



MEMORÁNDUM CONACOM/DI N° 032/2020

Para Fabrizio Castiglioni, Presidente del Directorio
De: Gustavo A. Benítez F., Director de Investigación
Fecha: 01 de julio de 2020
Ref: Requerir inicio de sumario de instrucción y medida cautelar.

Tengo a bien dirigirme a la Presidencia de la Comisión Nacional de la Competencia, y por su intermedio al Directorio de la CONACOM, a fin de requerir el inicio de sumario de instrucción ⁽¹⁾ contra las siguientes personas:

A. FRIGOMERC S.A.

- RUC: 80019708-9
- Domicilio: Capitán José Lombardo y Teniente Facundo Almada, Asunción, Paraguay
- Sitio web: <https://portal.minervafoods.com/>
- Teléfonos: (021) 292 102

B. FRIGORÍFICO NORTE S.A.

- RUC: 80068055-3
- Domicilio: Callejón Mafussi 1111, Fortuna Guazú, Pedro Juan Caballero, Paraguay.

Para lo que fuere pertinente, se acompaña a esta presentación un legajo público que incluye la versión pública del presente requerimiento, y un legajo CONFIDENCIAL con 20 fojas.

¹ Para la elaboración del presente requerimiento se contó con la activa colaboración de los funcionarios Marcelo Centeno y Manuel dos Santos.



I. GLOSARIO

Para facilitar la lectura del presente documento, se utilizarán los siguientes términos:

| | |
|-------------------|---|
| CONACOM | Comisión Nacional de la Competencia. |
| DI | Dirección de Investigación de la CONACOM o su titular, según corresponda. |
| DIRECTORIO | El Directorio de la CONACOM. |
| DR | Decreto Reglamentario N° 1490 del 14 de abril de 2014, «Por el cual se reglamenta la Ley N° 4956/2013 Defensa de la Competencia». ² |
| FRIGOMERC | La empresa “Frigomerc S.A.”, con los datos arriba expuestos. |
| FRIGONORTE | La empresa “Frigorífico Norte S.A.”, con los datos arriba expuestos. |
| LDC | Ley N° 4956/2013 «Defensa de la Competencia». ³ |
| OPERACIÓN | Operación de Concentración notificada por Frigomerc S.A. a la CONACOM - Expediente «Frigomerc S.A. y Frigorífico Norte S.A. s/ Notificación de Operación de Concentración – Expte. N° 190/2020» |

II. ANTECEDENTES

1. Esta DI había tomado conocimiento, a través de numerosas publicaciones periodísticas nacionales e internacionales (4) sobre una posible operación de concentración que se materializó entre FRIGOMERC y FRIGONORTE.

² Publicado en la Gaceta Oficial N° 80 del 25 de abril de 2014.

³ Publicada en la Gaceta Oficial N° 117 del 25 de junio de 2013.

⁴ Por ejemplo:

«*Preocupa la posible mayor concentración de frigoríficos*». Fuente web al día de la fecha:

<https://www.abc.com.py/edicion-impresa/economia/2020/06/19/preocupa-la-posible-mayor-concentracion-de-frigorificos/>

«*Athena Foods arrienda otro frigorífico y aumenta faena en Paraguay*». Fuente web al día de la fecha:

<https://rurales.elpais.com.uy/ganaderia/athena-foods-arrienda-otro-frigorifico-y-aumenta-faena-en-paraguay>

«*A Minerva Foods (BEEF3) realizou um acordo com o frigorífico paraguaio Frigonorte para receber carne bovina*». Fuente web al día de la fecha: <https://www.sunoresearch.com.br/noticias/agenda-do-dia-cvc-petrobras-localiza-copasa/>

«*A Minerva Foods fechou um contrato de prestação de serviços com o frigorífico paraguaio Frigonorte*».

