

UNIVERSIDAD TORCUATO DI TELLA
ESCUELA DE DERECHO
–MAESTRÍA EN DERECHO Y ECONOMÍA–



**“2018 - El año de los cuadernos y del arrepentido:
Análisis del nuevo programa de clemencia de la Ley N° 27.442”**

Tesis que presenta la alumna
Martina Barragán
Legajo: 15T1880
Para el título de Magister en Derecho y Economía

Tutor
Martín Ataefe
Buenos Aires – Argentina
Noviembre de 2019

Objetivos

El presente trabajo persigue el propósito de realizar un análisis del Programa de Clemencia Argentino (en adelante el “Programa”) introducido en el ordenamiento legal mediante la recientemente sancionada Ley N° 27.442 y su decreto reglamentario N° 480/2018.

Trataré de demostrar por qué su introducción resulta un avance legislativo más que significativo en la lucha contra los carteles, y cuáles son sus principales aciertos y posibles puntos de conflicto en base a la experiencia internacional y las mejores prácticas que se han ido desarrollando en la materia.

Para finalizar, presentaré algunas recomendaciones que desde mi punto de vista, facilitarán su correcta y efectiva aplicación, con el fin que el mismo no sólo logre convertirse en una herramienta útil y eficaz para facilitar la detección y la sanción de los carteles, sino que también logre generar los incentivos correctos para evitar su futura formación y desarrollo.

Organización del trabajo

El presente ensayo está organizado de la siguiente manera:

En la Sección I haré un análisis de la colusión como piedra basal de la existencia de los programas de clemencia. Cuáles son los escenarios y los mercados más propensos para su desarrollo y cuáles los efectos en el bienestar económico general.

Con posterioridad, en la Sección II realizaré una breve descripción de la racionalidad económica que da soporte a estos programas y cuáles serían los aspectos esenciales a evaluar en base a la investigación empírica y la experiencia internacional,

En la Sección III me centraré en el contexto argentino particular. Realizaré una brevísima recopilación de los antecedentes legislativos más importantes en la materia, mencionaré los principales y más recientes casos de carteles sancionados por la autoridad de competencia y efectuaré una descripción del contexto general en el que el Programa fue introducido.

En la Sección IV luego de analizar sus puntos sobresalientes, identificaré cuáles son sus principales vicios y por qué podrían tener un impacto negativo en la implantación del instituto. Todo ello, con el afán de desarrollar algunas recomendaciones apropiadas para una implementación efectiva y eficiente.

Como colofón, expondré mis conclusiones respecto de la incorporación del instituto dentro del marco legal argentino, su significado y en base a lo desarrollado a lo largo del trabajo, cuáles podrían ser sus resultados finales.

Sección I - Introducción	5
a) La Competencia y la política de competencia.	5
b) Prácticas anticompetitivas y la colusión como principal riesgo para la competencia. .	7
c) Tipos de Colusión: colusión tácita y colusión expresa o cartelización.	8
d) Factores que afectan el desarrollo de los carteles y su costo social.	10
Sección II - ¿De qué hablamos cuando hablamos de clemencia y cuáles son sus principales antecedentes?	15
a) Los programas de clemencia y su racionalidad económica.	15
b) Principales cuestiones para el establecimiento y buen funcionamiento de los programas de clemencia.	17
c) Principales antecedentes de los programas de clemencia y su aplicación.	20
c) 1. Estados Unidos:	21
c) 2. Unión Europea.	22
c). 3. América Latina:	24
Sección III - El programa de clemencia en Argentina	26
a) Antecedentes legislativos de la Ley N° 27.442 y su decreto reglamentario N° 480/2018.	26
b) Antecedentes jurisprudenciales y contexto general de la incorporación del Programa de Clemencia al ordenamiento jurídico argentino.	27
b) 1. Principales casos de carteles resueltos por la autoridad de competencia nacional. .	27
b) 2. Contexto general de su incorporación.	30
c) Breve descripción del Programa de Clemencia argentino.	32
Secciones IV - Aciertos, críticas y recomendaciones para la correcta y efectiva aplicación del Programa de Clemencia en Argentina	39
a) Principales aciertos del Programa.	39
b) Principales críticas al Programa.	42
c) Recomendaciones para la correcta y efectiva aplicación del Programa de Clemencia en Argentina. .	45
Sección V – Conclusión.	50
Referencias Bibliográficas.....	53

Sección I - Introducción

a) La Competencia y la política de competencia.

Como comienzo de este trabajo me parece sustancial afirmar que la instauración y el perfeccionamiento de una política vigorosa de protección y fomento de la competencia resulta vital en el proceso de desarrollo de cualquier economía. Muchos sectores de la opinión pública y hasta algunos ámbitos relacionados con la filosofía y las ciencias sociales, suelen asociar a los procesos competitivos con las características propias de una lucha salvaje. Una jungla sin ley en donde termina primando el criterio del más fuerte por sobre el más débil y donde todo indicio de cooperación humana es sustituido por una disputa en donde algunos pocos resultan beneficiados a costa del perjuicio de muchos otros¹.

Si bien desde un punto de vista estrictamente formal, la competencia en sí misma efectivamente implica una dinámica de selección darwiniana destinada a mejorar la eficiencia del mercado por medio de la selección de los mejores, de ningún modo es posible identificar a la misma con una lucha destructiva. Principalmente porque la competencia se ha ido desarrollando desde una óptica institucional y se ha transformado en una herramienta esencial para alcanzar el bienestar social.

La teoría económica nos indica que, en condiciones normales, la competencia promueve la eficiencia asignativa y productiva, favorece la diversificación y especialización de servicios, productos y técnicas de fabricación, la introducción de tecnología y la evolución. Esta eficiencia en última instancia se trasladará a los consumidores en forma de menores precios, mayores cantidades, variedad o calidad de productos y bienes.

Sin embargo, para las empresas, la libre competencia no es una situación del todo confortable. La competencia involucra una enorme dosis de tensión que las obliga a estar constantemente alerta con el fin de ofrecer algo mejor, algo nuevo o diferente a aquello que ofrecen sus competidores. Por esto mismo es que en muchas ocasiones, la fuerza creadora de la competencia debe ser protegida frente a ciertas conductas empresariales,

¹ AUTORITAT CATALANA DE LA COMPETENCIA. “Condiciones de mercado que facilitan la colusión entre empresas: el sector de la instalación y el mantenimiento de ascensores en Catalunya”.2010 http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxiu/estudi_ascensors_final_esp.pdf

tales como asociaciones, alianzas temporales u otro tipo de prácticas anticompetitivas, que buscan poner fin a esta carrera y evolución constante en pos de la eficiencia.

Esta es la razón principal de la existencia de las leyes antimonopolio. La política de competencia busca prevenir o minimizar los riesgos que las empresas creen, aumenten o mantengan su poder de mercado y luego abusen de éste. Para ello, la regulación de competencia se sirve de distintos mecanismos tales como la política de comportamiento, la política estructural y la promoción de la competencia.

La política de comportamiento consiste en el desarrollo de procedimientos de tipo jurisdiccional a través de los que se sancionan acciones llevadas a cabo por algún agente en contra de la normativa de competencia. Las sanciones que se impongan como consecuencia pueden comprender multas, ordenes de cese, indemnizaciones y hasta en algunos casos, penas privativas de libertad.

La política estructural tiene un carácter más preventivo. Busca actuar con anterioridad a que se produzcan este tipo de acciones e involucra la utilización de medidas que influyan sobre la cantidad y el tipo de empresas que operan en los mercados. El principal ejemplo de este tipo de política está dado por los procedimientos de autorización y control de fusiones².

Por último, la promoción de la competencia busca fomentar el funcionamiento competitivo de los mercados mediante el desarrollo de diferentes acciones dirigidas tanto a los actores del mercado, a la administración pública o a los ciudadanos en general. Mediante la promoción de la competencia se intenta difundir todos aquellos valores positivos asociados a la competencia, ya sea mediante la realización de seminarios de capacitación, actividades de difusión en cámaras y organismos de sectores industriales, realización de investigaciones y estudios de mercado, publicación de informes y documentos de mejores prácticas en la materia, etc.

A diferencia de lo que ocurre con otros métodos de regulación directa, las políticas de competencia operan por excepción, por lo que la intervención de los organismos especializados en la materia únicamente se produce cuando ocurren determinados actos

² COLOMA GERMÁN, Defensa de la Competencia – Análisis económico comparado, editorial Ciudad Argentina, 2º edición, año 2009, p.6.

o hechos que puedan amenazar a la competencia como proceso, o bien modificar la estructura del mercado en sí misma.

b) Prácticas anticompetitivas y la colusión como principal riesgo para la competencia.

A lo largo del tiempo se han ido desarrollando numerosas clasificaciones sobre las diferentes prácticas anticompetitivas. Sin embargo, dentro de las más populares y difundidas, podemos mencionar a aquellas que las distinguen en: (i) prácticas unilaterales y prácticas concertadas según se trate de un solo actor o bien sean varios aquellos involucrados en la misma; (ii) prácticas exclusorias cuando quien ejerza la conducta abuse de su posición de dominio para eliminar competidores reales o potenciales y explotativas cuando los sujetos se sirvan de su posición para cobrar precios excesivos o hacer una discriminación entre ellos; (iii) horizontales cuando pueden llevarse a cabo con otros competidores dentro del mismo mercado relevante y verticales cuando son realizadas hacia el consumidor o las compañías que se encuentran aguas abajo. De la combinación de todas ellas surgen los principales tipos de prácticas anticompetitivas habitualmente sancionadas por las autoridades de competencia.

En el siglo XVIII Adam Smith en su obra *La Riqueza de las Naciones* (1776) ya se había manifestado sobre el particular comportamiento de las empresas en el mercado diciendo que: "*[l]os miembros del mismo gremio pocas veces se reúnen, ni siquiera para divertirse, pero cuando lo hacen, la conversación siempre acaba en una conspiración en contra de la gente o en algún acuerdo para incrementar los precios*". En este mismo sentido Kenneth Train menciona que: "*[l]a competencia, en teoría, si no siempre en la práctica, no es más que un milagro. Cada empresa trata de obtener la mayor cantidad de ganancias posible sin tener en cuenta (al menos directamente) el bienestar social*"³.

Esto no quiere decir que todos los comportamientos coordinados entre empresas necesariamente vayan a provocar un incremento artificial de precios en contra del bienestar económico general. Existen numerosas situaciones en las que la colaboración empresarial permite aprovechar los recursos, la experiencia o los atributos de las demás firmas y generar sinergias procompetitivas. Los *joint venture*, las alianzas estratégicas

³ KENNETH E. TRAIN, *Optimal Regulation* (Cambridge, Mass.: MIT Press, 1991). <https://eml.berkeley.edu/books/regulation.html>.

para ingresar a nuevos mercados internacionales y la financiación conjunta de planes de investigación y desarrollo son algunos ejemplos de ello.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) específicamente establece que la colusión persigue: “[a]umentar o fijar los precios y reducir la producción con el fin de aumentar las ganancias”⁴. Se trataría de una situación en la que dos o más firmas acuerdan explícita o tácitamente no competir entre sí, ya sea mediante la fijación de precios comunes, el establecimiento de acuerdos de cantidades de producción, la asignación de zonas o cuotas de mercado, con la sola finalidad de aumentar sus beneficios individuales. La colusión no sólo implica un daño directo a los consumidores por medio del establecimiento de mayores precios, sino que también implica un daño indirecto y con consecuencias a largo plazo para toda la economía. Una industria coludida, al igual que una industria monopólica, opera generalmente de manera ineficiente, por lo que termina perdiendo la capacidad de operar como fuente de crecimiento para la economía en el largo plazo.

c) Tipos de Colusión: colusión tácita y colusión expresa o cartelización.

Aun cuando el concepto genérico de colusión engloba tanto a la colusión expresa como a la colusión tácita, su conceptualización variará significativamente según se la evalúe desde una perspectiva económica o jurídica.

Desde un punto de vista económico la definición de colusión se relaciona estrictamente con los efectos que la misma produce y puede definirse como: “[u]na situación en la que los precios de las firmas son más altos que en algún referente competitivo”⁵, independientemente del modo o los métodos utilizados por las partes involucradas para que ello ocurra.

Desde una perspectiva jurídica, lo que identifica a este tipo de situaciones como legales o ilegales es la forma en la que tales precios han sido establecidos.

La colusión tácita también ha sido denominada paralelismo consciente, efectos coordinados o coordinación oligopolística de precios, siendo su característica distintiva la ausencia de un acuerdo expreso o una concertación física. Se genera una suerte de

⁴ Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law, compiled by R. S. Khemani and D. M. Shapiro, commissioned by the Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs, OECD, 1993 <http://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf>

⁵ MOTTA M. 2004, “Competition Policy. Theory and Practice”. Cambridge University Press.

oligopolio no-cooperativo en el que las firmas se comportan de una determinada manera simplemente observando (o anticipando) la conducta llevada a cabo por sus rivales y actuando de manera independiente entre ellas, movidas únicamente por su propio interés. Es por ello que en estos casos, dado que las firmas únicamente estarían haciendo uso de las libertades que el mercado les ofrece, es que suelen considerarse como actividades no proscritas o lícitas.

Otras situaciones de comportamiento oligopólico cooperativo entre competidores, en las que efectivamente se produce una comunicación o un contacto efectivo entre los participantes (reuniones de negocios, actividades en cámaras o asociaciones empresarias, convivencias sociales, llamadas telefónicas, correos electrónicos, etc.) quedan incluidas dentro de la categoría de colusión expresa o cartelización. Este tipo de interacción, podrá verse materializada en un acuerdo escrito o verbal, o bien en el establecimiento de mecanismos de intercambio de información, organización de actividades, etc., pero necesariamente requiere de la existencia de un acuerdo.

El término acuerdo ha sido interpretado de las maneras más diversas. La legislación europea (en adelante la UE) por ejemplo, para sancionar este tipo de práctica requiere la prueba de un acuerdo, decisión de asociación de empresas o práctica concertada (Artículo 81(1) CE)⁶, aun cuando en sentido estricto las prácticas concertadas se refieren a prácticas que no alcanzan a configurar un acuerdo en el sentido formal de la palabra. La legislación de Estados Unidos (en adelante EEUU) por su parte⁷, hace referencia a contratos, combinaciones o conspiraciones, siendo obligatoria la necesidad de un acuerdo y comprendiendo aun ciertas conductas no vinculantes tales como las meras tratativas, las promesas, los protocolos de entendimiento, los acuerdos de caballeros, las pautas de

⁶ El Artículo 81(1) CE indica: “1. Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos: todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o distorsionar la competencia dentro del mercado común, y en particular los que consistan en (...)”.

