

El compromiso al cese de conductas anticompetitivas

POR LUCIANA LIEFELDT Y DAMIÁN NAVARRO

Sumario: I. Introducción. — II. Fundamento de la existencia de un compromiso al cese de la conducta investigada que ponga fin a la investigación de conductas anticompetitivas. — III. Criterio económico-jurídico de la Comisión para aceptar o rechazar compromisos. — IV. El compromiso no constituye un reconocimiento de que la conducta investigada sea anticompetitiva. — V. El compromiso suspende el procedimiento y justifica su archivo una vez cumplidos 3 años. — VI. El compromiso no constituye una sanción por lo que no corresponde su publicación. — VII. El rechazo del compromiso por la Comisión no es apelable. — VIII. Conclusiones.

I. Introducción

La Ley N° 25.156 (la “Ley de Defensa de la Competencia”) establece la prohibición de realizar actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

Ahora bien, a los efectos de aplicar las sanciones allí previstas por la realización de tales conductas anticompetitivas, la Autoridad de Aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia debe llevar a cabo un procedimiento que garantice el derecho de defensa del imputado (1). A tal fin, la norma establece una primera etapa de instrucción donde el Tribunal de Defensa de la Competencia (aún no constituido, razón por la cual sus funciones son ejercidas por la “Comisión Nacional de Defensa de la Competencia” (2) o la “Comisión”) determi-

na si existe mérito para realizar una imputación. En este procedimiento, el presunto infractor puede presentar las explicaciones pertinentes y la referida Comisión realiza una investigación de oficio, produciendo la prueba que considere conducente.

Una vez concluida la instrucción del sumario, si la Comisión no considera satisfactorias las explicaciones brindadas por el presunto infractor o si hubiere mérito suficiente para la prosecución del procedimiento, formula la correspondiente

de los actos administrativos pertinentes, hasta tanto el tribunal creado por la Ley N° 25.156 se constituya, en cuyo caso le corresponderá tanto la tarea instructoria como la de decisión y mientras rija el sistema de transitoriedad previsto en su art. 58. Así, se ha resuelto que no resultan atendibles los planteos dirigidos a cuestionar la constitucionalidad del procedimiento instado por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia y de la decisión adoptada por la Secretaría de imponer una sanción de multa por el mero hecho de ser organismos que dependen del Poder Ejecutivo Nacional, pues entre las facultades legales que le asisten a la autoridad de aplicación de la Ley N° 22.262 en virtud de la cláusula transitoria de la Ley N° 25.156 (art. 58) se encuentran las de investigar y sancionar las conductas prohibidas, atribuciones que ejercía la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia y la Secretaría de Estado de acuerdo con el anterior régimen legal y que mantienen de acuerdo con la citada norma legal (CNCiv. y Com. Fed., Sala III, 10/08/2012. — Air Liquide Argentina S.A. y otros s/apelación de resolución de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia).

(1) Principio cardinal del derecho administrativo sancionador tanto como del derecho penal.

(2) La autoridad a la que alude el art. 58 de la Ley N° 25.156 comprende a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia —con facultades de instrucción y de asesoramiento— y al órgano ejecutivo de la cartera económica al que, según su estructura organizativa, le corresponda la facultad resolutoria a través del dictado

imputación y el presunto infractor tiene 15 días para efectuar su descargo y ofrecer la prueba que considere pertinente (conf. Art. 32, Ley de Defensa de la Competencia).

Concluido el período de prueba y presentado el alegato sobre el mérito de la misma, la Comisión debe dictaminar y la Secretaría de Comercio Interior dictará la correspondiente resolución que pondrá fin a la vía administrativa.

Hasta el dictado de tal resolución por parte de la Secretaría de Comercio Interior, el imputado tiene la posibilidad de comprometerse al cese inmediato o gradual de los hechos investigados o a la modificación de aspectos relacionados con ello (conf. Art. 36 de la Ley de Defensa de la Competencia). Este compromiso puede ser ofrecido sólo por el presunto responsable o también en forma conjunta y consensuada con la Secretaría de Comercio Interior y estará sujeto a la aprobación del Secretario de Comercio Interior —previo dictamen de la Comisión— a los efectos de producir la suspensión del procedimiento. Transcurridos tres años del cumplimiento del compromiso, las actuaciones serán archivadas. En sentido contrario, su incumplimiento acarreará la imposición de la multa prevista en el inc. d) del art. 46 de la Ley de Defensa de la Competencia.