Fuente web al día de la fecha: <https://valor.globo.com/agronegocios/noticia/2020/06/18/minerva-fecha-contrato-de-prestao-de-servio-com-frigorifico-paraguaio.ghtml>

«*Pelo acordo, o Frigonorte vai fornecer carne bovina para a Minerva, que será responsável pela venda dos produtos. O contrato tem validade de um ano*». Fuente web al día de la fecha: <https://www.infomoney.com.br/mercados/oi-tem-rating-cortado-a-cc-pela-sp-usiminas-e-elevada-pelo-bbi-localiza-recompraco-es-e-mais-noticias/>



2. Ante dicha posibilidad, y en atención a la envergadura de los mercados posiblemente afectados por dicha operación, por Nota CONACOM/DI N° 107/2020 del 19 de junio de 2020 ⁽⁵⁾ se requirió a las empresas Frigomerc S.A. y Beef S.A. (ambas del grupo empresarial Athena Foods) la provisión de datos relativos a la estructura de propiedad y control de dichas empresas, así como copias de los documentos que hacían a la (hasta ese entonces) posible operación de concentración.
3. Posteriormente a la remisión de dicha Nota, el Servicio Nacional de Calidad y Salud Animal (SENACSA), mediante Nota N.P. N° 284 de su Presidencia ⁽⁶⁾, puso a conocimiento de la CONACOM la celebración de un *Contrato de Prestación de Servicios entre Frigorífico Norte S.A. y Frigomerc S.A.* que fue presentado ante dicha Institución para su aprobación conforme a las atribuciones del SENACSA.
4. En fecha 23 de junio de 2020 el Departamento de Prácticas Restrictivas (DPR) elevó el MEMORÁNDUM CONACOM/DI/DPR/010/2020 ⁽⁷⁾, por el cual se realizó un análisis jurídico-técnico de la documentación remitida por el SENACSA, concluyendo dicho análisis que *«la operación contenida en el contrato de prestación de servicios de fecha 16 de junio de 2020, suscripto por las empresas Frigorífico Norte S.A. y Frigomerc S.A., conforme a la minuta que fuera traída a la vista de este Departamento, es una Operación de Concentración que supera los umbrales que la hacen de notificación obligatoria a la CONACOM por parte del adquirente de control, en los términos del Art. 15 del Dto. 1490/2014»*.
5. Esta DI coincidió con los fundamentos técnicos del dictamen del DPR, y en consecuencia, en carácter de *actuación preventiva*, en fecha 24 de junio de 2020 remitió a las empresas Frigomerc S.A. y Beef S.A. la Nota CONACOM/DI N° 109/2020 ⁽⁸⁾ por la cual se informó a las mismas que *«el citado Contrato de fecha 16 de junio de 2020, de Prestación de Servicios entre Frigomerc S.A. y*

⁵ Fojas 10 y 11 del legajo público adjunto. La Nota fue recibida por FRIGOMERC el día 19 de junio de 2020, a las 11:15 horas.

⁶ Esta Nota y sus documentos adjuntos ingresaron a la CONACOM por medios electrónico en fecha 19 de junio de 2020, a las 16:26 hs., registrada como Expte. N° 178/20 de Mesa de Entradas. La citada documentación obra a fojas 12 a 16 del legajo público adjunto.

⁷ Fojas 17 a 21 del legajo público adjunto.

⁸ Foja 22 del legajo público adjunto.



Frigorífico Norte S.A. consiste efectivamente en una Operación de Concentración, en los términos del Art. 12 y concordantes de la Ley N° 4956/2013» y que «En consecuencia, la citada operación deberá necesariamente ser notificada a la CONACOM y sometida a su autorización, conforme al procedimiento de análisis de operaciones de concentración reglado en los artículos 12 al 14 de la Ley N° 4956/2013 y 10 al 33 del Decreto N° 1490/2014, máxime considerando que las partes de la citada operación superan ampliamente el umbral de notificación obligatoria establecido en el Art. 14 inc. 1.b de la Ley N° 4956/2013».