⁷ La Sección 1 de la Sherman Act indica que: “Todo contrato, combinación en la forma de consorcio [trust] u otra, o conspiración, que restrinja el intercambio o el comercio entre los Estados, o con naciones extranjeras, es declarado ilegal. Toda persona que contrate o participe en cualquier combinación o conspiración aquí declarada ilegal será considerada culpable de delito grave y, condenada por el mismo, será castigada con una multa que no exceda de los \$100.000.000 si se trata de una corporación, o, si se trata de otra persona, \$1.000.000, o con prisión que no exceda de 10 años, o con ambos castigos, a discreción de la corte”.

conducta, las que son meramente adheridas por otros participantes, simples circulares y advertencias⁸.

Toda esta discusión semántica respecto a la delimitación del concepto de acuerdo nos permite concluir que, mientras más extendida sea la definición adoptada por un sistema, más efectiva será la persecución de conductas colusorias.

Al respecto, el Artículo 2 de la Ley N° 27.442 resulta categórico al establecer que constituyen prácticas anticompetitivas: “[/]os **acuerdos** entre dos o más competidores, consistentes en **contratos, convenios o arreglos**” (el resaltado me pertenece). Conforme a lo mencionado en la misma norma, para la configuración de un acuerdo la legislación argentina requiere la existencia efectiva de una comunicación entre partes y una aceptación expresa de los términos del mismo.

d) Factores que afectan el desarrollo de los carteles y su costo social.

Si bien no es posible establecer una relación de elementos indispensables del tipo *checklist* sobre cuáles resultan las condiciones que facilitan o pueden tener un impacto directo sobre la colusión entre firmas, se han logrado identificar ciertas características fundamentales que pueden influir en el desarrollo de la misma. En líneas generales, estos factores suelen estar relacionados con la estructura del mercado, la demanda y la oferta de productos.

Si evaluamos el caso de un mercado en competencia perfecta, nos hallamos ante una situación en la que ningún oferente ni demandante, de manera individual, puede determinar el valor de un bien o servicio. El mercado en equilibrio competitivo verifica el óptimo de Pareto y constituye un estado distributivo en el cual los bienes están asignados a sus usos más valiosos, excluyendo una distribución alternativa dominante. Esta situación satisface las condiciones de eficiencia puesto que sólo en éste punto es donde se iguala el costo marginal de la última unidad producida con el valor marginal que los consumidores atribuyen a ésta y determina que la única manera de que alguien tenga mayor excedente será a expensas del excedente de otro, ya que en esta situación, no queda ningún excedente vacante sin capturar. Esta situación constituye una representación un tanto simplificada de la realidad, puesto que para que se materialice deben coexistir un

⁸ HAY, GEORGE A. (2006): “Horizontal Agreements: Concept and Proof”, *The Antitrust Bulletin*, vol. 51(4), pp. 877-914.

número de condiciones de manera simultánea, lo que en los mercados reales suele tornarse ciertamente utópico.

La primera de estas condiciones se relaciona con el número de actores que conforman el mercado. Para que exista un mercado competitivo es necesario que opere la suficiente cantidad de productores y consumidores, de modo que ninguno de ellos pueda afectar el precio de mercado. La segunda es la no existencia de barreras de entrada, es decir que los agentes de mercado no enfrenten restricciones para salir y entrar en ellos, gozando de movilidad absoluta. Y finalmente la tercera, tiene que ver con las características del bien o servicio comercializado. Debe tratarse de un bien o servicio considerado por los consumidores como homogéneo, es decir, que no existan preferencias en adquirirlo de uno u otro productor. Para ello, la existencia de información completa y simétrica entre los agentes de mercado respecto de precios, cantidades y calidad de los bienes resulta esencial.

Cuando alguna o algunas de todas estas condiciones se encuentra ausente, los mercados no logran asignar por sí mismos los bienes a sus usos más valiosos, generándose lo que se conoce como fallas o imperfecciones de mercado. Con el fin de minimizar los efectos anticompetitivos que estas fallas de mercado pueden generar, el estado suele intervenir mediante distintas formas de regulación.

En este caso, me centraré en el estudio de las características de los mercados oligopólicos puesto que, si bien permiten que las firmas que lo componen posean cierta influencia para determinar el nivel del precio y las cantidades ofrecidas, su decisión encuentra un límite en los demás competidores. Los oligopolistas no son precio-aceptantes, sino que terminan tomando sus decisiones en base a la estrategia de sus competidores y no a su propia estructura de precios. Por eso, para comprender cómo es que se desarrollan y funcionan los carteles como mecanismos, el oligopolio es sin duda la situación de mercado que más nos interesa, puesto que es la que facilita el conocimiento mutuo entre competidores, el desarrollo de consenso entre firmas y la creación de potenciales acuerdos colusorios.

Esto no quiere decir que oligopolio y colusión sea conceptos que deban ir de la mano. Existen numerosas situaciones en las que un oligopolio permitiría arribar a los mismos resultados que se producirían bajo una situación de competencia perfecta. Tal sería el caso en el que, aun cuando las firmas de manera individual pudieran optar por aumentar los precios, la incertidumbre sobre cuál sería el nivel de precio que adoptarían sus

competidores y el posible efecto adverso que ello ocasionaría en sus ganancias logra actuar como un contra-incentivo en contra de tal aumento⁹. Lo esencial a tener en cuenta en estos casos es que la interdependencia propia de una situación de oligopolio, puede facilitar la existencia de comportamientos colusivos, pero no la determina.

Además de esta interdependencia, existen otros factores estructurales que permiten que un esquema colusivo entre competidores pueda resultar plausible y sostenible.

El primero se relaciona con el nivel de transparencia del mercado (cantidades ofertadas, capacidad de producción de las firmas involucradas, esquemas de precios, etc.). Si las partes logran desarrollar una capacidad de monitoreo tal que permita que la penalización por una potencial desviación del acuerdo resulte una amenaza creíble, entonces la probabilidad de que el oligopolio genere comportamientos colusivos aumenta exponencialmente, atento a que la colusión se torna sostenible en el tiempo.

Ciertas características de la demanda también pueden influir en el desarrollo de los carteles. Aunque generalmente su aumento y desarrollo suelen ser vistos como un factor que dificulta la coordinación anticompetitiva, cuando las ganancias de corto plazo provenientes de la desviación son pocas comparadas con el costo de las represalias, la colusión se torna más fácil de sostener en mercados en crecimiento, puesto que las utilidades van a resultar menores a las futuras. Por el contrario, en mercados en retroceso, los incentivos a desviarse del acuerdo aumentan ya que los beneficios futuros (incluso sin considerar el castigo) se percibirán como escasos.

Las fluctuaciones en las cantidades demandadas también operan como otro factor que tiene efecto en la colusión. Un flujo constante y predecible de demanda tiende a incrementar el riesgo de colusión, mientras que un cambio abrupto de la misma impactará negativamente sobre la expectativa de ganancias a largo plazo y producirá una notable disminución en los posibles costos del castigo.

Las crisis o los momentos de incertidumbre económica también pueden afectar los incentivos colusorios de las firmas. En estas situaciones, los competidores generalmente suelen verse atraídos a manipular las licitaciones para tratar de compensar aquellas utilidades perdidas con las ganancias derivadas de la colusión.

⁹ EDUARDO QUINTANA SÁNCHEZ. - Abuso de posición de dominio conjunta y colusión tácita: ¿infracciones sin contenido real?. Themis 51. Revista de derecho 2005. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8800/9193>

Respecto de la oferta, suele afirmarse que siempre es más fácil coludirse entre iguales. Acordar un precio entre firmas cuya capacidad, tamaño, cuotas de mercado o rango de producción sean similares va a resultar mucho más sencillo que hacerlo entre aquellas con funcionamiento y estructuras de costo asimétricas. Lo mismo ocurre con los productos. Si todas las firmas ofrecieran el mismo producto/servicio, aun en mercados poco transparentes, les sería muy sencillo inferir la información relevante a partir de sus propias cantidades y precios.

El tipo y habitualidad de contacto entre firmas en diversos mercados es otro de los factores que impacta de modo directo sobre los incentivos colusorios. Cuanto mayores son estas interacciones, mayores son las probabilidades de colusión, ya que este contacto constante permite disminuir las asimetrías de información, haciendo posible a los competidores coludirse en mercados cuyas características originariamente no lo permitirían¹⁰.

Los mercados con altos niveles de innovación, especialmente cuando se trata de un tipo de desarrollo repentino y drástico, suelen despertar poca preocupación en los organismos de competencia. La innovación en estos casos, les ofrece una ventaja competitiva por sobre sus rivales, actuando por sí misma como un fuerte desincentivo colusorio.

Por último, existen otros factores que pueden disminuir la posibilidad de coordinación. El poder de compra por ejemplo, permite estimular la competencia entre vendedores o incluso inducir la desviación de vendedores ya coludidos. Grandes compradores podrán diseñar esquemas de compra que reduzcan el ámbito de la coordinación anticompetitiva. La OCDE en sus lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas, establece que modificar las cantidades adquiridas en cada subasta funciona como un incentivo hacia la desviación del acuerdo colusivo, ya que induce a un aumento en las ganancias de corto plazo. La compra de productos en grandes cantidades mediante subastas espaciadas también permitiría reducir la interacción entre firmas¹¹. Según una estimación de la OCDE, en Europa, EEUU, Países Bajos y el Reino Unido, la colusión genera sobrepagos de entre un 10% y 15%¹².

¹⁰ EVANS, WILLIAM N. Y IOANNIS N. KESSIDES (1994): "Living by the „Golden Rule“: Multimarket Contact in the U.S. Airline industry", *Quarterly Journal of Economics*, vol. 109(2).

¹¹ OCDE. Lineamientos para combatir la colusión en licitaciones públicas. 2009 <https://www.oecd.org/daf/competition/cartels/42761715.pdf>

¹² <https://www.oecd.org/daf/competition/Guide-competition-impact-assessmentES.pdf>

Por todo ello, y porque los carteles constituyen la más grave de las ofensas en materia de libre competencia, es que resulta indispensable para toda agencia el desarrollo de un sistema efectivo de combate en su contra, el cual deberá construirse en base al riesgo de una alta probabilidad de detección en conjunto con una política de imposición de sanciones cuyos montos resulten significativamente disuasivos.

Sección II - ¿De qué hablamos cuando hablamos de clemencia y cuáles son sus principales antecedentes?

a) Los programas de clemencia y su racionalidad económica.

En el proceso de lucha en contra de los carteles, el mayor inconveniente al que se enfrentan las autoridades de competencia se relaciona con una de las características principales de este tipo de acuerdos, su secretismo. El carácter secreto de los acuerdos colusorios deviene de su naturaleza ilícita, de la cual sus miembros son plenamente conscientes. Por ello, suelen tomar todas las precauciones necesarias para encubrirlos tanto a los ojos de los consumidores como a los de la autoridad, haciendo que la obtención de pruebas directas se torne una tarea imposible o extremadamente costosa.

Los programas de clemencia aparecen como una alternativa eficiente en esta búsqueda y en el manejo de recursos escasos por parte de la autoridad. Los mismos proveen a las autoridades de un mayor caudal de pruebas y testimonios de infractores que facilitan el avance de las investigaciones, permitiéndole liberar recursos para el posterior desarrollo del procedimiento de imputación y sanción.

Desde su primera implantación en Estados Unidos, los programas de clemencia se han convertido en una herramienta clave para la detección, persecución y erradicación de los carteles. En pocas palabras, la política de clemencia consiste en eximir o reducir la sanción que le correspondería a una empresa o individuo participante de un cartel, cuando éste proporcione a las autoridades pruebas de la existencia del mismo, de sus reuniones, del intercambio de información, de sus características, etc. Se trata del otorgamiento de descuentos sobre las sanciones que recibirían tanto los individuos como las empresas involucradas en un cartel, a cambio de interrumpir su participación en dicha práctica ilegal y de cooperar de manera activa con las autoridades a cargo de la investigación.

Serán sus mismas partes quienes confirmarán la existencia y mecanismo de funcionamiento, por lo que el proceso de investigación y búsqueda de evidencia se verá significativamente simplificado. De hecho, la simple existencia de un programa de clemencia podría incentivar a las empresas a conservar información incriminatoria de su participación en un cartel como forma de resguardar evidencia que pueda servir a la hora

de solicitar el beneficio¹³. Esto aumentaría las probabilidades que las autoridades, a través de inspecciones u órdenes de secuestro de documentación, logren hacerse con esa evidencia directa también.

Este tipo de programas produce un efecto desestabilizador en los carteles operativos, puesto que desencadenan una carrera por ser el primero de los involucrados en cooperar con las autoridades. Las autoridades de competencia persiguen la cartelización buscando condicionar los incentivos de las partes para que, finalmente, se enfrenten entre sí. Esta es la idea detrás de todo programa de clemencia, garantizar que los miembros del cártel se encuentren en una situación lo más parecida posible al dilema del prisionero. Aunque para todos ellos resultaría preferible que el acuerdo se mantuviera en pie, la introducción de la alternativa de confesión genera una modificación tal en la matriz de pagos que hace que el nuevo equilibrio de Nash se traslade hacia la opción de confesar y solicitar la participación en el programa¹⁴.

Estos programas han demostrado tener efectos positivos sobre la viabilidad de los acuerdos ya existentes y sobre la formación de aquellos futuros¹⁵, ya que provocarían un aumento en los costos relativos a la creación de los acuerdos al igual que de su posterior gestión. Sus participantes se verán obligados a desarrollar mecanismos más sofisticados de funcionamiento, puesto que no sólo tendrán que evitar ser descubiertos por las autoridades sino también impedir que cualquiera de sus empleados pueda hacerse con pruebas en su contra.

Hay quienes sostienen sin embargo que otorgar un tratamiento benevolente al primero que reporte una infracción de este tipo, dotaría de mayor estabilidad a este tipo de acuerdos, ya que quien fue traicionado podría acudir a la autoridad, eximirse de la responsabilidad y exponer a su socio que no cumplió con su parte del pacto colusorio a la totalidad de la sanción. El costo de no cumplir con el acuerdo ahora se elevaría debido a la posibilidad de quedar expuestos a la delación de sus cómplices¹⁶. Asimismo, otros

¹³ AUBERT, C., REY, P., & KOVACIC, W. E. "The impact of leniency and whistle-blowing programs on cartels". International Journal of industrial organization.

¹⁴ MARINA BIDART Y DIEGO PETRECOLLA. "La economía de los Programas de Clemencia". 2018. Comentarios a la Ley de Defensa de la Competencia. Thompson Reuters. La Ley.

¹⁵ JORGE PADILLA, ALEJANDRO REQUEJO Y NADINE WATSON. Una perspectiva económica de la política de clemencia. <https://espacioinvestiga.org/wp-content/uploads/2015/09/DE001-16 Una perspectiva economica politica clemencia-Varios autores.pdf>.

¹⁶ GIANCARLO SPAGNOLO. "Self-Defeating Antitrust Laws: How Leniency Programs Solve Bertrand's Paradox and Enforce Collusion in Auctions". https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=236400

autores se pronuncian sosteniendo que la criminalización de este tipo de organizaciones podría actuar a favor de la estabilidad de los carteles existentes. Exponer a los potenciales solicitantes al riesgo de una sanción penal potenciaría los incentivos a adoptar mayores medidas de vigilancia y mecanismos de castigo internos más severos que funcionen a favor del desarrollo de estructuras muchísimo más estables¹⁷.

Como puede observarse, la teoría identifica un número probable de efectos que estos programas son capaces de producir, algunos de los cuales pueden incluso resultar contradictorios entre sí. El desafío de aquellos sobre los que recae la tarea de su diseño, es minimizar los negativos y contraproducentes, sirviéndose para ello de la experiencia de otras agencias de competencia y de las numerosas recomendaciones de profesionales, organismos y organizaciones especializadas en la materia.

b) Principales cuestiones para el establecimiento y buen funcionamiento de los programas de clemencia.

Para las empresas va a resultar viable coludirse si estiman que el beneficio extraordinario obtenido por su participación en el acuerdo superará los costos asociados a la misma, los que van a estar dados por el producto de la probabilidad de que el cartel sea detectado multiplicado por el valor de la sanción esperada.

La probabilidad de detección está íntimamente ligada a la reputación de eficacia de la autoridad responsable de la persecución de los acuerdos colusorios. La autoridad deberá ser capaz de construir una imagen acorde que logre generar en los potenciales denunciadores la idea que existe una alta probabilidad de que el cartel sea identificado. Según la teoría económica del comportamiento, es la percepción subjetiva de las empresas sobre la probabilidad de detección futura la que posee un efecto desestabilizador sobre los acuerdos existentes, no tanto la probabilidad real u objetiva de la misma¹⁸. Aun cuando construir una reputación lleva tiempo, contar con los suficientes recursos, debidamente organizados y formados en las técnicas de detección de carteles, es uno de los mecanismos de hacerlo¹⁹.

¹⁷ CARON BEATON-WELLS & CHRISTINE PARKER “Justifying criminal sanctions for cartel conduct: a hard case” file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Beaton-WellsandParker_JustifyingCriminalSanctions_JAE.pdf

¹⁸ RABIN, M. (1998), «Psychology and Economics», Journal of Economic Literature, vol. 36(1).

¹⁹ CONNOR, J. (2006) “Effectiveness of Antitrust Sanctions on Modern International Cartels”. Journal of Industry, Competition and Trade, vol 6, pp. 195.

Además de la generación de una reputación de efectividad, otra de las formas mediante la cual la autoridad puede incrementar esta probabilidad de detección percibida es a través de la publicidad de sus casos de éxito. La mención permanente de los casos en los que se ha logrado probar la existencia de un acuerdo colusorio y se impusieron multas a sus responsables, permite generar en los individuos una sobreponderación de la representatividad de la información existente, lo que funciona directamente en este sentido²⁰

Respecto del tipo de sanciones aplicables, casi todos los países que cuentan con programas de clemencia aplican sanciones monetarias, ya sea mediante la imposición de multas administrativas o mediante mecanismos de compensación a favor de las personas perjudicadas. La criminalización de los cárteles y de sus partes involucradas (directivos, administradores, empleados, etc.) no resulta una práctica tan uniforme. Los primeros países que incorporaron este tipo de sanciones fueron Estados Unidos, Canadá y el Reino Unido, y posteriormente fueron seguidos por otros como Chile y algunos miembros de la UE como Austria, Francia, Holanda y Luxemburgo.

Respecto del monto de las sanciones, su cálculo deberá efectuarse tomando como base los beneficios obtenidos por la participación en el acuerdo. Según la teoría de la utilidad esperada, para que las firmas se vean incentivadas a acogerse a un programa de clemencia la sanción esperada debería resultar sensiblemente mayor al beneficio extraordinario obtenido, atento a que el beneficio en estos casos es un hecho cierto, mientras que la sanción es una probabilidad incierta. Algunos autores consideran que la magnitud de la sanción debería ser de al menos cuatro veces más al beneficio extra obtenido. Sin embargo, la mayoría de las legislaciones han optado por una moderación de estos montos puesto que este nivel de sanción “óptimo” podría conducir a la desaparición de la firma²¹. Por último, si bien es cierto que la sola existencia de un programa de clemencia potencia la desconfianza entre los miembros del cártel, el tratamiento y diseño de los puntos que menciono a continuación ocasionará un sensible aumento de su eficiencia.

²⁰ KAHNEMAN, D., y A. TVERSKY (1973), “On the Psychology of Prediction”, *Psychological Review*, vol. 80, pp. 237

²¹ Según datos de la OCDE, únicamente en cuatro oportunidades el valor de las multas superaron el 100% del beneficio estimado “Using Leniency to Fight Hard Core Cartels” (2002), <http://www.oecd.org/daf/competition/1890449.pdf>

(i) El número de participantes del cartel que se pueden acoger al programa. En este sentido, si todos los involucrados decidieran colaborar y recibieran una exoneración o reducción de la sanción, el programa resultaría ineficaz. Si únicamente la primera empresa denunciante recibiera exoneración, se crearía una especie de carrera hacia los tribunales que haría que ante la mínima sospecha sobre las intenciones de otros miembros de acogerse al programa, se acrecienten los incentivos a denunciar por parte del resto. Sin embargo, podría ocurrir que la información proporcionada por el primer solicitante no sea suficiente para probar la participación de todos los involucrados en la conducta, en cuyo caso la autoridad se vería obligada a disponer de una importante cantidad de recursos para su obtención, sin ninguna garantía de encontrarlos. Por ello, un diseño que permita que varios solicitantes, en la medida en la que colaboren aportando información nueva y valiosa puedan beneficiarse de una reducción de la sanción, resulta una opción preferida²².

(ii) Monto de la reducción de la sanción. Teniendo en cuenta que el objetivo de todo programa de clemencia es incentivar la pronta confesión, en los casos en los que se permita que varios miembros de un cartel puedan acogerse al programa, el esquema de reducción debería partir del principio según el cual el primero en denunciar debería verse beneficiado de manera diferencial en comparación con aquellos que lo hagan después. Un diseño eficaz será aquel que establezca una secuencia descendiente en el porcentaje de reducción, hasta aquel punto en el que el valor añadido de la información aportada por un nuevo solicitante resulte nulo.

(iii) Transparencia y seguridad jurídica para las empresas que deciden acogerse al programa. En este sentido, el programa deberá brindar la suficiente seguridad a las empresas que, según corresponda, serán exoneradas de la multa o bien verán reducido el importe de la sanción en razón de su colaboración. Se trata de un aspecto sumamente difícil ya que en todos los casos la autoridad ha de valorar en qué medida la documentación o la información aportada por el denunciante tiene verdadero valor y/o complementa a aquella de la que ya disponible. Por un lado se trata de no desalentar la denuncia de carteles existentes por una valoración de la prueba demasiado restrictiva,

²² JOSE A. VARELA GONZALEZ. Características y situación actual de la política de clemencia. Cuadernos Europeos de Deusto. ISSN: 1130-8354, Núm. 38/2008, Bilbao, págs. 203-247.

pero tampoco favorecer el oportunismo con una valoración muy permisiva de las mismas. Resulta preciso asegurar que el programa no podrá ser utilizado por los solicitantes de manera dolosa para cubrirse ante una eventual sanción sin aportar información valiosa para el descubrimiento del cartel²³.

(v) Protección ante reclamos de daños y perjuicios iniciados por particulares. Toda conducta ilícita que produzca efectos negativos en los consumidores o en los competidores, estará sujeta a una sanción administrativa al igual que a un reclamo civil por parte de los afectados. En muchas ocasiones, la exoneración del pago de la sanción administrativa puede no ser suficiente para compensar la incidencia que ésta declaración de culpabilidad puede tener en la jurisdicción civil. Por ello, el éxito del programa dependerá de que logre asegurar que la situación de los denunciantes que actúen de buena fe, nunca resultará peor a aquella en la que se encontrarían de no haberlo hecho.

(vi) Mención aparte merece la cuestión de la confidencialidad y la íntima relación que tiene con la efectividad y el éxito de un programa de clemencia. La previsibilidad y certeza sobre cuál será el tratamiento que la autoridad brinde a la información y documentación aportada por los solicitantes resulta fundamental para generar la confianza necesaria en el sistema y generar los incentivos correctos para lograr que los postulantes se presenten. Si en la práctica, éstos tuvieran la mínima sospecha que luego de revelar la existencia del cártel, la autoridad de aplicación podría rechazar esa solicitud y valerse de la información recibida para perjudicarlo, entonces jamás optarían por presentarse y el sistema estaría condenado al fracaso. La autoridad competente debe ser muy cuidadosa en la forma en la que administra su política de clemencia y el modo en el que trata con los aspirantes. Debe ser capaz de generar procedimientos que permitan el registro oportuno y transparente de las solicitudes de clemencia, asegurando que toda la información compartida en el marco de la solicitud, será custodiada y protegida con el máximo recelo.

c) **Principales antecedentes de los programas de clemencia y su aplicación.**

Aun cuando hay autores que señalan su origen primigenio en los programas de delación aplicados a la mafia italiana durante los años ochenta (*Ley Cossiga* o la *Leggi sui pentiti*),

²³ TIERNO, M. L. Y PEÑA M. A. (2002). “La comunicación sobre la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en el caso del cártel”. Gaceta jurídica de la UE y de la Competencia N° 220, pp. 101-111.

el Departamento de Justicia de los EEUU (DOJ) en el año 1978 fue el primer órgano administrativo en otorgar inmunidad a los infractores que transmitieran información a la autoridad.

A esta jurisdicción la siguió la Comisión Europea, la que en el año 1996 adoptó la Comunicación de la comisión relativa a la no imposición de multas o la reducción de su importe en los casos de carteles. Dentro de los países miembros de la UE, Bélgica, República Checa, Francia, Irlanda, Eslovaquia, Holanda y Suecia fueron los primeros en adoptarla como parte de sus regímenes internos, y a excepción de Malta, hoy todos los países que la componen lo han hecho.

Aun cuando EEUU y la UE han sido definitivamente los pioneros en la materia y donde se ha dado su mayor desarrollo, en la actualidad en todos los continentes se ha introducido la política de clemencia. Teniendo en cuenta su notable importancia como antecedente, a continuación realizaré una breve descripción de la experiencia de EEUU y de la UE y su posterior recepción en Latinoamérica.

c) 1. Estados Unidos:

Dada la notable influencia que la escuela de Chicago tuvo sobre esta regulación, el derecho de la competencia en EEUU tiene como objetivo principal el desarrollo de la eficiencia económica y del bienestar social,

El primer programa de clemencia o *leniency program* se implantó en 1978 y consistió en la instauración y el desarrollo de una serie de políticas encaminadas a revelar prácticas anticompetitivas basadas en la concesión de inmunidades a cambio del otorgamiento de información privilegiada. Sin embargo, esta primera versión del programa no resultó muy exitosa, entre otras cosas por la falta de transparencia de la que gozaba el procedimiento, el poco porcentaje de reducción de la multa otorgado y la imposibilidad de acogerse al beneficio en los casos en los que la administración ya hubiese iniciado la investigación²⁴. En los años posteriores se fueron implementando una serie de modificaciones, como el dictado del *Corporate Leniency Program* en 1993, la *Leniency Policy for Individuals* en 1994 y finalmente la introducción del instituto de *Leniency Plus* en 1999. Por medio de estas modificaciones, la autoridad buscó erradicar la discrecionalidad y asegurar la

²⁴ OCDE. 2009 Latin American Competition Forum. September 2009, Chile. http://www.oecd.org/daf/competition/2009%20LACF_UsingLeniencytoFightHardCoreCartels.pdf

transparencia del programa con el fin de generar los incentivos adecuados para favorecer la confesión.

El programa se destaca por conceder una amnistía total y automática a favor de los agentes que proporcionen información sobre casos en los que la autoridad no haya iniciado una investigación preexistente, y siempre que los solicitantes no hubieran sido los instigadores del acuerdo. En los casos en los que ya exista una investigación en curso, los interesados también podrán solicitar inmunidad, aunque su otorgamiento en este caso va a estar supeditado a que la prueba aportada resulte útil a la autoridad para el descubrimiento y desmantelamiento del cartel.

La incorporación del beneficio de *Leniency Plus* permitió que las empresas que estuvieran siendo investigadas en un sector y fueran multadas, pudieran denunciar la existencia de un segundo cártel y así obtener amnistía en esa nueva investigación más una reducción en la cuantía de la multa en el primer sector.

En el 2004 el programa fue reformado de modo tal que autorizó a los administradores, directivos y empleados de las firmas participantes en un cartel solicitar clemencia, extendiéndose de esta manera la clemencia no sólo al ámbito administrativo, sino también a los delitos penales.

En pocas palabras, el sistema se asienta sobre tres principios básicos: automaticidad, transparencia y confidencialidad. Estos tres, combinados con un aumento notable en el monto de las multas impuestas, las que en la actualidad pueden llegar hasta los 100 millones de dólares, han demostrado ser esenciales para su éxito. Según estadísticas recientes, de los 10,5 billones de dólares que ha recaudado el DOJ por multas desde el 2008 hasta el 2018, un gran porcentaje corresponden a sanciones provenientes de solicitudes de clemencia²⁵.

c) 2. Unión Europea.

El objetivo del derecho de la competencia de la UE se diferencia notablemente del de EEUU, principalmente por su carácter supranacional. La regulación *antitrust* de la UE persigue asegurar y fomentar la integración entre sus países miembros, facilitando el buen

²⁵ DONALD C. KLAWITER “The U.S. Corporate Leniency Policy: It is time for a Renaissance”<https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2019/01/CPI-Klawiter.pdf>

funcionamiento del mercado común y protegiendo a los consumidores como sujetos individuales de derechos.

La primera regulación de la UE relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los casos de carteles se dictó en el año 1996 y fue modificada en numerosas oportunidades, resultando la más significativa la ocurrida en el año 2002. Esta última reforma estableció las condiciones necesarias para la obtención del beneficio, incorporó una escala con un descenso progresivo del porcentaje del beneficio según el orden de presentación de la solicitud, y dispuso que la inmunidad provisional podía ser revocada por la autoridad en la medida en la que el solicitante no prestara la debida colaboración esperada. En cuanto a los solicitantes, esta regulación establecía que únicamente podían enjuiciarse por este tipo de infracciones a las empresas y no a personas físicas, naturales o humanas²⁶.

En el año 2006 se dictó una nueva modificación legislativa que buscaba otorgar mayor claridad y transparencia al procedimiento. Por un lado se incorporó la facultad de las empresas de solicitar un *marker* antes de presentar formalmente la solicitud de inmunidad, con el fin de reservar ese lugar en el orden de los solicitantes y obtener porcentaje mayor de descuento en la multa, y por el otro estableció que las decisiones finales de la comisión debían ser publicadas, junto con las declaraciones aportadas por los solicitantes a lo largo del procedimiento. Esto último constituyó un serio retroceso en el desarrollo del instituto, ya que ponía al solicitante en clara desventaja respecto de aquellos que no hubieran cooperado con la autoridad en relación a las acciones de daños y perjuicios que podrían ser iniciadas por terceros interesados en su contra.

Como respuesta ante esta situación, en el 2008 la Comisión Europea dictó un documento conocido como “El libro blanco de las acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia” mediante el cual intentó brindar ciertas guías sobre el tratamiento que debía darse a la información aportada a lo largo del procedimiento de clemencia, aunque dado su efecto no vinculante, no resultó más que un placebo. Finalmente, en el 2015 la Comisión realizó una enmienda general a su programa de clemencia en línea con lo establecido por EEUU y estableciendo que la

²⁶ Artículo 101 (1) del TFUE: “*Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros (...)*”.

información presentada por los solicitantes no podrá ser revelada en futuras demandas de daños y perjuicios²⁷.

c). 3. América Latina:

El éxito de estos programas fue motivando a los países de América Latina y el Caribe a incorporarlos a su normativa de competencia. A partir del año 2000 y en línea con las recomendaciones de la OCDE del año 2001²⁸, países como Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, México, Panamá, Perú, Uruguay y recientemente Argentina incorporaron a sus legislaciones este tipo de programas y comenzaron a desarrollar sus propias políticas de clemencia.

Los programas de Chile, Colombia, Ecuador, México, Perú y Argentina establecen un sistema mediante el cual se permite a varios solicitantes acogerse al programa y beneficiarse con inmunidad o bien una reducción de la multa. Siguiendo el antecedente de la legislación de EEUU, la mayoría de ellos proporciona inmunidad al primer solicitante y una reducción de hasta un 50% a los siguientes, siempre que éstos aporten pruebas que añadan valor a la investigación.

En cuanto al tipo de información a aportar, Brasil, Chile, Perú y México exigen que la misma sea capaz de demostrar la efectiva comisión de la conducta anticompetitiva. Por ejemplo, para el Consejo Administrativo de Defensa Económica de Brasil (CADE), no es suficiente la prueba sobre la realización de reuniones o información sobre los lugares donde poder realizar inspecciones. Lo mismo ocurre con la Fiscalía Nacional Económica en Chile (FNE) según la cual la mera sugerencia acerca de la existencia del cártel no es suficiente para obtener el beneficio. La Superintendencia de Control de Poder de Mercado de Ecuador (SCPM) al contrario, establece un umbral mucho más bajo para la evaluación de la información para el primer solicitante, siendo prácticamente suficiente con la presentación de la denuncia para obtener el beneficio.

²⁷ Así fue reafirmado por un tribunal del Reino Unido, en el que se negó el acceso a la documentación y transcripciones contenidas en el expediente de investigación del Cartel de la Espuma Poliuretánica iniciado como consecuencia de la solicitud de clemencia interpuesta por la empresa Vita. Todo ello, reafirmando la doctrina del fallo “*Pfleiderer*”. ARNOLD & PORTER KAYE SCHOLER LLP. “*Navigating the Tensions Between Leniency Cooperation and the Risk of Private Follow-On Damage Claims in Cartel Cases*”. The International Comparative Legal Guide to: Cartels & Leniency 2019. <https://www.arnoldporter.com/-/media/files/perspectives/publications/2018/10/navigating-the-tensions-between-leniency-cooperati.pdf>

²⁸ OCDE “Using Leniency to Fight Hard Core Cartels”. September 2001. <http://www.oecd.org/daf/ca/1890449.pdf>

Por último, Brasil, Chile y México son algunas de las jurisdicciones en América Latina que han incorporado las sanciones penales como pena para los participantes del cartel. Según la OCDE sin embargo, podría ser demasiado pronto aún para incorporar este tipo de responsabilidad, teniendo en cuenta que hasta no hace mucho tiempo, la cartelización era una práctica comercial que no sólo era aceptada en la región, sino hasta incluso promovida por el mismo estado²⁹.

²⁹ La mayoría de los países de la región hasta el comienzo de la década de los 90 contaban con regímenes económicos proteccionistas, los que en muchas ocasiones aceptaban el establecimiento (por ley) de precios mínimos para los productos básicos e incluso promovían acuerdos anticompetitivos entre competidores como medida de protección de los productores locales frente a la competencia internacional. [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF\(2016\)5&docLanguage=Es](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF(2016)5&docLanguage=Es)

Sección III - El programa de clemencia en Argentina

a) Antecedentes legislativos de la Ley N° 27.442 y su decreto reglamentario N° 480/2018.

La primer norma específica sobre defensa de la competencia en el país fue la Ley N° 11.210 del año 1923 que tomó como antecedente el modelo norteamericano prohibitivo de los monopolios. Esta ley de marcado carácter penal, establecía un catálogo de los actos que debían ser entendidos como monopólicos y que como tal se encontraban prohibidos. La misma fue derogada por la Ley N° 12.906 de 1946, la que al igual que su antecesora, incluía un listado de actos de monopolio. Ambas normas preveían sanciones de multa y de prisión tanto para las personas físicas, como para las personas jurídicas y sus administradores.

En 1980 se sancionó la Ley de Facto N° 22.262. Esta norma además de mantener las sanciones privativas de la libertad, recogía parte de la experiencia de la UE y definía con mayor precisión cuáles eran aquellas prácticas que se reputaban prohibidas y cuál era el procedimiento administrativo a desarrollar para imponer multas. En este contexto se creó la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) como organismo técnico dependiente de la entonces Secretaria de Estado (perteneciente al Ministerio de Economía) a cuyo cargo se encontraba la aplicación de la ley.

Ninguna de todas estas normas tuvo una profusa aplicación, principalmente por su claro carácter penal, en una sociedad como la argentina de ese momento en la que actos de ese tipo eran considerados estándar en el tráfico mercantil³⁰.

En el año 1999, y en el marco de una política económica orientada a la liberalización y desregulación económica fue que se sancionó la Ley N° 25.156. Entre sus principales novedades se encontraba la creación de un tribunal administrativo independiente, el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, cuyos miembros debían ser elegidos por concurso. Esta norma también suprimió las sanciones penales y comenzó a considerar a las infracciones de competencia como infracciones administrativas.

³⁰ Examen voluntario entre Homólogos del Derecho y la política de competencia: Argentina. Conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y desarrollo. UNCTAD. 2017. https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/ditccpl2017d1_es.pdf

En el año 2014 se sancionó la Ley N° 26.993 por medio de la cual se eliminó la figura del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia y en su reemplazo se dispuso que la autoridad de aplicación sería determinada por el Poder Ejecutivo y asistida por la CNDC, y al mismo tiempo se pronunciaba sobre otras cuestiones administrativas y procedimentales tales como el tribunal de alzada y la ley de procedimiento supletoria. Finalmente el 15 de mayo de 2018 el presidente aprobó la Ley N° 27.442, la que entró en vigor 8 días luego de su publicación. Esta norma fue prontamente reglamentada por el Poder Ejecutivo mediante el Decreto 480/18 publicado en el Boletín Oficial el 24 de mayo e implicó una completa renovación del régimen legal de la competencia en el país.

b) Antecedentes jurisprudenciales y contexto general de la incorporación del Programa de Clemencia al ordenamiento jurídico argentino.

b) 1. Principales casos de carteles resueltos por la autoridad de competencia nacional.

El primer antecedente en el país fue el caso “Silos Areneros de Buenos Aires c/Arenera Argentina y Otros” en el año 1986. Las empresas areneras de la ciudad de Buenos Aires, con el apoyo de las entidades sindicales habían fijado de manera coordinada cupos de producción para cada una de ellas con el fin de aumentar el precio de la arena. La investigación demostró que los sindicatos eran los encargados de la fiscalización del cumplimiento de los acuerdos a cambio de un compromiso por parte de las empresas areneras de mantener un cierto nivel de empleo y de salarios en la industria. Aplicando la Ley N° 22.262, la autoridad impuso una multa tanto a las empresas areneras como a los sindicatos que las nucleaban dado su carácter de partícipe necesario en la conducta.

Otro fallo resonante y que configura un importante antecedente en la sanción a un cartel por prácticas horizontales concertadas fue el caso “Lara Gas y otros c/ Agip y otros” (1991). En este caso, el conjunto de los fraccionadores de gas licuado de petróleo (GLP) que manejaban el 85% de la oferta total fueron hallados culpables de acordar entre sí las condiciones de venta del bien, tanto en lo que se refería a clientela como a los precios. La concertación tenía lugar a través de la Cámara de Empresas Argentinas de Gas Licuado (CEAGL), la que había organizado inclusive un servicio de información, control e inspecciones. En este caso, la CNDC aconsejó la imposición de multas para las empresas

involucradas y para la CEAGL graduadas en base al número de hechos ilícitos cometidos por cada una, y el cese del reparto de clientes instrumentado³¹.

Otro antecedente destacado fue el conocido como el Cartel del Cemento. La investigación fue iniciada de oficio por la autoridad luego de que en un artículo periodístico se hiciera referencia a la existencia de una concertación entre las principales empresas de la industria del cemento portland, el que incluía repartos de mercado, complot para bloquear el ingreso de nuevos competidores, acuerdos de precios, participación concertada en licitaciones públicas y otras conductas de cartelización en las cuales se encontraban involucradas las empresas cementeras y la Asociación de Fabricantes de Cementos Portland (AFCP). El conjunto de hechos investigados, indisolublemente conexos entre sí, configuraban diversas infracciones a la legislación de competencia como la concertación de cuotas y porcentajes de mercado, como así también un intercambio de información competitivamente sensible entre las empresas cementeras, instrumentado a través del sistema estadístico de la AFCP. La autoridad aconsejó la imposición de multas a Loma Negra, Juan Minetti, Cementos Avellaneda, PCR y Cemento San Martín, y consideró que respecto de la AFCP, la multa debía ascender al máximo previsto por la ley por haber desarrollado un papel imprescindible para la concertación de cuotas y participaciones, como en el intercambio de información competitivamente sensible³².

La sanción del cartel en la provisión de oxígeno medicinal es otro de los antecedentes destacables. En este caso, la autoridad demostró que las imputadas (Praxair Argentina S.A., AGA S.A., Indura S.A. y Air Liquide Argentina S.A.) habían concertado sus posturas en procesos de compra de nosocomios, repartido clientes y acordado precios durante el período desde 1997 hasta el año 2002 y aconsejó la imposición de una multa de \$70.000.000. En este supuesto, la autoridad consideró como agravantes el hecho que las firmas involucradas concentraban casi la totalidad del mercado, el carácter esencial del bien comercializado, su falta de sustituibilidad y las altas barreras de ingreso para los competidores.

³¹ GERMÁN COLOMA. Prácticas horizontales concertadas y defensa de la competencia. Universidad del CEMA. <https://ucema.edu.ar/publicaciones/download/documentos/170.pdf>

³² MARIA PAULA MOLINA. Foro Latinoamericano de Competencia, Bogotá 2011. Sesión I: Asuntos de Competencia en Asociaciones Comerciales, Contribución de Argentina. <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/ocde2.pdf>

También es interesante mencionar como antecedente el caso de las Gelatinas Medicinales³³, en el que se sancionaron a cuatro laboratorios y tres personas físicas por haber realizado prácticas concertadas en las licitaciones convocadas por hospitales públicos durante los años 2005 y 2007. En este caso en particular, se consideró que los directores de las firmas debían ser sancionados también por haber actuado como partícipes necesarios para la implementación de la práctica restrictiva.

En los últimos años la autoridad ha tenido un notable desarrollo en esta materia. Prueba de ello son las decisiones que ha emitido en los casos de las Clínicas de Salta³⁴, Sanatorios de Bariloche³⁵ y Farmacias de Tucumán³⁶.

En el caso de las Clínicas de Salta, la autoridad sancionó a 15 sanatorios de las ciudades de Salta, Tartagal y Metán y a la Asociación de Clínicas y Sanatorios Privados de la provincia por la conformación de un cártel destinado a fijar los precios convenidos con las administradoras de fondos para la salud en las prestaciones sanatorias durante el período comprendido entre el 2011 y el 2013.

En el caso de las Farmacias de Tucumán, se multó al Colegio de Farmacéuticos de Tucumán, a la Asociación de Farmacias de Tucumán y al Círculo de Farmacias del Sud, por la cartelización de precios, por regular la inversión en publicidad y por determinar los horarios de funcionamiento de las farmacias de la provincia y al mismo tiempo, ordenó a las entidades modificar o eliminar todos los artículos del reglamento de prestaciones farmacéuticas y del código de ética que contemplaban dificultades o barreras a la competencia entre farmacias.

La más reciente de las investigaciones resuelta por la CNDC fue el caso de los Sanatorios de Bariloche. En este caso, la Secretaría de Comercio multó al Sanatorio San Carlos, al Hospital Privado Regional del Sur, al Instituto Materno Infantil y al Sanatorio Del Sol, luego de comprobar la existencia de un acuerdo por parte de estas entidades destinado a

³³ Expte. nro. 064-011323/2001, Carpeta 697, Dictamen CNDC 510, res. SCT 119/2005 <http://cndc.produccion.gob.ar/sites/default/files/cndcfiles/510.pdf>.

³⁴ EXP-S01:0211182/2012. Resol – 2017- 598- APN- SECC#MP. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/rs-2017-15874843-apn-seccmp.pdf_res_c.1440.pdf

³⁵ Expediente N° S01:0063196/2013: “Sanatorio San Carlos, Hospital Privado Regional del Sur, Sanatorio del Sol y otros s/infracción Ley 25.156 (C.1463), Dictamen CNDC N° 08323262, receptado mediante RESOL-2018-135-APN-SECC#MP de fecha 13/03/2018.