El objeto de este trabajo es analizar el alcance del compromiso y las consecuencias de su aprobación.

II. Fundamento de la existencia de un compromiso al cese de la conducta investigada que ponga fin a la investigación de conductas anticompetitivas

Los acuerdos entre el denunciado/investigado y las autoridades se han convertido en el principal instrumento que tienen las agencias de defensa de la competencia en el mundo para hacer cesar las situaciones que *a priori* se consideran anticompetitivas. La conveniencia de la utilización de este instituto no sólo está representada por su rapidez y celeridad, sino por su eficiencia desde el punto de vista del ahorro de recursos, tanto por parte del Estado como de los particulares (3).

(3) Muruzeta, Francisco, El compromiso de cese del artículo 36 de la ley 25.156 de defensa de la competencia, LA LEY 2008-B, 1260.

Si analizamos las leyes de defensa de competencia de otros países podremos ver que comparten este modo anticipado de terminación de investigaciones por conductas anticompetitivas. Por ejemplo, en España la Ley N° 15/2007 de Defensa de la Competencia prevé en su art. 52 el supuesto de terminación convencional del procedimiento sancionador cuando los presuntos infractores propongan compromisos que resuelvan los efectos sobre la competencia derivados de las conductas analizadas en tal procedimiento y quede garantizado suficientemente el interés público. En estos casos, los compromisos de cese son vinculantes (4).

En Chile, el Decreto Ley N° 211 prevé en su art. 22 la posibilidad de celebrar una conciliación. Si en tal instancia se arribara a un acuerdo, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia se pronunciará sobre él dándole su aprobación siempre que no se atente contra la libre competencia (5). Un reciente ejemplo de aplicación de este instituto en el país trasandino es el resonante caso UNILEVER, en el cual el mencionado Tribunal aprobó un acuerdo conciliatorio arribado entre la Fiscalía Nacional Económica (similar en sus funciones a la Comisión aquí en Argentina) y varias empresas denunciadas por una parte y Unilever Chile S.A. Esta última era investigada por la presunta comi-

(4) Artículo 52 — Terminación convencional: 1. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, a propuesta de la Dirección de Investigación, podrá resolver la terminación del procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas cuando los presuntos infractores propongan compromisos que resuelvan los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y quede garantizado suficientemente el interés público. 2. Los compromisos serán vinculantes y surtirán plenos efectos una vez incorporados a la resolución que ponga fin al procedimiento. 3. La terminación del procedimiento en los términos establecidos en este artículo no podrá acordarse una vez elevado el informe propuesta previsto en el artículo 50.4.

(5) Artículo 22 (primera parte): Vencido el plazo establecido en el artículo 20, sea que se hubiere evacuado o no el traslado por los interesados, el Tribunal podrá llamar a las partes a conciliación. De no considerarlo pertinente o habiendo fracasado dicho trámite, recibirá la causa a prueba por un término fatal y común de veinte días hábiles. Acordada una conciliación, el Tribunal se pronunciará sobre ella dándole su aprobación, siempre que no atente contra la libre competencia.

sión de prácticas exclusorias del mercado de los detergentes y abuso de posición dominante. El acuerdo contenía, entre otras, obligaciones por parte de la empresa investigada de abstenerse de ofrecer acuerdos que tengan por objeto o efecto la exclusividad en la comercialización y/o distribución de determinados productos así como tampoco incentivos o descuentos condiciones al cumplimiento de metas de venta de carácter retroactivo (6).

Asimismo, a nivel supranacional, la Unión Europea también recepta el concepto de compromiso de cese. La Regulación (EC) N° 1/2003 de la Unión Europea establece en su art. 9 que si el presunto infractor ofrece comprometerse a cesar en las conductas anticompetitivas identificadas preliminarmente por la Autoridad de Aplicación, ésta podrá hacer vinculante tal compromiso durante un plazo determinado de tiempo y luego concluir que ya no hay fundamentos fácticos para proseguir con la investigación (7).