6. Las conclusiones de la DI respecto de la naturaleza de la operación en cuestión se vieron confirmadas el día 26 de junio de 2020, cuando FRIGOMERC notificó a la CONACOM la operación en cuestión ⁽⁹⁾, cuyo CONTRATO principal ⁽¹⁰⁾ textualmente dice: **[CONFIDENCIAL DE FRIGOMERC]**

III. MERCADOS RELEVANTES Y AFECTADOS.

7. Diferimos la delimitación de los mercados relevantes y los mercados afectados hasta la culminación de las investigaciones que se darán en el marco del sumario de instrucción, en caso de ser acogido favorablemente este requerimiento, y sopesados todos los elementos cualitativos y cuantitativos que surjan de ella.
8. No está demás recordar que entre nuestras principales fuentes normativas se encuentra la española, y que al respecto se ha manifestado que el Pliego de Concreción de Hechos (PCH), que es el equivalente a nuestro Informe Técnico de Acusación (art. 55 LDC) es el «*único acto que define la acusación y las personas imputadas y, por tanto, en el que se define con exactitud el mercado de producto y geográfico en el que se enmarca el expediente y la duración de las conductas prohibidas. Será únicamente tras la notificación de dicho PCH cuando la empresa afectada pueda hacer valer plenamente su derecho de defensa en relación a la exacta determinación de tales parámetros*» ⁽¹¹⁾.
9. En definitiva, entendemos que en este momento la valoración que se efectúe en esta fase del procedimiento no pretende acreditar la existencia o inexistencia

⁹ Expediente «Frigomerc S.A. y Frigorífico Norte S.A. s/ Notificación de Operación de Concentración – Expte. N° 190/2020», tramitado ante esta Institución.

¹⁰ Copia íntegra del Contrato en cuestión obra a fojas 1 a 20 del legajo CONFIDENCIAL adjunto.

¹¹ CNMC española, Resolución del 30 de junio de 2016 en el Expte. R/AJ/036/16, REDYSER. Fuente web al 30.jun.2020: <https://www.cnmc.es/sites/default/files/928995.pdf>



de una o varias de las infracciones denunciadas, sino la existencia de indicios razonables que hagan aconsejable una investigación. Esto es aplicable no sólo para la delimitación del Mercado Relevante, sino para la valoración del mérito de este requerimiento en general.

IV. CONDUCTA ESPERADA POR LA LDC

10. Tanto FRIGOMERC como FRIGONORTE son sujetos alcanzados por las disposiciones de la LDC, a tenor del Art. 3° de la misma.
11. La OPERACIÓN, perfeccionada por Contrato de fecha 16 de junio de 2020 entre FRIGOMERC y FRIGONORTE genera sobre dichas entidades serie de obligaciones de orden legal.
12. Primeramente, el *adquirente* de control deberá solicitar la autorización para llevar adelante la operación, mediante el procedimiento de Notificación de la Operación ante la CONACOM, a tenor del Art. 14 inc. 1) de la LDC y Art. 15 del DR. Existe un deber objetivo de petitionar autorización para llevar adelante la operación en cuestión.
13. Una vez efectuada la Notificación, la CONACOM puede denegar su autorización, autorizarla, o autorizarla con condicionamientos (Art. 14 inc. 3 de la LDC).
14. En este estado, conviene analizar con detenimiento la LDC, que en su artículo 14, numeral 3, reza: *En todos los casos sometidos a la notificación prevista en el presente artículo, la Autoridad de Aplicación por resolución fundada, deberá decidir dentro de los 90 (noventa) días de presentada la solicitud y documentación respectiva: **a) autorizar la operación; ... c) Denegar la autorización, mediante resolución fundada.***
15. De lo transcrito más arriba surge que la Conacom, como autoridad de aplicación de la ley, se encuentra facultada a autorizar o denegar las operaciones de concentración indicadas en el artículo 12 del referido Cuerpo Normativo.
16. Ahora bien, a fin de comprender a cabalidad el alcance de las atribuciones legales de la CONACOM, es menester recordar el concepto del vocablo *autorizar*, que según la Real Academia de la Lengua conlleva las siguientes acepciones: **1. tr. Dar o reconocer a alguien facultad o derecho para hacer algo.** 2. tr. Dicho de un escribano o de un notario: Dar fe en un documento. 3. tr. Confirmar, comprobar algo con autoridad, texto o sentencia de algún autor. 4.



tr. Aprobar o abonar. **5. tr. permitir.** En similares términos, el Jurista Manuel Ossorio, en su Diccionario de Ciencias Jurídica, Políticas y Sociales, define el vocablo autorizar como: *Dar a uno autoridad (v.) o facultad para hacer alguna cosa. | Dar fe el escribano o notario en un documento. | Confirmar, comprobar una cosa con autoridad, texto o sentencia de algún autor. | Aprobar o abonar. | Dar importancia o lustre a una persona o cosa.*

17. De todo lo citado precedentemente, surge claramente que la esencia del término *autorizar* contempla el de permitir y otorgar a alguien la facultad de hacer algo. Dicho de otra manera, la ley en cuestión otorga a la CONACOM la competencia de otorgar permiso para la realizar una conducta en particular, específicamente, la de ejecutar y hacer efectivas las operaciones de concentración.
18. Por su parte, es importante recordar la forma en que las normas se encuentran formuladas: *“Las proposiciones normativas proporcionan información sobre el status deóntico de ciertas acciones o estados de cosas: enuncian que una acción es obligatoria, prohibida o permitida y son verdaderas si, y sólo si, la acción en cuestión tiene la propiedad de ser obligatoria prohibida o permitida”* (Alchourron y Bulygin, Análisis Lógico y Derecho, p. 87)
19. De esa manera, la lógica deóntica o lógica normativa nos precisa de qué manera las normas pueden regular las conductas: 1) obligando, es decir, ordenando o mandando su realización; 2) prohibiendo, es decir no permitiendo su realización; y 3) permitiendo, es decir, facultando o autorizando a que se realice o no.
20. Lo explicado más arriba puede traducirse en las siguientes formulaciones, donde “c” es la conducta, “O” es obligación, “V” es prohibición y “P” es permisión y el símbolo “~” denota la negación o ausencia del operador deóntico.

$O_c = \sim V \ P$ (La obligación de la conducta “c” implica la negación de prohibición y la permisión de la conducta)

$V_c = \sim O \ \sim P$ (La prohibición de la conducta “c” implica la negación de obligación y la negación de permiso)

$P_c = \sim O \ \sim V$ (La permisión de la conducta “c” implica la negación de una obligación y la negación de prohibición)



21. Las formulaciones indicadas nos permiten comprender el alcance y las implicancias de los operadores deónticos. Así, una conducta puede ser obligatoria, lo que conlleva a que esté permitida, en cambio, una conducta no puede ser obligatoria y prohibida al mismo tiempo. Para el caso que nos ocupa, nos enfocaremos netamente en el operador de PERMISIÓN, para así desentrañar las consecuencias de los permisos legales.
22. **Así, cuando una norma estipula que se requiere la autorización para realizar cierta conducta, está implícitamente señalando que dicha conducta se encuentra prohibida, caso contrario, no resultaría razonable la exigencia de la autorización o permiso.**
23. Dicho de otra manera, si una conducta no está prohibida, no tendría sentido exigir el permiso para su realización; entonces, al establecer la norma el sometimiento de una conducta a la autorización resulta lógico sostener que la conducta que se desea realizar está prohibida.
24. Como dijimos, los operadores deónticos de Prohibición y Permiso son incompatibles entre sí, es decir, una conducta no puede ser al mismo tiempo prohibida y permitida; necesariamente un operador excluye al otro, o mejor dicho, involucra la ausencia del otro operador. De esta manera, la prohibición consiste en la ausencia de permiso y por su parte, el permiso resulta en la negación de una prohibición previa.
25. En sustento de lo argumentado más arriba, el Dr. Daniel Mendonça nos enseña cuanto sigue: *“Un sujeto A puede permitir a un sujeto B la realización de la conducta p si, y solo si, A puede ordenar a B que omita hacer p. Esta ha sido por cierto, la manera concebida por Nino, en términos aproximados, para proporcionar el criterio: ‘Para que se diga que alguien dio permiso para realizar cierta conducta tiene que tener capacidad para ordenar su opuesta, es decir, para prohibir la conducta en cuestión (Nino 190, 66-7). Nino, sin embargo, agrega algo importante acerca de las funciones propias de las normas permisivas al decir que ‘cuando alguien permite algo es porque ese algo está prohibido o hay una expectativa de que se lo prohíba’ (Mendonça, Daniel, Las Claves del Derecho, p. 98).*
26. En definitiva, la competencia legal de la CONACOM de autorizar las operaciones de concentración, engloba e implica la de permitir la realización de cierta conducta. A su vez, como se indicara más arriba, la lógica nos enseña que el



operador deóntico de permisión implica la ausencia de prohibición, lo que a su vez se traduce en que el acto de permitir una conducta, resulta en levantar o eliminar una prohibición preexistente. Es decir, al hablar de una norma permisiva, necesariamente debemos reconocer y aceptar la preexistencia de una conducta prohibida. De esta manera, siguiendo dicho razonamiento, podemos sostener de manera válida y razonable que la ejecución, parcial o no, de una operación de concentración *sujeta a control de la LDC* se encuentra prohibida hasta tanto la autoridad de aplicación lo permita o dicho de otra manera, lo autorice.

27. Por tanto, la ejecución (parcial o no) de la OPERACIÓN “antes de la autorización solicitada” viola el Artículo 14 de la LDC, que es el que contiene la prohibición de dicha conducta.
28. A su vez, la violación del Artículo 14 de la LDC es una falta, pues a tenor del Art. 62 de la LDC se considera faltas al *incumplimiento en tiempo y forma de las normas contenidas en los Capítulos II, III y IV del Título I de la presente Ley y el incumplimiento del compromiso de cese previsto en el Artículo 53*. Y el citado Artículo 14 se encuentra, precisamente, dentro del Capítulo IV del Título I.
29. No es ocioso recordar que, precisamente, el objetivo de los *umbrales* de la LDC es enfocar los esfuerzos de la CONACOM hacia las operaciones con más probabilidad de generar preocupaciones concurrenciales.
30. Finalmente, es menester recordar que las partes de una operación de concentración **siguen siendo entidades económicas independientes entre sí, y como tales están obligadas a comportarse de manera competitiva entre ellas** hasta tanto se obtenga la autorización de la CONACOM.
31. Como verá el DIRECTORIO a continuación, de los antecedentes adjuntos y de la información pública disponible a la fecha surgen indicios de infracción al Art. 14 de la LDC en el sentido de que las partes de la OPERACIÓN estarían llevando a cabo actos de ejecución de la misma, a pesar de que a la fecha no existe autorización alguna expedida por la CONACOM.

V. SOBRE LA PERTINENCIA DE ABRIR UNA INVESTIGACIÓN



32. Los elementos probatorios que indican como altamente probable que FRIGOMERC y FRIGONORTE se encuentren llevando a cabo actos de ejecución de la OPERACIÓN son los siguientes:

a. Publicaciones periodísticas.

33. «*La multinacional de origen brasileño cerró un alquiler por un año, y **prevé iniciar la faena a partir de julio**, según informó la web paraguaya Valor Agro...*»⁽¹²⁾.

34. «*Según los datos que maneja el rubro, dicha planta de FrigoNorte **empezaría nuevamente a faenar bovinos a partir de julio***»⁽¹³⁾.

35. «*La planta de faena de bovinos ubicada en la ciudad de Pedro Juan Caballero, en el departamento de Amambay, FrigoNorte, **reiniciaría en julio las actividades industriales bajo el arrendamiento de Athena Foods***»⁽¹⁴⁾.

36. «*El frigorífico empezaría a operar nuevamente en julio próximo*»⁽¹⁵⁾.

b. Contrato de fecha 16 de junio de 2020 entre FRIGOMERC y FRIGONORTE.

37. El Contrato en cuestión contempla, en su Cláusula [**CONFIDENCIAL DE FRIGOMERC**].

38. Luego, en la parte final de la misma Cláusula se pactó: [**CONFIDENCIAL DE FRIGOMERC**].

39. Ahora bien, la Cláusula [**CONFIDENCIAL DE FRIGOMERC**].

40. La interpretación armónica del Contrato en cuestión, y en particular las cláusulas arriba citadas, nos indica que FRIGOMERC y FRIGONORTE han contemplado como una posibilidad el *inicio efectivo de la prestación de los servicios*

¹² Fuente web al 30.jun.2020: <https://rurales.elpais.com.uy/ganaderia/athena-foods-arrienda-otro-frigorifico-y-aumenta-faena-en-paraguay>

¹³ Fuente web al 30.jun.2020: <https://www.abc.com.py/edicion-impresa/economia/2020/06/19/preocupa-la-posible-mayor-concentracion-de-frigorificos/>

¹⁴ Fuente web al 30.jun.2020: <https://www.amambay570.com.py/m/frigonorte-comenzaria-a-faenar-en-julio-p28153.html>

¹⁵ Fuente web al 30.jun.2020: <https://www.abc.com.py/nacionales/2020/06/20/arp-espera-dictamen-de-cona-com-sobre-concentracion-de-mercado-carnico/>



objeto del citado Contrato antes de que la CONACOM apruebe o autorice la realización de la operación.

41. En consecuencia, entendemos que existen méritos más que suficientes para investigar estos hechos, por lo que petitionamos al DIRECTORIO se ordene la apertura del sumario de instrucción en ese sentido.

VI. MEDIDA CAUTELAR

42. De acuerdo al Art. 48 inc. 2) d) del DR, es función del Directorio “disponer la adopción de medidas cautelares con arreglo a lo dispuesto en la Ley”.

43. Por su parte, compete a esta DI “proponer al Directorio la adopción de medidas cautelares”, en virtud al Art. 57 inc. f) del DR.

44. La medida cautelar que solicitamos al DIRECTORIO es la **suspensión inmediata de todo acto de ejecución, incluso parcial, de la Operación de Concentración perfeccionada por Contrato de fecha 16 de junio de 2020 entre FRIGOMERC y FRIGONORTE.**

45. Dicha medida cautelar deberá ser dispuesta *inaudita pars*, y no existe impedimento alguno para que en un mismo acto el DIRECTORIO disponga la Apertura del Sumario de Instrucción y acto seguido resuelva sobre la adopción de una medida cautelar, máxime considerando la urgencia del caso, así como el Principio de Economía Procesal que rige a todo proceso seguido ante la CONACOM, en virtud al Art. 31 de la LDC ⁽¹⁶⁾.

¹⁶ “En primer lugar, por consiguiente, el otorgamiento de una medida cautelar no requiere la prueba terminante y plena del derecho invocado, porque si así fuese podría ocurrir que, *interin*, se consumasen los hechos que precisamente tiende a impedir. Basta, por consiguiente, la simple apariencia o verosimilitud del derecho (*fumus boni iuris*), a cuyo efecto el procedimiento probatorio es meramente informativo y sin intervención de la persona contra la cual se pide la medida. Además, toda medida cautelar se halla condicionada a la circunstancia de que exista un peligro en la demora (*periculum in mora*), es decir, a la posibilidad de que, en caso de no adoptarse, sobrevenga un perjuicio o daño inminente que transformará en tardío el eventual reconocimiento del derecho invocado como fundamento de la pretensión. Corresponde destacar, asimismo, que en ese riesgo reside el interés procesal que respalda a toda pretensión cautelar. Por otra parte, no siempre es necesario que el peticionario de la medida acredite *prima facie* la existencia de peligro en la demora, pues median situaciones en las que éste se presume por las circunstancias del caso”. (Palacio, Lino Enrique, Manual de Derecho Procesal Civil, Editorial Abeledo Perrot, p. 773)



46. Respecto de las medidas cautelares, el Art. 60 de la LDC establece los siguientes requisitos:

a. Que haya un expediente iniciado.

De prosperar este requerimiento de Apertura del Sumario de Instrucción, tendremos por cumplido este requisito y, como dijimos, la medida cautelar podrá ser dispuesta en el mismo acto.

b. Que se cumpla con los requisitos del Art. 693 del Código Procesal Civil, que a su vez son:

i. Acreditar *prima facie* la verosimilitud del derecho que invoca.

“La Ley requiere que se acredite «prima facie» que el derecho de quien solicita la medida cautelar es verosímil, creíble, aparentemente cierto» ⁽¹⁷⁾.

En este caso, es verosímil que FRIGOMERC y FRIGONORTE estén realizando actos de ejecución de una Operación aún no autorizada, cuando que públicamente se habla de la reactivación de la Planta Frigorífica de FRIGONORTE en julio de este año ⁽¹⁸⁾.