³⁶ Expediente N° S01:0057194/2013: “Colegio de Farmacéuticos de Tucumán s/infracción Ley 25.156 (C.1462)”, Dictamen CNDC N° 0203191, receptado mediante RESOL-2018-47-APN-SECC#MP, de fecha 23/01/2018.

cambiar las condiciones de contratación acordadas con las empresas de asistencia al viajero y aumentar los precios fijados. Para evaluar el monto de la multa, la autoridad tuvo en cuenta que al momento de la denuncia, las sancionadas disponían del 100% de las camas de todos los hospitales privados de la ciudad principal destino de los estudiantes de educación secundaria del país.

Aun cuando estos antecedentes demuestran que a lo largo de estos casi 100 años desde la aprobación de la primera norma de competencia la jurisprudencia argentina ha ido evolucionando, no es menos cierto que en comparación con otras jurisdicciones vecinas (Chile, México, Perú, Brasil por ejemplo), las sanciones a carteles locales son aun ínfimas³⁷.

b) 2. Contexto general de su incorporación.

La sanción de la nueva Ley N° 27.442 representa un claro avance hacia la modernización de la legislación de competencia en el país y una respuesta efectiva a un reclamo que por muchos años había sido desoído. A casi 20 años de la entrada en vigor de la Ley N° 25.156, resultaba imperioso realizar una revisión y evaluación de la legislación aplicable a la materia, a fin de colocar a Argentina en el camino de las mejores prácticas internacionales y delinear una normativa capaz de ofrecer respuestas a los problemas a los que la misma se enfrentaba.

En esa dirección, la incorporación del Programa como herramienta para la persecución y sanción de los carteles, fue una de las novedades y aciertos mejor recibidos por la comunidad antitrust. La necesidad de incorporar un programa de este tipo ya había sido señalada en el 2006 por la OCDE en su análisis inter-pares en cuya oportunidad el organismo había calculado que “[l]os perjuicios causados por cárteles ascienden a miles de millones de dólares de daños para los consumidores y la economía cada año”³⁸.

En el año 2009 en el ámbito interno, un número de profesionales de la CNDC desarrolló un anteproyecto de reforma de la Ley N° 25.156, el cual fue formalmente aprobado y posteriormente elevado al secretario de Comercio Interior, con el objeto de incorporar un

³⁷ Examen voluntario entre Homólogos del Derecho y la política de competencia: Argentina. Conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y desarrollo. UNCTAD. 2017. https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/ditccp2017d1_es.pdf

³⁸ Exámenes inter-pares de la política y del derecho de la competencia en América Latina: Un seguimiento. Argentina, Brasil, Chile, México, Perú. OCDE 2007. https://www.oecd.org/daf/competition/2007Follow-up-LA-peer-reviews_SP.pdf

programa de estas características a la normativa de competencia vigente³⁹. Aunque el proyecto no tuvo impulso, su publicación demostró una clara recepción por parte del organismo de los reclamos tanto de los sectores públicos como privados en relación al tema.

Finalmente, en septiembre del 2016 se presentó en el Congreso Nacional un proyecto de reforma de la Ley N° 25.156, consensuado sobre la base del anterior proyecto presentado por la CNDC y los presentados por los diputados Mario Negri y Elisa Carrió. Este proyecto, luego de haber sido abierto a comentarios tanto de la oposición como de la comunidad antitrust y de varios organismos especializados en la materia, culminó con la publicación en el boletín oficial de la Ley N° 27.442 el 15 de mayo de 2018.

Según un informe del año 2017 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) sobre Argentina: “[l]uego de la constitución del nuevo Gobierno tras las elecciones del año 2015, se produjo un considerable impulso en la política de la competencia, que fue considerada como uno de los pilares de la nueva acción de gobierno”⁴⁰. El informe menciona de manera expresa la necesidad de una reforma de la antigua Ley de Competencia a fin de fortalecer la actividad de persecución de carteles, la que según su propia evaluación y la de la OCDE en su *peer review* del año 2007, había resultado limitada y desactualizada en comparación con otros países de la región como Brasil, Perú o Colombia.

El estudio económico multidimensional publicado por la OCDE en el 2017⁴¹ también se pronunciaba a favor de la necesidad inminente de una modificación en la legislación de competencia. En el informe se ubicaba a Argentina entre los últimos diez países dentro de un total de 140 en relación a indicadores tales como el favoritismo de funcionarios públicos, la ética y corrupción. En consecuencia, la mejora en la gestión de los asuntos públicos, el fortalecimiento de las normas de integridad, el diseño de estrategias de prevención y la introducción de un esquema de protección para denunciantes más sólido, se tornaba imprescindible para lograr una mejora en este sentido.

³⁹ Expte: S01: 045961572010 de fecha 9 de Diciembre de 2010.

⁴⁰ Examen voluntario entre Homólogos del Derecho y la política de competencia: Argentina. Conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y desarrollo. UNCTAD. 2017. https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/ditccpl2017d1_es.pdf

⁴¹ OCDE. Estudio Económico Multidimensional Argentina 2017. <http://www.oecd.org/countries/argentina/Argentina-2017-OECD-economic-survey-overview-ESP.pdf>

Finalmente, resulta pertinente señalar que coetáneamente con la sanción de la Ley N° 27.442, en el 2017 en el país se inició una investigación bautizada como “La Causa de los cuadernos”, que por su magnitud y alcance resultó un antecedente inédito en la lucha contra la corrupción en la Argentina. Esta investigación fue iniciada en el marco de la aplicación de la Ley del Arrepentido N° 27.304, la que si bien no hace referencia expresa al reconocimiento de delitos de competencia, sí incluye a los delitos de corrupción, los que en numerosas oportunidades están íntimamente vinculados con conductas sancionadas por la normativa antitrust, especialmente en lo que se relaciona con las licitaciones públicas del Estado.

La causa se inició con motivo de una denuncia presentada por el entonces presidente de la cámara de la construcción, quien habría reconocido judicialmente además del pago de retornos, la existencia de una suerte de club de la obra pública, en donde se repartían entre sus miembros la asignación de las obras licitadas por el Estado. En otras palabras, en dicha causa se habría reconocido la existencia de un cártel, que incluía a empresarios, funcionarios públicos, empresas constructoras y demás actores políticos, por la que en la actualidad existen 7 detenidos, 31 testigos arrepentidos y 172 procesados. A la fecha de presentación del presente trabajo, la causa continúa abierta y a la espera de llegar a juicio oral, por lo que resta aguardar para saber cuál será su desenlace final y si impulsará las primeras solicitudes de clemencia.

c) **Breve descripción del Programa de Clemencia argentino.**

El nuevo Programa fue incorporado al Capítulo VIII de la Ley N° 27.442 (Artículos 60 y 61) y fue reglamentado por medio del Decreto 480/2018. Comienza el Artículo 60 diciendo que: *“Cualquier persona humana o jurídica que haya incurrido o esté incurriendo en una conducta de las enumeradas en el art. 2° de la presente ley, podrá revelarla y reconocerla ante el Tribunal de Defensa de la Competencia acogiéndose al beneficio de exención o reducción de las multas del inc. b) del art. 55 de la presente ley, según pudiere corresponder”*. La reglamentación por su parte aclara que, en la medida en la conducta afecte total o parcialmente el territorio nacional, carecerá de importancia el lugar donde la misma fue llevada a cabo.

Del texto legal surge de manera explícita que no todas las conductas concertadas permiten solicitar inmunidad, sino únicamente quedan comprendidos aquellos acuerdos entre dos o más competidores, consistentes en contratos, convenios o arreglos cuyo objeto o efecto

fuere: “a) Concertar en forma directa o indirecta el precio de venta o compra de bienes o servicios al que se ofrecen o demanden en el mercado; b) Establecer obligaciones de (i) producir, procesar, distribuir, comprar o comercializar solo una cantidad restringida o limitada de bienes, y/o (ii) prestar un número, volumen o frecuencia restringido o limitado de servicios; c) Repartir, dividir, distribuir, asignar o imponer en forma horizontal zonas, porciones o segmentos de mercados, clientes o fuentes de aprovisionamiento; d) Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en licitaciones, concursos o subastas”. La ley crea una presunción de ilegalidad sobre este tipo de conductas, ya que considera que por su propia naturaleza generan un perjuicio al interés económico general, y como tal, no producirán efectos entre partes ni para con terceros.

Existe una discusión respecto de cuál debería ser el alcance de dicha presunción. Hay quienes sostienen que la redacción misma del Artículo 60 indica que estas prácticas deben considerarse ilegales por sí mismas y en caso de comprobarse que tuvieron lugar, las partes involucradas nada podrían demostrar en favor de su eventual legalidad. Este es el sistema adoptado por la legislación de EEUU, el que establece un catálogo de conductas anticompetitivas *per se*.

Por el contrario, también existen quienes sostienen que la nueva ley de competencia se asemejaría más al sistema de la UE, conocido como el de la regla de la razón o *rule of reason*. En favor de esta postura, se sostiene que en el ordenamiento argentino las presunciones *juris et de jure* deben considerarse la excepción a la regla, y en consecuencia, la misma norma así debería indicarlo de manera expresa. Además, y con muy buen tino desde mi punto de vista, dado que el Artículo 29 de la nueva ley permite a la autoridad “[e]xpedir permisos para la realización de contratos, convenios o arreglos que contemplen conductas incluidas en el artículo 2° de la presente, que a la sana discreción del Tribunal no constituyan perjuicio para el interés económico general”, sería la misma ley la que estaría reconociendo la posibilidad de derribar esa presunción⁴².

⁴² RICHARD WISH. “Comment and General Assessment of Law 27.442 of 2018 from a European Competition Law Perspective”. Comentarios a la ley de defensa de la competencia. La Ley (edición especial). Thomson Reuters La Ley, 2018.

Se trata de una cuestión que no ha sido resuelta por la reglamentación de la norma hasta el momento, por lo que seguramente terminará siendo la jurisprudencia la encargada de dirimirlo.

Respecto de los sujetos activos, el programa está abierto a todos aquellos que estén participando en una conducta anticompetitiva, o bien lo hubieran hecho en el pasado, sin importar si fueron quienes organizaron, dirigieron o bien forzaron a otros a participar del acuerdo⁴³. La ley establece como único límite, que no podrán acogerse al beneficio dos o más participantes del cartel de manera conjunta, ya que de lo contrario se desvirtuaría el objetivo mismo del programa. Ello no implica, sin embargo, que la persona jurídica no pueda presentarse de manera conjunta con todos sus administradores y demás personas que pudieran ser responsables.

Las personas humanas que se acojan al beneficio del Programa, quedarán exentas de las sanciones previstas en los Artículos 300 y 309 del Código Penal y de todas las demás sanciones de prisión que de cualquier otro modo pudieren corresponderles por haber incurrido en conductas anticompetitivas. Para obtener inmunidad civil y criminal, el solicitante deberá ser el primero en revelar y ofrecer evidencia que permita a la autoridad de competencia determinar la existencia de la conducta denunciada, en la medida en la que ésta no cuente ya con pruebas suficientes para comprobar su existencia. En el caso de los segundos o siguientes solicitantes, estos podrán obtener reducciones de su sanción en un rango de entre el 50% y el 20% del monto total de la multa que se les hubiera impuesto e inmunidad criminal.

En cuanto al plazo dentro del que podrá solicitarse el acogimiento al programa, se establece como momento límite el traslado de la denuncia o relación de los hechos señalada en el Artículo 41 de la Ley.

Otro de los requisitos para que los participantes del programa puedan resultar beneficiarios, ya sea de la inmunidad o bien de la reducción de la pena, involucra la finalización de su participación en el cartel. La ley establece como regla general que el solicitante cese de inmediato con su accionar a menos que, para evitar el entorpecimiento

⁴³ Las legislaciones de Estados Unidos, Canadá, la Unión Europea, Chile y Brasil excluyen al líder de entre los sujetos que pueden solicitar el beneficio. Report on Leniency Programs to Fight Hard-core Cartels, p. 16, <http://www.oecd.org/daf/competition/1890449.pdf>

de la investigación o bien la generación de sospechas por parte del resto de los participantes, la autoridad le indique lo contrario.

El Decreto 480/2018 ha establecido como requisito adicional que el solicitante reconozca también de manera expresa su participación en la conducta investigada, al igual que su compromiso de colaborar y cooperar con la autoridad a lo largo de todo el procedimiento, no destruyendo, falsificando ni ocultando pruebas de su conducta, ni tampoco divulgando su intención de acogerse al programa.

En cuanto al órgano a cargo del presente procedimiento, la Ley N° 27.442 establece que las solicitudes de clemencia deberán ser presentadas ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, y hasta tanto este se constituya, mediante la Resolución SECOM 359/2018 se ha encomendado a la ex CNDC para que lleve adelante: “[e]l procedimiento previsto en el Artículo 60 de la Ley N° 27.442 desde el momento de la solicitud del marcador y hasta el otorgamiento del beneficio definitivo establecido en el Decreto N° 480/2018”⁴⁴. Adentrándonos en el procedimiento para el otorgamiento o rechazo de la solicitud de clemencia, la reglamentación establece que el procedimiento debe constar de al menos cuatro etapas sucesivas: solicitud, tramitación, obtención o rechazo de la solicitud y otorgamiento o rechazo del beneficio definitivo. Con el fin de determinar el orden de prelación de las solicitudes de clemencia, mediante el Decreto 480/2018 se creó el Registro Nacional de Marcadores, el cual resultará competencia del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia y tendrá carácter confidencial.

La primera etapa del procedimiento o Solicitud de Marcador, tiene como finalidad asegurar a los interesados que su solicitud será tramitada conforme al orden cronológico en el que la hayan interpuesto. La transparencia y fiabilidad del registro es vital para el éxito del programa de clemencia fundamentalmente porque será el que determine si el interesado podrá beneficiarse de inmunidad o sólo de una reducción de la pena. En relación con esta etapa, la CNDC ha publicado un comunicado mediante el cual establece que a partir del 25 de mayo de 2018, toda solicitud de marcador deberá ser presentada ante la mesa de entradas de la Comisión indicando: “a) Nombre, apellido y domicilio del solicitante. En caso de apoderados, deberán contar con un Poder General; b) Nombre, apellido y domicilio de los demás integrantes/participantes de la conducta; c)

⁴⁴ Resolución SECOM 359/2018. Anexo punto 24).

Descripción general de la conducta y el mercado; d) Duración estimada del acuerdo; e) Extensión geográfica aproximada en la que se desarrolló, se desarrolla, o considera que podría ocasionar efectos la conducta anticompetitiva. Fecha y hora de ingreso son registrados por la Mesa de Entradas”⁴⁵.

