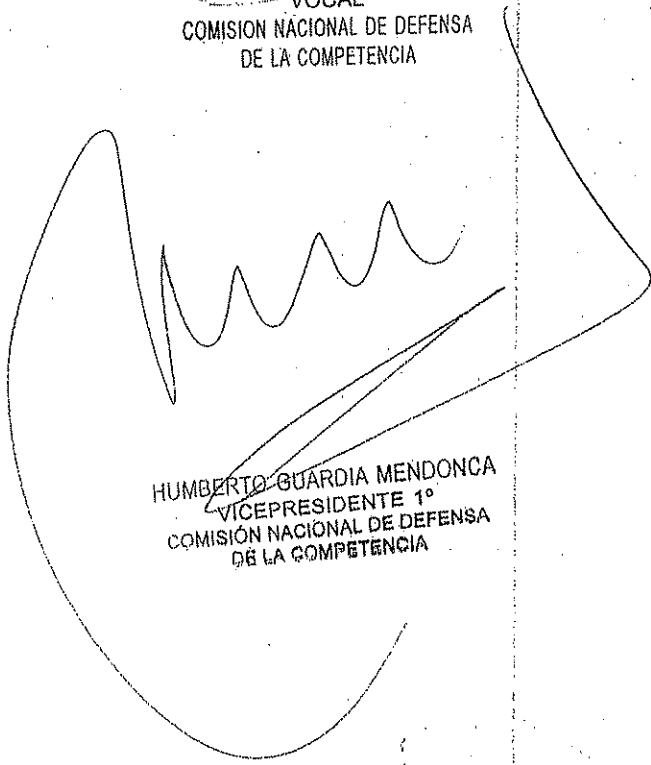
MARTIN J. ATAEFE  
 SECRETARIO DE LEY  
 COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

conformidad a lo establecido en el artículo 31 de la Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia.

  
 DIEGO PABLO BEVOLO  
 VOCAL  
 COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

  
 Lic. FABIAN M. PETTIGREW  
 VOCAL  
 COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

  
 Dr. RICARDO NAPOLITANI  
 PRESIDENTE  
 COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

  
 HUMBERTO GUARDIA MENDONCA  
 VICEPRESIDENTE 1°  
 COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA