

## **REGLAMENTO PARA LA EJECUCIÓN DEL PROGRAMA DE CLEMENCIA. UN PASO FUNDAMENTAL PARA LA UTILIZACIÓN DE ESTA HERRAMIENTA EN LA DETECCIÓN DE CARTELES EN ARGENTINA**

En mayo de 2018, en Argentina, se sancionó la Ley 27.442 de Defensa de la Competencia (LDC), la primera normativa de defensa de la competencia del país que incorporó un programa de clemencia como instrumento para la identificación de carteles. Si bien Argentina cuenta con una normativa antimonopolio desde comienzos del siglo XX, y con una legislación moderna en la materia desde el año 1980 –cuando se creó la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia–, nunca se había incluido en el marco jurídico, un programa de este tipo, que contempla la exoneración o reducción de las sanciones, para quien colabora con la autoridad de competencia en la detección e investigación de los acuerdos colusorios.

Con la excepción del Departamento de Justicia de Estados Unidos —que lo incluyó tempranamente en 1978— y la Unión Europea, que lo incorporó en 1996, la fase expansiva de los programas de clemencia se desarrolló a comienzos del nuevo milenio, cuando el uso de la herramienta se propagó entre los países miembros de la OCDE y entre muchos de los países de América Latina —Brasil lo incorporó en el año 2000, México en 2006, Colombia y Chile en 2009 y, Perú en 2015—, convirtiéndose en uno de los instrumentos más efectivos para la persecución de cárteles, sobre todo, por su aptitud para aportar la evidencia necesaria de manera de posibilitar una sanción contra los participantes del cártel.

En los últimos años, las autoridades de competencia y los especialistas en la materia han alertado sobre la disminución de las solicitudes de clemencia y han comenzado a plantear la existencia de una crisis de incentivos en los programas de clemencia, cuyo éxito se basa, fundamentalmente, en tres pilares: la existencia de una amenaza creíble de un castigo severo, el miedo ante la posibilidad de ser detectado incurriendo en una práctica colusiva y la transparencia de los beneficios que reporta el programa para quien acude a él.<sup>1</sup>

En lo que respecta al primer pilar, la LDC sancionada en 2018 recogió la experiencia derivada de la legislación anterior –la Ley 25.156– que, no sólo establecía un monto máximo de multa para sancionar una conducta anticompetitiva, sino que, además, dicho monto límite se encontraba valuado en pesos argentinos, lo que, ante sucesivos procesos inflacionarios en el país, redundó en la constante degradación de la sanción. La LDC, en cambio, implementó una actualización de los montos máximos en la aplicación de multas por conductas anticompetitivas, al plantear su denominación, no en la moneda de curso legal, sino en una unidad de cuenta definida como «unidad móvil», que es actualizada automáticamente y en forma anual utilizando la variación del índice de precios al consumidor (IPC) que publica el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC) de la República Argentina. Esto garantiza que las sanciones por la comisión de prácticas contrarias a la competencia, entre las que se encuentran las conductas concertadas, no se desactualicen ni pierdan vigencia y, sobre todo, sostengan la gravedad de la sanción.

---

<sup>1</sup> Ver “Reforzando los incentivos para los acuerdos de clemencia – Nota Informativa del CADE (Brasil)” para el Foro Latinoamericano y del Caribe de la Competencia de 2022 de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.

Respecto al segundo pilar, la CNDC ha hecho grandes esfuerzos por mejorar la detección y persecución de los carteles durante los últimos años, aún sin contar con una Programa de Clemencia activo y en pleno funcionamiento. Si bien son pocos los carteles sancionados por la autoridad a lo largo de su historia, destacan dos casos recientes. El primero es la sanción con multas a una empresa y tres asociaciones vinculadas al mercado de harina de trigo por cartelización en este mercado. El segundo comprendió la sanción con multa a cuatro boliches de la ciudad de Bariloche y la orden de desinversión de uno de ellos, por prácticas concertadas que incluyeron el acuerdo de precios y el reparto de mercado de servicios de discoteca. Este último caso se inició a partir de la denuncia de uno de los implicados en el cartel que, a pesar de haber sido encontrado responsable de las prácticas concertadas señaladas, no fue multado por la CNDC en función de su colaboración con la autoridad para aportar las pruebas suficientes para la detección de las mencionadas conductas, en lo que constituye un claro antecedente del Programa de Clemencia.

El *Reglamento para la Ejecución del Programa de Clemencia* que la CNDC ha elaborado y puesto a consulta pública el 8 de marzo de este año busca fortalecer el tercer componente para un programa de clemencia efectivo, al brindar información precisa sobre el programa y aportar seguridad jurídica y previsibilidad en su procedimiento, dos factores imprescindibles para captar aplicantes dispuestos a cooperar con la autoridad de competencia. En este sentido, el reglamento detalla las obligaciones de los solicitantes para acceder a los beneficios de amnistía total o parcial de la sanción. Esto incluye la posibilidad de realizar consultas sobre disponibilidad de marcadores, la forma y el contenido de la solicitud de marcador, como así también de la solicitud de beneficio, propiamente dicho. Asimismo, reglamenta tanto el deber de confidencialidad en el procedimiento, como el deber de cooperación de los solicitantes.

En el presente artículo, comentaremos cuáles son las características generales del programa de clemencia, de acuerdo a lo previsto por la LDC y su decreto reglamentario, y ahondaremos en la propuesta del reglamento recientemente publicado, que especifica los procedimientos que hacen al funcionamiento del programa, las obligaciones de la autoridad de competencia y aquellas que corresponden al potencial beneficiario.

### ***El programa de clemencia en la Ley 27.442***

La LDC introdujo cambios significativos e innovaciones en el régimen de defensa de la competencia de Argentina. En lo que respecta a la definición de las conductas anticompetitivas y, por ende, aquellas prácticas ilícitas y sancionables acorde a la ley, una novedad introducida por la normativa sancionada en 2018 fue la distinción entre prácticas *absolutamente restrictivas* de la competencia y las prácticas restrictivas de la competencia.

En efecto, el artículo 2º de la LDC tipifica a ciertas prácticas concertadas como *absolutamente restrictivas*. Se trata de lo que se conoce como carteles de “núcleo duro”, que incluye los acuerdos entre competidores para acordar precios, repartirse el mercado, restringir la oferta y/o arreglar posturas ante una licitación o subasta.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> El artículo 3 de la LDC, que tipifica las conductas *restrictivas*, también hace alusión a ciertas prácticas que requieren de concertación y que, sin embargo, la Ley no las considera *absolutamente restrictivas*. Por ejemplo, la conducta prevista en el artículo 3, inc. (c) de la LDC, que estipula que *concertar* la limitación o control del desarrollo técnico o las inversiones destinadas a la producción o comercialización de bienes y servicios puede constituir una práctica restrictiva de la competencia.



Entre las sanciones contempladas por la LDC para quienes incurran en cualquier tipo de práctica anticompetitiva (que resulte restrictiva o absolutamente restrictiva de la competencia) se encuentra una multa que puede alcanzar hasta el 30% de la facturación de la empresa infractora en Argentina, así como también, multas a las personas humanas que hubieran ejercido algún puesto de autoridad en la empresa en cuestión y que hubieran contribuido, alentado o permitido su ejecución.

En lo que significa una modificación cardinal de la normativa de competencia argentina, el Capítulo VIII de la LDC prevé la creación de un Programa de Clemencia en el que, la solicitud para el beneficio de amnistías totales o parciales a las sanciones correspondientes se encuentra circunscripta a los participantes de un cartel que voluntariamente provean a la autoridad de defensa de la competencia de evidencia que permita la detección y persecución de aquellas prácticas *absolutamente restrictivas* de la competencia.

Tanto personas humanas como jurídicas que hayan incurrido o estén incurriendo en una conducta concertada de este tipo pueden aplicar al programa. Tal como lo establece el artículo 60 de la LDC, para poder acogerse al beneficio, el solicitante debe presentarse ante la autoridad de defensa de la competencia —actualmente, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) en conjunto con la Secretaría de Comercio— previo a su imputación, es decir, a que se lo notifique en carácter de presunto responsable de la conducta investigada para que efectúe su descargo y aporte la prueba que considere pertinente.

El alcance del beneficio y los requisitos para que este sea aplicable varía según el estado de situación de la investigación y el orden de llegada del solicitante, cómo se detalla a continuación.