En esta misma línea, es claro que el legislador argentino ha pretendido que en determinadas circunstancias sea preferible privilegiar la función de promoción y prevención de la defensa de la competencia que la continuación de un procedimiento que pueda terminar en la sanción de una infracción supuestamente ejecutada. En ese sentido, téngase en cuenta que el art. 36 de la Ley de Defensa de la Competencia mantiene el régimen de compromiso de cese de conductas establecido originalmente por la Ley N° 22.262 y al respecto su Exposición de Motivos señaló que el compromiso es *"...un mecanismo, con antecedentes en el derecho comparado que subraya a la tarea directiva y constructiva [de la Comisión] y que permite evitar conductas anticompetitivas"*

(6) Dictamen del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile en autos: "Conciliación FNE -- Unilever y otros" de fecha 30 de abril de 2014.

(7) Article 9 — Commitments: 1. Where the Commission intends to adopt a decision requiring that an infringement be brought to an end and the undertakings concerned offer commitments to meet the concerns expressed to them by the Commission in its preliminary assessment, the Commission may by decision make those commitments binding on the undertakings. Such a decision may be adopted for a specified period and shall conclude that there are no longer grounds for action by the Commission.

mediante la acción conjunta de presuntos responsables y autoridades, cuya utilidad se advierte con sólo destacar las particularidades de las conductas que se quiere desterrar y el muy distinto grado de importancia que ellas pueden revestir." No es ocioso recordar que, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la exposición de motivos de las normas legales constituye un valioso criterio interpretativo acerca de la intención de sus autores (Fallos 330:2192, del dictamen de la Procuración General de la Nación al que remitió la Corte).

A ello se agrega que, según lo ha entendido la propia Comisión en relación con la Ley N° 22.262 (análoga al régimen vigente en la actualidad) el compromiso no puede consistir en el mero acatamiento de la clara letra de la ley sino que mas bien tiene que significar una actitud positiva que se traduzca en el visible beneficio del mercado que se trate, pues lo que el mecanismo procura es auspiciar las conexiones que transiten hacia la competencia perfecta y en modo alguno quiere establecer un resorte que sólo lleva a la impunidad (8). Es que tal como se ha entendido en doctrina, el compromiso no es un medio útil para decir "no lo vuelvo a hacer" y que quede impune el ilícito cometido sino que está dirigido a modificar conductas en curso de ejecución en las que seguramente la determinación del acto ilícito no sea una cuestión fácil (9).

Finalmente, no es posible soslayar que el proceso administrativo establecido en la Ley de Defensa de la Competencia posee fuertes y notables influencias penales. Un ejemplo de esta circunstancia es la aplicación de las normas del Código Procesal Penal de la Nación como código de procedimientos. Así, el compromiso resulta una manifestación del criterio de oportunidad (10) receptado en algunos có-

(8) Dictamen de la Comisión del 11 de marzo de 1982, en el caso Cámara del Flete al Instante S. A.

(9) OTAMENDI, Jorge, Criterios de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, LA LEY 1982-D, 756.

(10) PEYRANO, Jorge W., "El juez civil y el principio de oportunidad", Publicado en: LA LEY 17/10/2011, 1 - LA LEY 2011-E, 1247, Cita Online: AR/DOC/2849/2011: "El principio de oportunidad en el proceso penal se sabe que es la antípoda del principio de legalidad y que, de ordinario y salvo excepciones, funciona como un

digos procesales provinciales, y que propugna la posibilidad de omitir la realización del trámite jurisdiccional (y el desgaste que ello genera), de acuerdo a la naturaleza y circunstancias de cada caso (11). El criterio de oportunidad, por oposición al principio de legalidad que obligaría a perseguir todas las posibles infracciones sin diferenciar entre significantes e insignificantes y sin excepciones, permite a la Comisión que aquellos casos que son de menor interés (entendiéndose por tales a los insignificantes o a aquellos en los que la afectación al interés general no es tan relevante) finalicen mediante un compromiso.

Es así que la finalidad del compromiso es evitar un dispendio jurisdiccional inútil en investigar conductas y hechos cuyo cese puede ser obtenido voluntariamente, y cuya irrelevancia no justifique asignar recursos escasos para su sanción. En efecto, si la conducta investigada es lo suficientemente relevante como para generar un perjuicio económico general y la posibilidad de su repetición es alta por parte de otros sujetos, corresponde que la Comisión continúe con la investigación y eventualmente imponga una sanción.

III. Criterio económico-jurídico de la Comisión para aceptar o rechazar compromisos

En cada ocasión en la cual el denunciado/investigado propone a la Comisión un compromiso en los términos del art. 36 de la Ley de Defensa de la Competencia, la Comisión realiza una valoración de aspectos económicos y jurídicos —sustentados principalmente en las constancias de la causa bajo estudio y en las explicaciones brindadas— para evaluar si recomienda al Secretario de Comercio Interior su aceptación o su rechazo.

moderador circunstanciado de este último que manda ciegamente perseguir e investigar todo hecho criminoso con pareja intensidad. Así es que el principio de oportunidad constituye un morigerador de tanta enjundia persecutoria en homenaje de una dosis de realismo que dice, a las claras, que el Estado carece de recursos humanos y económicos para llevar adelante, integralmente, el ideario del principio de legalidad.”

(11) GRISSETTI, Ricardo Alberto, “La Mediación Penal como forma de gestionar el conflicto penal”, Publicado en: Sup. Penal 2012 (septiembre), I - LA LEY 2012-E, 1005. Cita Online: AR/DOC/4498/2012.

La Comisión sostiene un criterio restrictivo en la aceptación de los compromisos, que su consideración importa lo siguiente: *“Entre los fundamentos vertidos en el rechazo se estableció que el criterio para aceptar un compromiso debía ser restrictivo, por lo cual no debería utilizarse este medio de terminación del procedimiento sino en los casos en los que la conducta no hubiera producido aún un perjuicio sustancial al interés económico general. Se dijo asimismo que si en casos como el presente se aceptara el compromiso ofrecido por las partes, sería muy sencillo para cualquier empresa incurrir en conductas prohibidas para luego, frente a la inminencia de la sanción, limitarse a presentar un compromiso de abstenerse de realizar esa conducta en lo sucesivo. Por ende, en este caso, la LDC no constituiría un factor tendiente a disuadir a las empresas de realizar conductas anticompetitivas”* (12).

Como consecuencia de la aplicación del criterio restrictivo, la Comisión ha entendido que las previsiones del art. 36 de la Ley de Defensa de la Competencia no constituyen ‘carta blanca’ para que la propuesta de compromisos sea un modo automático de terminación de investigaciones. Lejos de ello, su aplicación *“debe quedar reservada a aquellos casos en que la poca importancia del hecho, medida por el nulo perjuicio al interés económico general, evidenciado con las constancias obrantes en el expediente al momento de su evaluación, tornan aconsejable hacer uso de esta útil herramienta que proporciona la ley”* (13).

En la misma línea, la Comisión ha dicho en el caso Cablevisión (14) (donde se discutía la negativa de venta de la señal televisiva “Telefé” por parte de Cablevisión S.A.) que era aceptable el compromiso presentado por la denunciada y la denunciante —respecto de la adquisición de tal señal televisiva— *“ya que no se verificó durante el período que duró la instrucción*

(12) Expte. N° S01:0468538/2010 - Dictamen N° 718 en autos: “PBB POLISUR S.A. s/ infracción a la ley 25.156 (C. 1369)”.

(13) Expte. N° S01:0468538/2010 - Dictamen N° 718 en autos: “PBB POLISUR S.A. s/ infracción a la ley 25.156 (C. 1369)”.

(14) Expte. N° 064-010050/2001 C. 673 - Dictamen N° 372 en autos: “Cablevision S.A. y Televisión Federal (Ciudad De Santiago Del Estero) s/ infracción a la ley 25.156”.

de la presente causa una afectación al interés económico general. La CNDC entendió que la aprobación del compromiso constituía una forma adecuada de poner fin al conflicto suscitado entre las partes.”

No obstante este análisis se realiza caso por caso, existiendo algunos antecedentes de la Comisión que permiten extraer lineamientos básicos para determinar ‘a priori’ si un compromiso podría ser aceptable para la Comisión o no.

Manifestaciones de las partes en relación a las explicaciones brindadas: en el caso AC Nielsen S.A. (15) la Comisión identificó una presunta conducta anticompetitiva consistente en la captación de ejecutivos y de clientes de la empresa denunciante mediante contratos con precios predatorios. En tal ocasión, fue sometido a evaluación de la Comisión un compromiso sustentado en que todas las partes involucradas se encontraban satisfechas con las explicaciones brindadas recíprocamente. La Comisión lo aceptó en tanto: (i) las partes entendían resuelto el conflicto que había dado origen a las actuaciones y (ii) las constancias obrantes en el expediente no daban cuenta acabadamente de la afectación al interés económico general por parte de la presunta conducta anticompetitiva investigada.

Insuficiencia de elementos probatorios de la conducta y/o de sus efectos y acuerdo suscripto entre las partes: en el caso COOPERATIVA DE LANCHEROS (16) la Comisión investigó, a instancias de un denunciante particular, la conducta consistente en el abuso de la posición dominante que detentaba el denunciado/investigado en virtud de su tenencia exclusiva de un muelle. Ello, por el cobro abusivo de cánones por la utilización del muelle. La Comisión aceptó el compromiso propuesto por las partes —quienes habían suscripto un convenio para regularizar la situación denunciada— atento no se había acreditado que la conducta denunciada afectara en el interés económico general.

(15) Expte. N° S01: 0266963/2003 C. 934 - Dictamen N° 473 en autos: “AC Nielsen S.A. YAC Nielsen Company Y otros s/ infracción a la ley 25.156”.

(16) Expte. N° S01: 0179868/2002 C. 792 - Dictamen N° 447 en autos: “Cooperativa de Lancheros Comandante Luis Piedrabuena S/ infracción a la ley 25.156”.

Asimismo, en el caso COMPAÑÍA INDUSTRIAL CERVECERA (17), la Comisión investigó la alteración por parte de la empresa denunciada (una reconocida empresa fabricante de cervezas) del sistema tradicional de libre intercambiabilidad de envases genéricos retornables mediante el lanzamiento de un nuevo envase de uso exclusivo. Ello, por entender que tal conducta importaba un abuso de posición dominante en el mercado argentino dirigido a generar consumidores cautivos (por verse imposibilitados de usar los envases para adquirir productos de otras competidoras). Las partes involucradas propusieron a la Comisión un compromiso que incluía la no imposición de costos a los consumidores para el intercambio de envases y su intercambio prioritario para ser reutilizadas.

Utilidad en la solución del conflicto: el tercer elemento clave para la aceptación de un compromiso de cese o abstención de conducta en los términos del art. 36 de la Ley de Defensa de la Competencia es el contenido de tal compromiso. La Comisión ha dicho que el compromiso debe contribuir a solucionar la problemática planteada.

Así, un ejemplo de la aplicación de este criterio restrictivo se ha producido en el caso COOPERATIVA ENTRERRIANA (18), donde la Comisión investigó una conducta consistente en el incremento injustificado del precio de la arena para la construcción dispuesto en forma simultánea por empresas asociadas a una cooperativa específica. Conforme surge de las constancias del dictamen de la Comisión, el denunciado/investigado ofreció un compromiso en el período de instrucción. La Comisión no aceptó el compromiso habida cuenta que consideraba acreditada la comisión de una conducta anticompetitiva (el incremento concertado de precios) y también su efecto negativo en el interés económico general (incremento ‘artificial’ de los precios).

(17) Expte. N° S01:0492403/2011 - Dictamen N° 775 en autos: “Cervecería Y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. Y G. s/ infracción ley 25.156 (C. 1412)”.

(18) Expte. N° 064-011479/1999 C. 105 - Dictamen N° 417 en autos: “Cooperativa Entrerriana de Productores Míneros Ltda s/ infracción a la ley 22.262”.

IV. El compromiso no constituye un reconocimiento de que la conducta investigada sea anticompetitiva

Como hemos visto, la Ley de Defensa de la Competencia contempla la posibilidad de finalización del procedimiento de investigación de la conducta anticompetitiva mediante el compromiso del presunto infractor de cesar con la conducta investigada. Nótese que el art. 36 de la Ley de Defensa de la Competencia hace referencia al cese de la conducta "investigada" y no anticompetitiva. De ello surge que el compromiso no implica el reconocimiento de que la conducta que se cesa sea anticompetitiva.

Así, toda vez que la aceptación del compromiso no implica un reconocimiento de la imputación realizada por la Comisión en el acto de apertura del sumario que diera origen a la investigación no puede válidamente justificar por sí misma un reclamo para el resarcimiento de los daños y perjuicios que hubiera podido ocasionar la conducta investigada. En efecto, si bien el art. 52 de la Ley de Defensa de la Competencia establece que las personas damnificadas por los actos prohibidos por esa ley pueden reclamar ante el juez competente en la materia, el resarcimiento por los daños y perjuicios conforme las normas del Código Civil la conducta que se cesa con el compromiso no es una conducta anticompetitiva así declarada por la Comisión.

Tal como lo ha reconocido la propia Comisión, el compromiso no puede referirse a hechos y actitudes ya consumados y terminados que sean irreversibles y no admitan reparación (19). Es que en ese caso el compromiso no tendría ningún impacto en el mercado beneficiando al consumidor.

En definitiva, toda vez que la aceptación del compromiso no constituye un reconocimiento de una conducta anticompetitiva, aquél que pretenda reclamar una indemnización por los daños y perjuicios en los términos del art. 51 de la Ley de Defensa de la Competencia ocasionados por esa conducta anticompetitiva deberá demostrar la antijuridicidad del hecho.

(19) Dictamen del 18 de agosto de 1981, en el caso Cámara Inmobiliaria Argentina.

V. El compromiso suspende el procedimiento y justifica su archivo una vez cumplidos 3 años

Tal como lo establece el art. 36 de la Ley de Defensa de la Competencia: "*El compromiso estará sujeto a la aprobación del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia a los efectos de producir la suspensión del procedimiento.*" (Segundo párrafo)

Ello significa que, en la actualidad, recién cuando la Secretaría de Comercio apruebe el compromiso, previo dictamen de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, se suspenderá el procedimiento. Transcurridos 3 años del cumplimiento del compromiso se archivarán las actuaciones, tal como prevé el tercer párrafo del art. 36 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Toda vez que la notificación es una condición de validez y no de existencia del acto administrativo (20), este plazo se computa desde la fecha de la resolución de la Secretaría que aprobó el compromiso y no desde su notificación a las partes del procedimiento.

El compromiso al cese de las conductas investigadas es una forma de finalización del procedimiento (21) y su aprobación por la Secretaría implica que automáticamente se suspende el procedimiento de investigación de la conducta anticompetitiva y el archivo de la causa quedará condicionada a que en un plazo de 3 años se cumpla con el compromiso asumido. Cualquier incumplimiento al compromiso debe ser investigado por la Comisión, ya sea de oficio o por denuncia de cualquier tercero.

El incumplimiento del compromiso constituye una infracción en sí misma, sancionada según la Ley de Defensa de la Competencia con una multa de hasta \$ 1.000.000 diarios, contados desde el momento en que se incumple el compromiso (Art. 46, inciso d) y obviamente sólo en la medida que se mantenga la conducta que constituya el incumplimiento. En caso de que exista un incumplimiento al compromiso, la Comisión podrá aplicar un apercibimiento o una multa si el incumplimiento

(20) MERTEBIKIAN, Eduardo, Validez y eficacia del acto administrativo, RAP 210:165.

(21) D'ALBORA, Francisco, Glosas sobre el procedimiento penal. La ley 22.262, La Ley 1980-D, 1404.

representa una afectación al interés económico general, correspondiendo efectuar una graduación razonable del monto.

Adicionalmente, en algunos casos se ha observado que las propias partes incluyen en los compromisos multas por incumplimiento de sus previsiones. En el caso COMPAÑÍA INDUSTRIAL CERVECERA (22) al que se ha hecho referencia previamente, las partes habían pactado en forma privada el pago de una multa por la comisión de determinadas conductas que contravenían las obligaciones de hacer que asumían en virtud de tal acuerdo.

Además de la multa por el incumplimiento del compromiso, la Comisión deberá reanudar el trámite de la investigación que se encontró suspendida desde la resolución de la Secretaría que aprobó el compromiso.

VI. El compromiso no constituye una sanción por lo que no corresponde su publicación

Como se ha señalado en doctrina, el compromiso al cese de las conductas investigadas carece de carácter sancionatorio siendo que la calificación de éste como condenación del acusado supondría una grave distorsión del sentido y función de este tipo de acto procesal (23).

Contribuye a acreditar esta interpretación el hecho de que el compromiso al cese de las conductas investigadas está regulado en el Capítulo VI "Procedimiento" de la Ley de Defensa de la Competencia mientras que las sanciones se encuentran ubicadas en el Capítulo VII "Sanciones". Si el legislador hubiese considerado que la aprobación del compromiso al cese de las conductas investigadas constituyera una sanción lo hubiera incluido en el capítulo de Sanciones. Como así no lo hizo, es claro que la aprobación de ese compromiso no constituye una sanción. Al respecto, debe destacarse como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en reiteradas oportunidades, que la inconsecuencia o la falta

(22) Expte. N° S01:0492403/2011 - Dictamen N° 775 en autos: "Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. Y G. s/ infracción ley 25.156 (C. 1412)."

(23) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia, Buenos Aires, Ed. Heliasta, 2005, p. 372.

de previsión jamás se suponen en el legislador (Fallos 330:304, entre otros).

A ello se agrega que la publicación en el Boletín Oficial está restringida a las resoluciones que establezcan sanciones. En efecto, el art. 44 de la Ley de Defensa de la Competencia prevé que *"Las resoluciones que establecen sanciones del Tribunal, una vez notificadas a los interesados y firmes, se publicarán en el Boletín Oficial y cuando aquél lo estime conveniente en los diarios de mayor circulación del país a costa del sancionado."*

De la norma transcripta surge que se publicarán en el Boletín Oficial y (sólo si la Comisión lo estima conveniente) en los diarios de mayor circulación de las país las sanciones del Tribunal una vez firmes. Es decir, el legislador sólo incluyó como resoluciones *"publicables"* aquellas que impongan una sanción y sólo cuando se encuentren firmes. Por esta razón cabe concluir que la Comisión carece de facultades para disponer la publicación del compromiso que fuera aprobado en tanto ello no está expresamente previsto en la Ley de Defensa de la Competencia ni surge como razonablemente implícito de las facultades otorgadas. A ello se agrega que si bien el art. 44 de la Ley de Defensa de la Competencia se encuentra en el capítulo VI "Del Procedimiento", es claro que establece una sanción de carácter accesorio a la imposición de la sanción principal, debiendo cargar con los costos de las publicaciones quien ha sido sancionado.

Si bien es cierto que la transparencia es un elemento relevante en la defensa de la competencia, también es relevante tener en cuenta que el intercambio de información sensible irroga el mismo perjuicio al interés económico general como un acuerdo explícito (24). En general el compromiso al cese de conductas investigadas incluye información sensible cuya publicación puede afectar la competencia en tal sentido.

La Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico ha confirmado esta interpretación al concluir que es inválida la orden de publicación de un compromiso al cese de la

(24) Dictamen de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia N° 513/2013, caso Loma Negra SA y otras (2005).

conducta investigada que fuera aceptado por la Secretaría de Comercio puesto que la orden de publicación exige como presupuesto necesario la figura de un sancionado que no se verifica en tal caso. Según el mencionado Tribunal la aprobación de un compromiso al cese de conductas investigadas no puede equipararse a una sanción (25).