Así mismo, no hemos encontrado algún desmentido oficial al respecto, a pesar de las numerosas publicaciones periodísticas que

¹⁷ Casco Pagano, Hernán. (2004). *Código Procesal Civil comentado y concordado: Vol. Tomo II* (Sexta ed.). La Ley Paraguaya S.A.

¹⁸ “*Presupuesto común de todas las medidas cautelares, es la verosimilitud del derecho invocado. Ella ha sido entendida como la posibilidad de que este existe y no como una incontestable realidad que sólo se logrará conocer al agotarse el trámite. La verosimilitud del derecho no impone la obligación de efectuar un examen jurídico riguroso, cual es necesario para resolver el pleito sino que el derecho de que se trata tenga o no apariencia de verdadero, máxime cuando el ordenamiento objetivo acuerda a medidas de tipo de las cautelares carácter esencialmente provisional, pues examinadas que sean las circunstancias del caso, nada impide enmendar, modificar y aún revocar lo que fuere menester y resultare justo. No es necesaria pues, la plena prueba de la existencia del derecho, sino su verosimilitud comprobada en forma sumaria. El peligro en la demora, también requisito de las medidas cautelares, se vincula con lo anteriormente expuesto y con la posible frustración de los derechos de las partes, que pueda darse como consecuencia del dictado de pronunciamientos inoficiosos o de imposible cumplimiento... En ambos casos, debe procederse con criterio amplio, para juzgar si se encuentran reunidos.*” (Fallo del 20 de marzo de 2000. Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, Ayala González, Fernando c. Luthold Felman, Nicolás Godofredo)



dan como hecho la reactivación de la Planta de FRIGONORTE en julio de este año.

No está demás recordar un antecedente similar al que nos ocupa, y que involucra precisamente a Minerva S.A., matriz del grupo Athenia Foods ⁽¹⁹⁾:

«El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) aprobó hoy mediante una resolución el acuerdo conciliatorio suscrito entre la Fiscalía Nacional Económica (FNE), Minerva S.A. y JBS S.A., sociedades que participan en el mercado de la producción, procesamiento y comercialización de productos cárnicos en el extranjero (...).

Esta conciliación pone término al procedimiento contencioso iniciado por la FNE el 6 de abril de 2018, cuando acusó a Minerva y JBS ante el TDLC de haber infringido la prohibición legal de perfeccionar una operación de concentración notificada a esta Fiscalía, con anterioridad a la obtención de la autorización respectiva.

(...)

En su resolución aprobatoria, el TDLC señaló que, en virtud del acuerdo arribado entre las partes, Minerva y JBS reconocieron que habiendo notificado la operación procedieron a su cierre en el extranjero, con anterioridad a la obtención de un pronunciamiento por parte de la FNE».

En definitiva, para el otorgamiento de esta medida cautelar no es preciso demostrar cabalmente que FRIGOMERC y FRIGONORTE se encuentran ejecutando una Concentración no autorizada por la CONACOM, sino que basta con demostrar que es *verosímil, creíble, aparentemente cierto* que lo están haciendo.

A nuestro criterio, entonces, la misma *verosimilitud* que entendemos ampara nuestro pedido de Apertura del Sumario de Instrucción es la que ampara nuestro pedido de otorgamiento de medida cautelar.

¹⁹ Fuente web al 30.jun.2020: <https://www.fne.gob.cl/tdlc-aprueba-acuerdo-conciliatorio-entre-la-fne-minerva-s-a-y-jbs-s-a/>



ii. **Acreditar el peligro de pérdida o frustración de su derecho o la urgencia de la adopción de la medida, según las circunstancias del caso.**

Es importante tener presente que, desde el perfeccionamiento de una Operación de Concentración, incluso bajo condiciones suspensivas, ya surgen derechos y obligaciones capaces de afectar –aunque sea potencialmente- la dinámica competitiva entre las empresas. Un acuerdo de este tipo tiene, por sí solo, un fuerte poder inhibitor de la competencia entre las partes de una operación de concentración.