Se podrá aplicar para una exención de la sanción en caso de que la CNDC no cuente con información o no haya iniciado previamente una investigación o habiendo iniciado la investigación no cuente con evidencia suficiente, y el aplicante sea el primero entre los involucrados en la conducta en suministrar y aportar elementos de prueba que permitan determinar la existencia de la práctica.

En dicho caso, el aplicante deberá: cesar de forma inmediata su participación en la práctica violatoria —a menos que la autoridad considere necesario que continúe con su accionar para evitar entorpecer la investigación—; cooperar plena, continua y diligentemente con la autoridad; no destruir, falsificar u ocultar pruebas de la conducta anticompetitiva; y no haber divulgado o divulgar su intención de acogerse al beneficio en cuestión.

En caso de no cumplir con los requisitos para la exención, el solicitante podrá aplicar a una reducción de entre el 50% y el 20% del máximo de la sanción que le hubiese sido impuesta, siempre que se encuentre en condiciones de aportar elementos de convicción adicionales a los que ya posea la autoridad —y satisfaga los restantes requisitos ya mencionados. El monto de la reducción será establecido en función del orden cronológico de presentación de la solicitud.

Por su parte, en caso de que el solicitante no cumpla con los requisitos para la exención de la conducta anticompetitiva bajo investigación, pero que durante su substanciación revele y reconozca una segunda y disímil conducta anticompetitiva concertada y, asimismo, reúna respecto de esta última conducta los requisitos previstos para la exención, se le otorgará este beneficio en relación con la segunda conducta y una reducción de un tercio de la sanción o multa que de otro modo le hubiese sido impuesta por su participación en la primera conducta.



En lo que respecta a la confidencialidad del proceso, la autoridad de defensa de la competencia debe mantener reservada la identidad del que pretenda acogerse a los beneficios del programa de clemencia. Los jueces competentes en los procesos judiciales que pudieren iniciarse conforme lo dispuesto bajo la LDC en ningún caso podrán ordenar la exhibición de las declaraciones, reconocimientos, información y/u otros medios de prueba que hubieren sido aportados a la CNDC por quienes hubieran recibido alguno de los beneficios estipulados en el marco del Programa de Clemencia. En el caso de que la autoridad rechace la solicitud de acogimiento al beneficio, dicha solicitud no podrá ser considerada como el reconocimiento o confesión del solicitante de ilicitud de la conducta informada, o de las cuestiones de hecho relatadas. Al mismo tiempo, la información y prueba obtenida en el marco de una solicitud rechazada no podrá ser utilizada por la CNDC, ni podrán divulgarse las solicitudes rechazadas.

Asimismo, el artículo 61 de la LDC estipula que el acogimiento al beneficio de exención o reducción de las sanciones o multas, conforme corresponda, no podrá llevarse a cabo conjuntamente por dos o más participantes de la conducta anticompetitiva concertada. Sin embargo, podrán acogerse conjuntamente la persona jurídica y todas las personas humanas que hubiera ejercido algún cargo de autoridad, representante legal o similar. Aquellas personas que se acojan al beneficio del programa de clemencia quedarán exentas también de las sanciones previstas en el Código Penal de la Nación y de las sanciones de prisión que de cualquier modo pudieren corresponderles por haber incurrido en conductas anticompetitivas concertadas.

Finalmente, la presentación de la solicitud de acogimiento al programa de clemencia interrumpe el plazo de prescripción de la acción.

#### ***Aspectos generales de la reglamentación del Programa de Clemencia. El Decreto 480/2018***

Una vez sancionada la LDC, el Decreto N° 480/2018 reglamentó su aplicación. En lo que respecta al Programa de Clemencia, este delineó ciertos aspectos generales de su implementación.

En primer lugar, el decreto estipula la creación del Registro Nacional de Marcadores, a fin de inscribir todas las solicitudes al beneficio de amnistía total o parcial que se realicen, indicándose el orden de prelación de cada solicitud de acuerdo a su fecha y orden de presentación.

También, prevé un procedimiento a seguir para la solicitud, tramitación, obtención o rechazo de la solicitud de clemencia y otorgamiento o rechazo del beneficio, el cual se conforma de cuatro etapas.