VII. El rechazo del compromiso por la Comisión no es apelable

Según la Ley de Defensa de la Competencia, las únicas resoluciones apelables son la aplicación de sanciones (inciso a), el cese o la abstención de una conducta (inciso b); la oposición o condicionamiento de concentraciones o fusiones (inciso c); o la desestimación de la denuncia por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia (inciso d, todos del Art. 52).

Originariamente el inciso a) se refería a la aplicación de sanciones de multa. Sin embargo, ese inciso fue parcialmente observado por el Decreto N° 1.019/1999 suprimiendo la referencia a "de multa". Según surge de los considerandos de ese Decreto, *"...ante la posibilidad de interpretar que el dictado de medidas de carácter correctivo puede quedar ajeno a la revisión judicial que permite el mencionado artículo, con desmedro de la garantía constitucional del debido proceso, puede corregirse tal eventual consecuencia suprimiendo del inciso a) del mismo artículo, con desmedro de la garantía constitucional del debido proceso, puede corregirse tal eventual consecuencia suprimiendo del inciso a) del mismo artículo la referencia a la multa, de forma tal que la posibilidad de apelar quede genéricamente establecida para la totalidad de las sanciones."*

Es así que sin perjuicio del criterio de amplitud que se verifica para la apelabilidad de las sanciones a los efectos de garantizar el debido proceso y la revisión judicial suficiente de la Administración, en tanto el compromiso no constituye una sanción su aceptación o rechazo por la Comisión no constituye una resolución apelable.

(25) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Sala A, "Royal Canin Argentina S.A. s/inc. de apelación en autos principales s/ley 25.156 (C. 1327)", sentencia del 8° de mayo de 2013.

En este sentido, y en referencia al régimen anterior, análogo al de la Ley de Defensa de la Competencia en lo que a este punto respecta, la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico ha destacado que la ley de Defensa de la Competencia autoriza al funcionario a aceptar el cese o modificación de los hechos denunciados lo que autoriza a archivar las actuaciones al cabo de cierto plazo de cumplido el acuerdo, determinación que no es susceptible de apelación por estar basada en razones de oportunidad y política económica. En el caso, se trata de una demora de la consideración de la propuesta por parte de la Comisión que no tiene consecuencias concretas para agraviar a la recurrente y aunque se equiparase la demora a un rechazo implícito, éste no sería susceptible de apelación (26).

Es así que la aceptación del compromiso constituye una decisión discrecional de la Comisión, no encontrándose obligada a otorgarlo aun cuando la denunciante lo acepte. Sin perjuicio de ello, y por estar la Comisión constreñida al cumplimiento de legalidad, la decisión que adopte aun cuando resulte discrecional no deberá ser arbitraria. En caso de que así lo sea, esa decisión podrá ser cuestionada ante la Justicia. Lo contrario implicaría aceptar la existencia de una decisión jurisdiccional administrativa arbitraria sin revisión judicial ulterior.

VIII. Conclusiones

El compromiso al cese de conductas investigadas por la Comisión en virtud del art. 36 de la Ley de Defensa de la Competencia resulta un instrumento útil para asignar eficientemente los recursos de ese organismo y resolver rápidamente aquellos casos en los que es posible obtener un cese de la conducta presuntamente sospechosa en forma eficiente.

Esta herramienta no debe ser entendida como un 'pase libre a la impunidad', permitiendo a los investigados/denunciados eximirse de responsabilidad por las conductas anticompetitivas que hayan cometido, máxime cuando la realidad económica del caso —debidamente acreditada— muestre que ha tenido lugar una afectación al bien jurídico

(26) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Sala A, "PAPEL TUCUMAN S.A.", sentencia del 21 de junio de 1996.

protegido por la Ley de Defensa de la Competencia (el mercado). Es que a mayor evidencia de la existencia de una infracción a la Ley de Defensa de la Competencia menos probabilidades hay que un compromiso sea aceptado.

No debe perderse de vista que la aceptación del compromiso es para la Comisión el ejercicio de un criterio de oportunidad y que ello es una facultad discrecional irrevocable judicialmente salvo que su ejercicio resulte arbitrario. ♦

.....