Si además de ello, tenemos indicios serios de que las partes estarían llevando adelante actos de ejecución del acuerdo en cuestión, la **urgencia en la adopción de esta medida** surge de manera evidente.

De igual manera, si las partes están llevando adelante actos de ejecución de una Concentración aún no autorizada, ello podría generar confusión en los mercados (incluso en los mercados laborales) y eventualmente afectar de manera grave los intereses de terceros de buena fe.

iii. **Otorgar contracautela para responder de todas las costas y de los daños y perjuicios que pudiere ocasionar si la hubiese pedido sin derecho, salvo aquellos casos en que no se la requiera por la naturaleza de la medida solicitada.**

Este último requisito debe interpretarse a la luz del Art. 60 de la Ley de Defensa de la Competencia, que establece que el DIRECTORIO sólo exigirá fianza cuando la medida cautelar sea peticionada *a instancia de parte*, no así en los casos que dicha medida sea peticionada *de oficio* por parte de la DI.

c. **Que las medidas propuestas por la DI sean tendientes a asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte.**

Nos remitimos a lo manifestado en el apartado “b.ii.”, pues la medida cautelar solicitada evitará que los derechos e intereses de terceros de buena fe



se vean afectados antes de que una eventual Resolución Sancionatoria de la CONACOM sea dictada.

- d. **Que se considere que de no adoptarse tales medidas, se pone en riesgo la efectividad de una eventual decisión sancionatoria, o la imposición de condiciones determinadas para evitar el daño que pudieran causar las conductas al que se refiere el expediente.**

De igual manera, nos remitimos a los argumentos ya expuestos para demostrar que este requisito se da por cumplido.

Así mismo, importante doctrina internacional ha afirmado (tan sólo la semana pasada) que *«En el contexto del papel preventivo de concentraciones, el peligro en la demora reside en la verificación de la probable inminencia de perjuicios irreversibles en el plano concurrencial, de modo que una actuación posterior de la autoridad, aunque intente revertir los efectos, puede no ser eficaz, infligiendo a la concurrencia y a los consumidores el perjuicio que surge de la referida conducta/transacción»* ⁽²⁰⁾.

VII. PETITORIO

- a. Se tenga por formulado el requerimiento de inicio de Sumario de Instrucción en contra de FRIGOMERC y FRIGONORTE.
- b. Se ordene la apertura del Sumario de Instrucción, designándose Actuario y Ujier, en los términos del Art. 43 LDC.
- c. Se forme el expediente del Sumario de Instrucción, junto con los antecedentes públicos que hacen a este requerimiento.
- d. Se forme, por cuerda separada, legajo CONFIDENCIAL con los documentos confidenciales que se remiten también en este acto al DIRECTORIO, en sobre cerrado.
- e. Se disponga la notificación de la apertura de la investigación, en los términos del Art. 51 de la LDC, junto con copia íntegra de todos los antecedentes en cuestión.

²⁰ Traducción propia de la NOTA TÉCNICA N° 6/2020/SG-TRIAGEM AC/SGA1/SG/CADE de fecha 23 de junio de 2020, dictada por la Superintendencia General del Consejo Administrativo de Defensa Económica – CADE, en el Expediente 08700.002871/2020-34 (Facebook/Cielo S.A.).



- f. Se dicte MEDIDA CAUTELAR ordenando la suspensión inmediata de todo acto de ejecución, incluso parcial, de la Operación de Concentración perfeccionada por Contrato de fecha 16 de junio de 2020 entre FRIGOMERC y FRIGONORTE.
- g. Se difunda de manera amplia la MEDIDA CAUTELAR dispuesta, a los efectos de informar debidamente a la mayor cantidad posible de actores en los mercados.
- h. Luego de notificadas las empresas a ser investigadas, se publique en la página web de la CONACOM un extracto de la Resolución de Apertura del Sumario de Instrucción que contenga, cuanto menos, la identificación de los investigados, la infracción objeto de este procedimiento y los mercados afectados. Así mismo, corresponde se ponga a conocimiento del público en general una dirección de correo electrónico institucional que permita a los interesados ponerse en contacto con la DI y aportar datos e informaciones relativos al caso.

Sin otro particular, le saluda atentamente,