Una primera, que constituye la solicitud de un marcador, en la que el solicitante debe comunicar su interés de acogerse al beneficio de clemencia y puede consultar sobre el programa, la información a presentar, entre otros datos. Una segunda etapa, en la que el solicitante debe 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 esta le requiera a efectos de determinar la existencia de las prácticas anticompetitivas. Una tercera, en la que se evalúen los antecedentes presentados por el solicitante y se otorgue un beneficio *condicional* —sujeto a la plena colaboración a lo largo de todo el procedimiento—, de exoneración o reducción de sanción, según corresponda, pudiendo solicitar la presentación de antecedentes adicionales, así como todas las aclaraciones que estime pertinentes a efectos de determinar la existencia de las prácticas investigadas. Una cuarta, que comprenda el otorgamiento definitivo del beneficio por parte de la



autoridad, previa valoración de la información y elementos de prueba aportados por el solicitante y el cumplimiento de su deber de colaboración y cooperación.

### ***Reglamento para la ejecución del Programa de Clemencia***

Desde la incorporación del Programa de Clemencia a la legislación de defensa de la competencia en Argentina con la sanción de la LDC y su reglamentación general en 2018, ningún cartel ha sido sancionado producto de una denuncia en el marco de dicho programa. Es por este motivo que la CNDC ha elaborado un reglamento específico para el Programa de Clemencia –puesto recientemente a consulta pública en la [página web de la CNDC](#)– en miras de que, con el establecimiento de un procedimiento detallado sobre la aplicación al programa, la solicitud del marcador y luego del beneficio, la colaboración que debe mantener el aplicante, las medidas destinadas a proteger la confidencialidad del denunciante y la información aportada y, finalmente, los requisitos para obtener la amnistía total o parcial de la sanción, se logre una mayor participación al programa y, como resultado, una más efectiva identificación e persecución de carteles por parte de la CNDC.

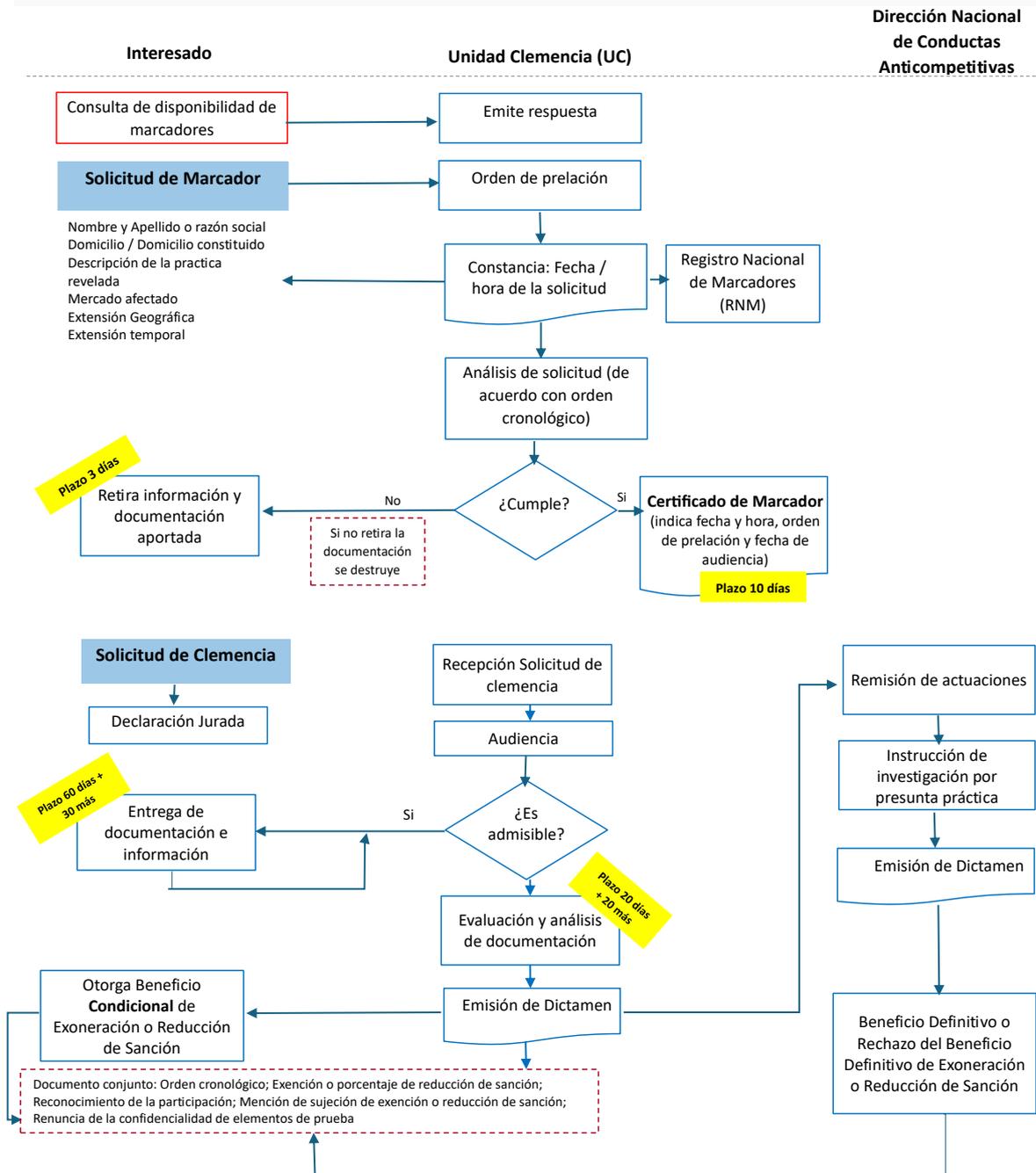
El *Reglamento para la ejecución del Programa de Clemencia* propuesto se basa sobre dos principios básicos. En primer lugar, la confidencialidad por parte de quienes deben recibir y tramitar la solicitud al programa y decidir en última instancia sobre el otorgamiento del beneficio, esto es la unidad competente dentro de la autoridad de aplicación. En segundo lugar, la cooperación plena, continua y diligente del solicitante del beneficio al programa con la autoridad.