La reglamentación del Artículo 60 también incorpora la posibilidad de realizar consultas respecto de la disponibilidad de marcadores, aunque no se incluyen mayores previsiones sobre cómo es que tales consultas deberán ser interpuestas y serán posteriormente tramitadas.

El Decreto 480/2018 establece que con posterioridad a la Solicitud de Marcador, es decir durante la etapa de Solicitud del Beneficio, el solicitante deberá realizar la presentación formal de la solicitud de acogimiento al beneficio y entregar a la autoridad toda aquella información, documentación y elementos de prueba que la misma le requiera, a los fines de poder determinar la existencia de la o las prácticas anticompetitivas reconocidas.

Con todo esto, la autoridad pasará a la etapa de la Calificación Preliminar del Beneficio en la que evaluará todos los antecedentes acompañados por el solicitante, y en caso de considerar cumplidos los requisitos mencionados en los apartados anteriores, otorgará el beneficio condicional de exoneración o reducción de sanción, según corresponda. Este beneficio se establece expresamente como condicional, ya que se encuentra sujeto con carácter suspensivo al cumplimiento del deber de colaboración. El decreto reglamentario profundiza en la descripción de dicho deber de colaboración y establece que el mismo se extenderá desde el momento de la presentación de la solicitud de marcador hasta el otorgamiento del beneficio definitivo, quedando el solicitante obligado a cooperar plena, continua y diligentemente con la autoridad, pudiendo su incumplimiento ser causal suficiente para rechazar el otorgamiento del beneficio.

Por último, el tribunal resolverá sobre el otorgamiento o rechazo del beneficio definitivo, previa valoración de la información y elementos de prueba finales aportados y del cabal cumplimiento del deber de colaboración y cooperación.

Además del beneficio de inmunidad establecido para el primer denunciante, la ley también ha incorporado el otorgamiento de un beneficio complementario conocido como *Amnesty Plus* para aquellos sujetos que no califiquen para la inmunidad por el primer

⁴⁵ <https://www.argentina.gob.ar/noticias/postulacion-al-programa-de-clemencia>

cártel denunciado, pero sí lo hagan respecto de una nueva y disímil conducta. En estos casos, y durante la sustanciación de la investigación, el interesado podrá denunciar un segundo cártel en el que hubiera participado, y en caso de reunir los requisitos legales establecidos para obtener la inmunidad, se le otorgará adicionalmente una reducción de un tercio (1/3) sobre la sanción relacionada con la primer conducta denunciada.

Respecto de la confidencialidad, la Ley y su reglamentación establecen de modo expreso que la identidad de las personas que pretendan acogerse a los beneficios del programa, al igual que toda información, dato o antecedente de que tomen conocimiento los funcionarios de la autoridad en el marco de la tramitación del procedimiento de solicitud de clemencia se mantendrá con carácter confidencial. La obligación de confidencialidad también se extiende a los jueces competentes en los procesos judiciales que pudieren iniciarse con motivo de la investigación, los que en ningún caso podrán ordenar la exhibición de las declaraciones, reconocimientos, información y/u otros medios de prueba que hubieren sido aportados por los solicitantes. En caso de rechazo de la solicitud, la presentación del interesado no podrá ser considerada como el reconocimiento o confesión de la ilicitud de la conducta informada ni de las cuestiones por él relatadas, y toda información que haya sido obtenida deberá ser descartada, no pudiendo ser utilizada por la autoridad para ningún propósito.

Lo anterior no obsta a que, en caso que la autoridad lo estime conveniente, esta pueda obtener una dispensa por parte del solicitante para compartir la información con otros organismos del estado o entidades extranjeras o internacionales en los casos de carteles transnacionales o cuando la solicitud de clemencia se produzca en varias jurisdicciones de manera simultánea.

La extensión de la garantía de confidencialidad implica una cuestión delicada ya que la misma podría entrar en conflicto con el deber que pesa sobre todos los funcionarios estatales en virtud de lo establecido en la Ley N° 25.188 de Ética Pública y con el hecho que el Estado no podría resguardar pruebas que permitan acreditar la verdad en miras a hacer justicia. Tanto la Ley N° 27.442 como el Decreto 480/2018 han tratado de brindar la mayor claridad posible sobre este tema, estableciendo que la obligación de reserva que pesa sobre los funcionarios públicos encuentra su fundamento también en lo establecido en los incisos g), j) y l) del Artículo 8 de la Ley de Acceso a la Información Pública N° 27.275, ya que en esos supuestos, el derecho a la información pública debería ceder en

pos de la protección de la defensa nacional, por cuestiones de política exterior o en este caso, en pos de la protección del interés económico general⁴⁶. De cualquier manera, considero que se trata de una cuestión que seguramente resultará ampliamente debatida en la doctrina y la que eventualmente deberá ser dirimida por la jurisprudencia.

Desde la sanción de la Ley N° 27.442 y la publicación del Decreto 480/2018, la CNDC ha estado trabajado en la redacción y el diseño de una serie de lineamientos destinados a esclarecer dudas e interrogantes respecto de la aplicación del programa. Estos lineamientos permitirán aumentar la transparencia y la confianza en el Programa, ya que brindarán respuesta a muchos interrogantes que la normativa genera. Estos lineamientos fueron abiertos a consulta pública en el año 2018, pero hasta la fecha de publicación del presente trabajo no han sido aprobados.

⁴⁶ Ley N° 27.275 Artículo 8: “Excepciones. Los sujetos obligados sólo podrán exceptuarse de proveer la información cuando se configure alguno de los siguientes supuestos: (...)g) Información elaborada por asesores jurídicos o abogados de la administración pública nacional cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adaptarse en la defensa o tramitación de una causa judicial o divulgar las técnicas o procedimientos de investigación de algún delito u otra irregularidad o cuando la información privare a una persona del pleno ejercicio de la garantía del debido proceso; (...)j) Información que pueda ocasionar un peligro a la vida o seguridad de una persona(...); l) Información obtenida en investigaciones realizadas por los sujetos obligados que tuviera el carácter de reservada y cuya divulgación pudiera frustrar el éxito de una investigación; (...)”.

Secciones IV - Aciertos, críticas y recomendaciones para la correcta y efectiva aplicación del Programa de Clemencia en Argentina

a) Principales aciertos del Programa.

El legislador Argentino, al momento de delinear los principales rasgos del programa incluidos en los Artículos 60 y 61 de la nueva Ley, se ha nutrido del éxito que el instituto ha tenido otros países y de las recomendaciones y mejores prácticas que a lo largo del tiempo han ido publicando las diferentes organizaciones supranacionales de soporte y fomento como la OCDE, International Competition Network (en adelante ICN), el Banco Mundial, etc.

Uno de los principales aciertos del nuevo Programa es la utilización de Marcadores para asegurar el orden de prioridad de las solicitudes, al igual que la creación de un Registro de Marcadores en donde las mismas serán asentadas. En este sentido se ha pronunciado la ICN incluyendo la utilización de este sistema como una de las buenas prácticas a seguir para el correcto diseño de los programas de clemencia⁴⁷. El organismo sostiene que este sistema colabora con el desarrollo de una política de *race trough the door*, ya que genera que los postulantes se vean incentivados a maximizar sus beneficios al ser los primeros en denunciar la práctica tan pronto surja la primera sospecha de desviación del acuerdo. El otorgamiento de marcadores también elimina toda posible desconfianza sobre la transparencia e imparcialidad del otorgamiento de la inmunidad, ya que de cumplir con los parámetros establecidos en la norma, la exención será otorgada en base a la fecha y hora de la solicitud y no a una evaluación subjetiva que la autoridad efectúe a posteriori. Otra incorporación acertada de la normativa fue el establecimiento de un proceso de consultas generales sobre el programa y sobre la disponibilidad de marcadores. La imposibilidad de realizar consultas de este tipo configura un fuerte desincentivo para los interesados, ya que les impide conocer si podrán obtener una exención de pena o sólo una reducción de la misma, y calcular así el impacto de su decisión⁴⁸. Independientemente que sea preciso ir un paso más allá y que la reglamentación establezca el modo en el que

⁴⁷ ICN. Anti-Cartel Enforcement Manual. Drafting and Implementing an effective leniency policy. 2014. https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/CWG_ACEMLeniency.pdf

⁴⁸ ICN. Anti-Cartel Enforcement Manual. Drafting and implementing an effective leniency policy. 2014. <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/cartel/investigation-enforcement/>

este tipo de consultas deberán ser realizadas para que los solicitantes puedan efectivamente presentarlas, su sola incorporación representa un acierto de diseño.

La inclusión de un límite temporal para presentar la solicitud de Marcador es otra de las virtudes de esta nueva normativa. Su fundamento radica en el hecho que, pasado el momento de la notificación del Artículo 41, se presume que la autoridad ya cuenta con elementos de prueba suficientes para fundar su acusación, por lo que permitirle a quien *prima facie* ya se considera responsable de la comisión de una infracción acogerse al Programa, no produciría beneficio alguno y por el contrario, podría generar un dispendio jurisdiccional innecesario.

El tratamiento de la confidencialidad representa una cuestión de tal magnitud para la efectividad del Programa, que tanto la nueva ley como su reglamentación han decidido dedicarle un apartado propio. Se trata de un tema extremadamente sensible y cuya regulación debe ser evaluada desde distintos ángulos. A pesar de que, como sostendré en el apartado siguiente, algunas cuestiones no han sido aún desarrolladas, otras de ellas sí han recibido un tratamiento acertado.

La dispensa de confidencialidad del solicitante prevista en el último párrafo de la reglamentación del Artículo 60, por ejemplo, configura una incorporación que se condice con las mejores prácticas internacionales. Esta aclaración, brinda la seguridad a los postulantes de que sólo se admitirá el levantamiento de la confidencialidad en la etapa de investigación, en la medida en la que éste preste su consentimiento y con el único fin de coordinar la actuación con el resto de las agencias y jurisdicciones de los mercados afectados.

La creciente complejidad de los delitos, sumado al aumento de jurisdicciones con programas de clemencia, torna necesaria una mayor coordinación y cooperación entre distintas autoridades. Dado que en muchos casos los cárteles exceden el territorio de un país y la presentación se hace en forma simultánea en varias agencias de competencia, si una de ellas de manera aislada decidiera tomar alguna medida antes que las demás, alertaría a los sujetos investigados y podría provocar la frustración de la investigación en las demás jurisdicciones. Por ello, permitir que las autoridades puedan coordinarse, en la medida en la que el solicitante así lo disponga, resultará en un beneficio para la investigación final.

Otra previsión acertada de la ley ha sido la incorporación de la eximición expresa de las sanciones penales y de cualquier otra sanción de prisión que pudiere corresponderle a aquellos sujetos que se acojan al beneficio y cumplan con las obligaciones impuestas por la autoridad. Ello por cuanto, si bien hasta el presente no existen antecedentes de condena alguna por los tipos penales de los artículos 300 y 309 del Código Penal por conductas anticompetitivas, su propia existencia podría generar intranquilidad en los solicitantes y atentar contra la predictibilidad y transparencia en la actuación de la autoridad.

Incluir la posibilidad de presentación conjunta por parte de la persona jurídica, sus directores, gerentes, y demás responsables sociales mencionada en el primer párrafo del Artículo 61 también es una incorporación acertada para eliminar todo tipo de incertidumbre sobre el proceso. La experiencia internacional indica que por lo general, cuando un funcionario de una empresa desea presentarse a un programa de clemencia, primero lo comunicará internamente, y generalmente ello hará que termine presentándose la empresa conjuntamente con todos sus administradores⁴⁹.

Finalmente, el último gran acierto de la legislación es la incorporación del beneficio de *Leniency Plus* establecido en el inciso c) del Artículo 60. Las empresas por lo general, no limitan su participación a un único mercado, por lo que es lógico suponer que la experiencia obtenida en uno de ellos tendrá impacto directo en todos los demás en los que participa. En consecuencia, la introducción de este beneficio generará una suerte de onda expansiva sobre la estabilidad de todos los acuerdos anticompetitivos de los que forme parte el solicitante, independientemente del mercado particular en el que el mismo se desarrolle. Esto se replicará en el resto de los participantes del cartel, generando un impacto mucho mayor que el de la solicitud originaria. Según datos del DOJ, la mayoría de las investigaciones de carteles se inician como consecuencia del resultado obtenido en otras investigaciones, por lo que: “[e]ste patrón ha llevado a la Comisión a adoptar un enfoque proactivo para atraer aplicaciones de clemencia alentando a los sujetos y potenciales objetivos de las investigaciones para considerar si pueden calificar para la clemencia en otros mercados donde compiten”⁵⁰

⁴⁹ DIEGO P. PÓVOLO. “Programas de Clemencia bajo la Ley de Defensa de la Competencia”. 2018. Comentarios a la Ley de Defensa de la Competencia. Thompson Reuters. La Ley.

⁵⁰ Texto original: “*This pattern has led the Division to take a proactive approach to attracting leniency applications by encouraging subjects and targets of investigations to consider whether they may qualify for leniency in other markets where they compete*” <https://www.justice.gov/atr/page/file/926521/download>

b) Principales críticas al Programa.

El término “crítica” en esta sección es utilizado como una herramienta a los fines de lograr una simplificación lingüística, ya que en realidad lo que pretendo es identificar aquellos puntos que resultar problemáticos o que podrían generar un efecto negativo sobre los incentivos de los infractores al momento de decidir solicitar clemencia.

Respecto del órgano a cuyo cargo estará el tratamiento y resolución de las solicitudes, según lo establecido en el Decreto Reglamentario 480/2018 las mismas deberán ser interpuestas ante la Autoridad Nacional de la Competencia. Dado que el Programa entró en vigencia junto con la misma ley, y que para ese momento no habían sido constituidos aún ni la Autoridad, ni el Tribunal de Defensa de la Competencia, ni la Secretaría de Instrucción de Conductas Anticompetitivas, la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Producción y Trabajo mediante la Resolución 359/2018, decidió encomendar de manera provisoria a la CNDC la instrucción del procedimiento desde el momento de la solicitud del marcador hasta el otorgamiento del beneficio definitivo.

En ejercicio de esta delegación de funciones, el 23 de mayo de 2018 la CNDC publicó en su página web un comunicado general informando que las solicitudes de clemencia serían registradas por la mesa de entradas de este organismo⁵¹. Desde mi punto de vista, este es uno de los mayores errores de la reglamentación vigente, ya que impacta en el corazón mismo del instituto.

Establecer que la presentación de una solicitud de clemencia debe ser realizada en el mismo lugar en donde se hacen todas las demás presentaciones implica destruir toda garantía de confidencialidad y de seguridad del instituto. Resulta absurdo pensar que sea el mismo órgano interesado en recopilar información sobre el cartel quien genere el mayor riesgo de que esas pruebas sean destruidas. Introducir la posibilidad de que alguien pueda tomar conocimiento de la presentación que el solicitante de clemencia está realizando, podría derivar en la destrucción inmediata de todas las pruebas sobre la conducta y frustrar desde su propio inicio la investigación.

Respecto de la solicitud de marcador, la obligatoriedad de su interposición de manera presencial ha sido unánimemente rechazada por la doctrina. La propia existencia del sistema de marcadores se basa en la necesidad de incentivar la competencia entre los

⁵¹ <https://www.argentina.gob.ar/noticias/postulacion-al-programa-de-clemencia>

miembros de un cartel por llegar primero y conseguir el mayor beneficio posible. Para ello, la autoridad de competencia debe brindar todos los medios que estén a su alcance y disponibilidad para potenciar esta carrera y lograr la confesión lo más pronto posible. A nivel internacional, no existe un único medio universalmente aceptado para ello, cada país ha ido adoptando aquel que más se ajustaba a sus características socio-culturales y regulatorias. Australia, Hong Kong e Inglaterra establecen que las solicitudes pueden ser realizadas por teléfono a través de su *hotline*, mientras que otras como EEUU, Canadá y Australia también permiten solicitarla de manera anónima o hipotética. México acepta peticiones a través de email y de manera telefónica y Chile ha establecido una plataforma online específica para la presentación de solicitudes. Desde mi punto de vista, y en la medida en la que los medios tecnológicos lo permitan, considero que debería habilitarse la posibilidad de solicitar un marcador por otros medios además de los presenciales, lo que aseguraría la confidencialidad y permitiría que empresas internacionales o ubicadas fuera del ámbito de la CNDC puedan hacerlo en igualdad de condiciones. Como sostiene el DOJ: “[l]os programas de delación deben incentivar la participación y la elegibilidad de los solicitantes, por lo que deben resultar atractivos y lo menos gravosos posibles”⁵². Respecto de las conductas cuya comisión hace posible la presentación en el Programa, considero que la limitación a aquellas enumeradas en el Artículo 2 no encuentra fundamento alguno. Existen muchísimas otras conductas no incluidas en ese catálogo, pero que igualmente pueden ser concertadas con el fin de cerrar el mercado y limitar la competencia entre sus participantes como las mencionadas en el Artículo 3. En el caso del cartel del Cemento justamente, una de las conductas sancionadas fue el intercambio de información entre competidores a través de la cámara empresaria que los agrupaba. En consecuencia, creo que esta limitación debería ser revisada para no minar los incentivos de los interesados en solicitar clemencia.

Otra crítica muy importante se relaciona con la limitación al alcance del beneficio otorgado al solicitante. La normativa establece que, según corresponda, el mismo importará la exención o reducción de las multas establecidas en el inciso b) del Artículo 55, la eximición de las sanciones penales y demás penas de prisión que pudieren

⁵² Departamento de Justicia de los Estados Unidos, *Cornerstone of an effective Leniency Program*. <https://www.justice.gov/atr/speech/cornerstones-effective-leniency-program>

corresponderle, y le permitirá al solicitante interponer el beneficio de excusión ante un eventual reclamo de daños y perjuicios. Dados los antecedentes jurisprudenciales sobre la materia y teniendo en cuenta que muchísimas empresas funcionan en gran medida de su labor como proveedoras del estado, se debería haber incorporado expresamente la eximición de la sanción de suspensión en el Registro de Proveedores del Estado mencionada en el inc. e) del Artículo 55, junto con la inhabilitación para ejercer el comercio mencionada en el Artículo 58. El no hacerlo actúa como un fuerte desincentivo hacia la delación ya que modifica de manera sustantiva el análisis de costo/beneficio que todo potencial solicitante efectúa previo a presentarse ante la autoridad.

Finalmente, considero que no regular los mecanismo de interacción entre las diferentes autoridades en los casos en los que la misma resulte necesaria (eximición de sanciones penales, eventuales reclamos de daños y perjuicios ante la justicia ordinaria, etc.) implica que las decisiones podrían depender de la discrecionalidad de la autoridad, lo que conlleva a elevar significativamente el nivel de incertidumbre y disminuir el grado de seguridad jurídica percibida por los infractores. Un ejemplo claro de cómo la seguridad jurídica puede ponerse en tela de juicio si la política antitrust no se aborda y se trata desde una óptica de equilibrio general lo configura el caso CMPC Tissue y SCA Chile⁵³. En este caso, el Ministerio Público presentó un recurso ante la Corte de Apelaciones para que este tribunal resuelva sobre la entrega de la información confidencial oportunamente aportada por los imputados en el marco de un proceso de delación compensada. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia por su parte, elevó el caso ante el Tribunal Constitucional Nacional aduciendo que dicha información había sido obtenida en el marco de una solicitud de clemencia y que sin un cabal resguardo de la misma, el instrumento se tornaría absolutamente ineficaz. Aun cuando afortunadamente el Tribunal Constitucional resolvió negar el acceso a los datos recabados por la Fiscalía Nacional Económica durante la investigación, este antecedente evidencia cómo la falta de previsión sobre este tipo de cuestiones puede dinamitar la seguridad de todo el instituto.

⁵³ Rol N° 2934-15-CCO <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=3220>

c) **Recomendaciones para la correcta y efectiva aplicación del Programa de Clemencia en Argentina.**

En la presente sección intentaré ofrecer recomendaciones a ciertas cuestiones que hasta el momento se encuentran pendientes y que considero deberían ser resueltas por la autoridad lo más pronto posible, con el fin de incentivar el uso del Programa y no afectar su reputación.

La primera y creo que la más indispensable y urgente, se relaciona con la aprobación de los lineamientos sobre el correcto funcionamiento y aplicación del Programa. La gran mayoría de las autoridades que cuenta con programas de clemencia han dictado guías o documentos destinados específicamente a brindar seguridad a los potenciales solicitantes respecto de cuál va a ser el tratamiento que la autoridad va a darle a sus solicitudes. Es importante que estos lineamientos gocen de una jerarquía legal suficiente para que no puedan llegar a ser modificados, editados ni desatendidos por la autoridad de turno.

Es preciso que en este documento se prevea la designación de un funcionario, división o equipo ante quien deberán interponerse las solicitudes de marcador y a cargo de quien se encontrará el tratamiento de todas las solicitudes de beneficio, debiendo gozar el mismo de la jerarquía suficiente que permita asegurar la imparcialidad y confidencialidad de todo el proceso⁵⁴. También deberá tratarse de una persona que no se encuentre a cargo de la decisión final del procedimiento, léase vocales o presidente de la CNDC, ya que ello afectaría severamente su garantía de imparcialidad.

Supongamos como bien sostiene Diego Póvolo cuando evalúa el actual programa de clemencia argentino, que una solicitud de clemencia deba ser rechazada. En este caso, si su tratamiento se encontrara a cargo de alguna de las autoridades de la CNDC, ellos quedarían frente al dilema de no continuar la investigación y cumplir con la prohibición de no utilizar la información aportada por el postulante rechazado o avanzar presumiendo que tarde o temprano se habrían hecho con la misma información. La sola existencia de esta posibilidad generaría una desconfianza en el sistema que podría determinar su fracaso⁵⁵.

⁵⁴ OCDE. “Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes”. 2002. <http://www.oecd.org/competition/cártels/1841891.pdf>.

⁵⁵ DIEGO P. PÓVOLO. “Programas de Clemencia bajo la Ley de Defensa de la Competencia”. 2018. Comentarios a la Ley de Defensa de la Competencia. Thompson Reuters. La Ley.

Para eliminar este riesgo, la Comisión Nacional de los Mercados y Competencia (CNMC) creó una unidad específica denominada “Subdirección de Cárteles y Clemencia” integrada dentro de la dirección de competencia de la agencia, que es junto con esta última, la encargada de la tramitación del expediente hasta la remisión de la propuesta de resolución al Consejo de la CNMC⁵⁶. En el caso de la Autoridad de Competencia Holandesa (NMA), se ha creado también una unidad que recibe las solicitudes de clemencia, las analiza y ordena las inspecciones, derivando luego toda la documentación recabada a la unidad sectorial correspondiente dentro de la dirección de competencia.

Otro de los puntos que deberán incluir estos lineamientos se vincula con lo dispuesto por el Decreto 480/2018 sobre los: “[p]lazos para cada una de las etapas sucesivas (...) las condiciones y requisitos necesarios para avanzar a lo largo del procedimiento”. Es preciso que los solicitantes sean capaces de conocer de antemano cuáles van a ser los requisitos específicos que deberán reunir sus solicitudes para ser aceptadas, los plazos dentro de los que deberán cumplir cada una de sus obligaciones y en los que deberá pronunciarse la autoridad. Definir paso a paso cuál va a ser el procedimiento a seguir por la autoridad para el otorgamiento del beneficio, generará seguridad en los postulantes y dotará de transparencia al proceso.

Esto no implica que el procedimiento se convierta en un trámite formal absolutamente inmutable e impasible. Es necesario que estos requisitos sean capaces de adoptar un enfoque más dúctil en aquellos casos en los que el solicitante logre demostrar su buena fe en el cumplimiento de su deber de colaboración. Siguiendo lo sostenido por autoridades como la FTC, la INDECOPI o la COFECE, adoptar un enfoque más flexible permitirá a los solicitantes llevar adelante investigaciones más robustas y profundas, asegurándoles que si la información aportada resulta veraz y efectiva, el beneficio le será igualmente otorgado.

Otro punto importante que se encuentra pendiente de resolver se relaciona con la posibilidad de retirar la solicitud de clemencia y cuáles serían las consecuencias de ello. Es preciso delimitar de manera acabada hasta qué momento de la investigación los solicitantes podrían retirar sus solicitudes, los motivos por los que tal retiro resultaría

⁵⁶ <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/CNMC-Programa-clemencia.pdf>

viable, y más importante aún, cuál será el efecto que esto tendría sobre las facultades de investigación de la autoridad en relación con la conducta denunciada. El Decreto 480/2018 establece de manera expresa que: “[l]a Autoridad Nacional de la Competencia mantendrá estricta reserva de los asuntos sometidos a su conocimiento en el marco de la tramitación del procedimiento de solicitud de Inmunidad, así como de toda información, dato o antecedente de que tomen conocimiento con motivo u ocasión de la tramitación del beneficio de Inmunidad”.

Haciendo una interpretación literal de la norma, podría entenderse que en caso que el solicitante decida retirar su solicitud de inmunidad, la autoridad debería dar por concluida la investigación por completo y deshacerse de toda la prueba que haya podido obtener hasta ese momento, independientemente de la etapa procesal de la investigación en la que el interesado decida hacerlo. Principalmente porque lo contrario implicaría una violación a la garantía de confidencialidad que debe cubrir a todo el proceso, y porque ante una eventual imputación, el solicitante retirado podría considerar que se estaría violando su garantía constitucional de no declarar contra sí mismo, ya que la investigación fue iniciada como consecuencia de la información por él mismo aportada.

Este vacío regulatorio también permitiría a los miembros del acuerdo generar una suerte de “paraguas de protección” en su favor a través del abuso del retiro de solicitudes. Supongamos que un miembro del cartel decide presentar una solicitud de beneficio y aportar ciertos elementos de prueba que permitan a la autoridad determinar la existencia de una práctica anticompetitiva. Pasado este momento, es decir una vez abierta la investigación, decida de manera unilateral retirarla sin fundamento alguno. Este retiro premeditado le estaría asegurando que la autoridad no va a poder continuar con la investigación del hecho denunciado, o al menos, no va a poder imputarlo por su participación sin exponerse al riesgo de violentar garantías constitucionales y el deber de confidencialidad.

Considero que la mejor forma de prevenir este tipo de situaciones y al mismo tiempo generar mayor transparencia, predictibilidad y certeza en la aplicación del Programa, sería incluyendo de manera expresa que las solicitudes de clemencia no podrán ser retiradas sin un fundamento que sustente tal retiro y al mismo tiempo, establecer un momento procesal específico hasta el cual dichos retiros serían aceptados. Pasado este momento, a pesar de que la autoridad seguiría teniendo absolutamente prohibido utilizar la

información aportada por el solicitante, debería poder hacer uso completo de sus facultades de investigación (inspecciones, secuestros, etc.) con el fin de obtener esos elementos de prueba retirados.

En cuanto a la documentación aportada, incluir de manera expresa cuáles van a ser los mecanismos utilizados para mantener su reserva, al igual que cuál va a ser el destino de la misma cuando finalice el procedimiento sancionador, promoverá la transparencia necesaria para generar seguridad en los solicitantes de que su información no será vulnerada.

En el ámbito internacional, según lo establecido en el Artículo 86 del *Regimento Interno do CADE* (RICADE), en caso que un solicitante decida retirar su solicitud, la autoridad mantendrá la confidencialidad de la misma y le serán devueltos todos los documentos que hayan sido aportados, los que de ningún modo podrán ser utilizados por la autoridad para ningún propósito. Sin embargo, ello no implica que la autoridad se verá impedida de iniciar una investigación respecto de esa misma conducta basada en evidencia obtenida por otros medios⁵⁷. La Autoridad de Mercados y Competencia del Reino Unido (CMA) por su parte, va aún más allá aún y establece que una vez que se ha concedido un marcador, si posteriormente el solicitante decide retirar su solicitud de manera voluntaria, la información aportada podrá ser utilizada para eventualmente fundar una imputación contra terceros y hasta en contra del mismo solicitante arrepentido. Sin embargo, el retiro podrá ser tenido en cuenta como atenuante en caso de que se lo termine imputando⁵⁸.

Se trata de cuestiones sumamente sensibles, cuya reglamentación requerirá de una evaluación minuciosa de los efectos actuales y futuros que podrán tener en los solicitantes de inmunidad y en el régimen de clemencia en general. Sin embargo, y justamente por la magnitud del impacto que generan sobre el Programa, es que su definición se torna absolutamente necesaria.

En relación con la confidencialidad también, creo que sería ventajoso incluir alguna previsión para los casos en los que la obligación de no divulgar la presentación al programa pudiera entrar en conflicto con otra obligación regulatoria de información que estuviera en cabeza del solicitante. Tal sería el caso por ejemplo de las empresas que

⁵⁷ <http://en.cade.gov.br/topics/leniency-program/guidelines-cades-antitrust-leniency-program.pdf>

⁵⁸ <https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/0-501-1833?transitionType=Default&contextData=%28sc.Default%29>

cotizan en bolsa o aquellas que por sus particularidades se encuentren inscritas en la Comisión Nacional de Valores. En estos casos, dado que es la misma normativa la que les exige la divulgación de esta información, no resulta lógico que la autoridad pueda penalizarlas por cumplir con esta manda legal. Incluir algún tipo de *waiver* para estos casos podría ser una buena medida.

Finalmente, establecer un umbral más objetivo respecto de la evaluación de la utilidad de la información aportada permitiría disipar toda sospecha de imparcialidad en la aplicación del sistema. La Ley hace mención a: “[e]lementos de prueba, que a juicio del Tribunal de Defensa de la Competencia permitan determinar la existencia de la práctica (...)” mientras que el decreto 480/2018 sostiene que esta información aportada, será: “[a]nalizada de acuerdo a los criterios y parámetros que fije el citado Tribunal”. Ninguna de estas dos normas establece de manera clara y acabada cuáles van a ser esos criterios. Incorporar un listado o una descripción de cuál es la documentación que, prima facie, podría ser considerada adecuada para determinar la existencia de las prácticas (emails, actas de reuniones, fotografías, pruebas indirectas, mensajes, presentes, testimonios, etc.) sin duda va a permitir que los solicitantes puedan evaluar de antemano si la prueba con la que cuentan será suficiente para obtener inmunidad. Más importante aún, delinear qué tipo de información es la que a juicio del Tribunal podría serle de utilidad para probar la existencia del cartel, incentivará a que sean los propios miembros del acuerdo quienes intenten producirla.

Sección V – Conclusión.

Teniendo en cuenta el enorme perjuicio que los carteles generan en la economía y en los consumidores como correlato de la alteración forzada que producen en la competencia, su persecución y erradicación resulta una de las prioridades de todo organismo de competencia.

Dado que la esencia de todo programa de clemencia reside en la efectiva aplicación de la teoría de juegos, su éxito dependerá de que la autoridad sea capaz de modificar la matriz de pagos de modo tal que la opción de confesar se vuelva la estrategia dominante. Para que ello suceda, es preciso que confluyan al menos tres precondiciones básicas, a saber (i) la amenaza de sanciones severas (ii) el miedo a ser detectados y (iii) la transparencia, predictibilidad y certeza de la aplicación de estas políticas.

En esta dirección, y con el objetivo general de vigorizar y endurecer el tratamiento de las infracciones de competencia, la Ley N° 27.442 ha incorporado nuevos tipos de sanciones tales como la suspensión en el registro de proveedores del estado, la inhabilitación para ejercer el comercio y la potestad de solicitar a los magistrados la disolución, liquidación, desconcentración o división de las empresas infractoras. Asimismo, ha establecido nuevos valores de multas significativamente más elevados que los previstos por la anterior Ley N° 25.156 y más importante aún, ha incorporado el concepto de unidades móviles con el objeto de evitar su desactualización y pérdida de efecto disuasorio.

La reciente modificación de la estructura organizativa de la autoridad de aplicación, la creación de una Dirección de Conductas Anticompetitivas Concertadas, el desarrollo de la Dirección de Promoción de la Competencia, la publicación de numerosas investigaciones de mercado y lineamientos, el aumento de la presencia de la CNDC en los medios y foros internacionales y la reciente sanción de los carteles de Salta, Bariloche y Tucumán, representan medidas altamente positivas y eficaces dirigidas a desarrollar la reputación de efectividad de la autoridad. Sin embargo, para que todos estos cambios efectivamente produzcan un impacto en la percepción de los infractores sobre la probabilidad de ser capturados, es preciso demostrar que la autoridad cuenta con herramientas y funcionarios públicos especializados, capaces de detectar y sancionar este tipo de acuerdos anticompetitivos. La autoridad debe continuar desarrollando y utilizando herramientas que les permitan detectar más cárteles y no quedarse a la espera de que las empresas se acojan al programa de clemencia como único mecanismo de identificación.

Por último, a pesar que dentro de la propia arquitectura del instituto se hayan incluido las reglas básicas sobre confidencialidad y límites a la exhibición de pruebas, lo que implica un gran avance en favor del desarrollo de las garantías de transparencia, predictibilidad y certeza en la aplicación del Programa, su actual regulación, o mejor dicho la falta de la misma, genera fuertes incentivos en contra.

El hecho que a casi dos años de la sanción de la nueva legislación de competencia aún no se hayan sancionado los lineamientos sobre el funcionamiento y aplicación del Programa de Clemencia, actúa como uno de los mayores obstáculos en contra de su desarrollo e implantación. Organizaciones como la OCDE y la experiencia internacional de otras agencias de competencia han demostrado que la claridad, certeza y previsibilidad resultan críticos para generar la confianza necesaria para que las empresas estén dispuestas a acogerse al Programa⁵⁹.

El actual sistema, excepto por el establecimiento de las cuatro (4) etapas del procedimiento de solicitud, nada prevé respecto del proceso a seguir para el otorgamiento o rechazo del beneficio⁶⁰. Nada se establece sobre la dirección o funcionario a cuyo cargo estará la evaluación de la solicitud, y más importante aún, nada se dice sobre quién será el responsable de asegurar la confidencialidad y los mecanismos por medio de los cuales se garantizará la protección de la documentación aportada. En base al actual esquema, el solicitante desconoce completamente si luego de interpuesta la solicitud deberá presentarse a ratificarla (si se optara por seguir el procedimiento establecido para la tramitación de las denuncias del Artículo 25), si deberá producir o acompañar información adicional, los plazos dentro de los que la autoridad deberá expedirse sobre el otorgamiento o rechazo del beneficio, el período de tiempo durante el cual estará sujeto al deber de colaboración, entre otros.

Todo lo dicho no opaca los muchos aciertos del Programa y que su sola incorporación implica colocar a la Argentina en una nueva postura política hacia el futuro, en la cual la colusión sea finalmente vista como el crimen que verdaderamente es. Luego de haber hecho una recopilación del instituto de manera integral, puedo sostener que desde mi

⁵⁹ OCDE. “Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes”. 2002. <http://www.oecd.org/competition/cártels/1841891.pdf>.

⁶⁰ Artículo 60, apartado II del Decreto Reglamentario 480/2018.

punto de vista, su sola incorporación en el texto de la Ley N° 27.442 constituye un éxito sin precedentes en la lucha contra los carteles en el país.

La legislación local necesitaba actualizarse para dotar a la autoridad de nuevas herramientas y procesos que le permitan lidiar con circunstancias y formas de acuerdos anticompetitivos modernos para los que la Ley N° 25.156 ya no podía dar respuesta.

Añadir un instituto como la clemencia que permita obtener información sobre la existencia y funcionamiento de un acuerdo secreto directamente de uno de sus miembros, evidencia un desarrollo legislativo encaminado hacia la eficiencia económica y una actitud política enfocada en proteger el bienestar de los consumidores desde una perspectiva eficaz y dinámica.

Lo mencionado en la última sección de este trabajo persigue justamente identificar cuáles son aquellos puntos sobre los que es preciso que bien la autoridad o el legislador se pronuncie o tome algún tipo de acción inminente, con el fin de generar las condiciones necesarias para que el Programa despliegue todo su potencial.

Referencias Bibliográficas

AUBERT, C., P. REY, y W. E. KOVACIC (2006) “The impact of leniency and whistle-blowing programs on cartels”, International Journal of Industrial Organization, vol. 24.

AUTORITAT CATALANA DE LA COMPETENCIA. (2010) “Condiciones de mercado que facilitan la colusión entre empresas: el sector de la instalación y el mantenimiento de ascensores en Catalunya”.

http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxiu/estudi_ascensors_final_es.pdf

CADE. “Guidelines: Cade’s Antitrust Leniency Program”.

<http://en.cade.gov.br/topics/leniency-program/guidelines-cades-antitrust-lenieny-program.pdf>

CARON BEATON-WELLS & CHRISTINE PARKER “Justifying criminal sanctions for cartel conduct: a hard case”. file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Beaton-WellsandParker_JustifyingCriminalSanctions_JAE.pdf

CNMC “Programa de Clemencia. Lucha contra Cárteles”.

<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/CNMC-Programa-clemencia.pdf>

COLOMA GERMÁN (2009) “Defensa de la Competencia – Análisis económico comparado”. Editorial Ciudad Argentina, 2º edición.

CONNOR, J. (2006) “Effectiveness of Antitrust Sanctions on Modern International Cartels”. Journal of Industry, Competition and Trade, vol 6, pp. 195.

CONNOR, JOHN (2001): Global Price Fixing: Our Customers are the Enem. Boston: Springer.

DIEGO P. PÓVOLO (2018) “Programas de Clemencia bajo la Ley de Defensa de la Competencia”. Comentarios a la Ley de Defensa de la Competencia. Thompson Reuters. La Ley.

DOJ (2004). “Cornerstone of an effective Leniency Program”.

<https://www.justice.gov/atr/speech/cornerstones-effective-lenieny-program>

DOJ (2018) “Frequently Asked Questions About The Antitrust Division’s Leniency Program And Model Leniency Letters”.

<https://www.justice.gov/atr/page/file/926521/download>

EDUARDO QUINTANA SÁNCHEZ. (2005) “Abuso de posición de dominio conjunta y colusión tácita: ¿infracciones sin contenido real?”. Themis 51. Revista de derecho. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8800/9193>

EDUARDO STORDEUR (2011) “Análisis Económico del Derecho: Una Introducción”. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

EVANS, WILLIAM N. Y IOANNIS N. KESSIDES (1994): “Living by the Golden Rule: Multimarket Contact in the U.S. Airline industry”, Quarterly Journal of Economics, vol. 109.

FLORIAN WAGNER-VON PAPP (2016) “Compliance and Individual Sanctions for Competition Law Infringements”, Johannes Paha, edit., Competition Law Compliance Programs-An Interdisciplinary Approach. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2771289.

GIANCARLO SPAGNOLO. “Self-Defeating Antitrust Laws: How Leniency Programs Solve Bertrand's Paradox and Enforce Collusion in Auctions”.https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=236400

HAY, GEORGE A. (2006): “Horizontal Agreements: Concept and Proof”. The Antitrust Bulletin, vol. 51.

IAN GILES AND SUSANNA ROGERS (2017). “Cartel leniency in the UK (England and Wales): overview”. <https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/0-501-1833?transitionType=Default&contextData=%28sc.Default%29>

ICN (2014). “Anti-Cartel Enforcement Manual. Drafting and Implementing an effective leniency policy”. https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/CWG_ACEMLeniency.pdf

JORGE PADILLA, ALEJANDRO REQUEJO Y NADINE WATSON. “Una perspectiva económica de la política de clemencia”. https://espacioinvestiga.org/wp-content/uploads/2015/09/DE001-16_Una_perspectiva_economica_politica_clemencia-Varios_autores.pdf

JOSE A. VARELA GONZALEZ (2008) “Características y situación actual de la política de clemencia”. Cuadernos Europeos de Deusto. ISSN: 1130-8354, Núm. 38/2008, Bilbao.

KAHNEMAN, D., y A. TVERSKY (1973), “On the Psychology of Prediction”. Psychological Review, vol. 80.

- KENNETH E. TRAIN, (1991) “Optimal Regulation” Cambridge, Mass.: MIT Press.
<https://eml.berkeley.edu/books/regulation.html>.
- MARIA PAULA MOLINA (2011). Sesión I: Asuntos de Competencia en Asociaciones Comerciales, Contribución de Argentina. Foro Latinoamericano de Competencia, Bogotá
<https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/ocde2.pdf>
- MARINA BIDART Y DIEGO PETRECOLLA. (2018) “La economía de los Programas de Clemencia”. Comentarios a la Ley de Defensa de la Competencia. Thompson Reuters. La Ley.
- MOTTA M. (2004). “Competition Policy. Theory and Practice”. Cambridge University Press.
- MOTTA, M., y M. POLO (2003), “Leniency programs and cartel prosecution”. International Journal of Industrial Organization”, vol. 21.
- OCDE (2002) “Using Leniency to Fight Hard Core Cartels”. Policy Brief
<http://www.oecd.org/daf/competition/1890449.pdf>
- OCDE (2007). “Exámenes inter-pares de la política y del derecho de la competencia en América Latina: Un seguimiento. Argentina, Brasil, Chile, México, Perú”.
https://www.oecd.org/daf/competition/2007Follow-up-LA-peer-reviews_SP.pdf
- OCDE (2009). Lineamientos para combatir la colusión en licitaciones públicas.
<https://www.oecd.org/daf/competition/cartels/42761715.pdf>
- OCDE (2016). “Sesión II: Programas de clemencia en América Latina y el Caribe: Experiencias recientes y lecciones aprendidas”. FORO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA.
[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF\(2016\)5&docLanguage=Es](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF(2016)5&docLanguage=Es)
- OCDE (2017). “Estudio Económico Multidimensional Argentina”.
<http://www.oecd.org/countries/argentina/Argentina-2017-OECD-economic-survey-overview-ESP.pdf>
- OCDE (2019). “Combate a la colusión en contrataciones de obras públicas en Argentina”
<http://www.oecd.org/daf/competition/Fighting-bid-rigging-procurement-public-works-Argentina-SP-web.pdf>

OCDE “Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law”, compiled by R. S. Khemani and D. M. Shapiro, commissioned by the Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs. <http://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf>

OCDE. (2009) “Session I: Using Leniency to Fight Hard Core Cartels”. Latin American Competition Forum. Chile. http://www.oecd.org/daf/competition/2009%20LACF_UsingLeniencytoFightHardCoreCartels.pdf

RABIN, M. (1998). “Psychology and Economics”, Journal of Economic Literature, vol. 36.

RICHARD WISH (2018) “Comment and General Assessment of Law 27.442 of 2018 from a European Competition Law Perspective”. Comentarios a la ley de defensa de la competencia. La Ley (edición especial). Thomson Reuters La Ley.

ROBERT H. LANDE (2005): “How High Do Cartels Raise Prices? Implications for Optimal Cartel Fines”, Tulane Law Review, vol. 80.

TIERNO, M. L. Y PEÑA M. A. (2002). “La comunicación sobre la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en el caso del cártel”. Gaceta jurídica de la UE y de la Competencia N° 220

UNCTAD (2017) “Examen voluntario entre Homólogos del Derecho y la política de competencia: Argentina”. Conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y desarrollo. https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/ditccclp2017d1_es.pdf

VIVEK GHOSAL AND D. DANIEL SOKOL (2014) “The Evolution of U.S. Cartel Enforcement”. The Journal of Law & Economics. Vol. 57, No. S3