El reglamento dispone la creación de la Unidad de Clemencia (UC), una unidad especializada y con independencia funcional de la Dirección Nacional de Conductas Anticompetitivas (cuya función es, una vez concluido el procedimiento del programa de clemencia, llevar adelante la investigación por la conducta concertada denunciada) y de la Dirección Nacional de Concentraciones Económicas, así como también de todos los comisionados de la CNDC o, en el futuro, quienes oficien de autoridades de la Autoridad de Aplicación.

Las funciones de la UC involucran todos los procedimientos concernientes a la tramitación de las tres grandes fases del proceso: la solicitud y entrega de un marcador, la solicitud de la clemencia y la recepción, procesamiento y evaluación de toda la información que aporte el solicitante y, finalmente, el otorgamiento o rechazo del Beneficio Condicional de Exoneración o Reducción de Sanción. Estas tres fases constituyen el circuito general del Programa de Clemencia, tal como se puede observar en el siguiente flujograma.

## Flujograma N.º 1. Circuito procedimental del Programa de Clemencia

### PROCESO PROGRAMA DE CLEMENCIA



(\*) Identificación demás participantes, Rol de los participantes, Mercado afectado, Productos o servicios alcanzados, Alcance geográfico, Duración, Identificación de otros agentes que operan en el mercado afectado y no hayan tenido participación en la práctica, descripción detallada de los hechos y práctica revelada (objetivo o motivación, actividades y funcionamiento; descripción de su impacto en Argentina e información relevante sobre las solicitudes de clemencia presentadas o a presentar en otras jurisdicciones).

En lo que respecta a la etapa preliminar de solicitud y entrega de un marcador, el reglamento prevé, tal como lo dispone el decreto reglamentario de la LDC, que el potencial solicitante pueda realizar consultas sobre la disponibilidad de marcadores. Estas consultas serán recibidas por la UC y son de carácter anónimo, pudiendo ser realizadas en términos hipotéticos, indicando una descripción del mercado en que habría tenido lugar la práctica sin necesidad de precisar hechos

concretos. De ninguna manera esta consulta implica el reconocimiento de una infracción o aceptación de cualquier tipo de responsabilidad ni una solicitud de acogimiento al Programa de Clemencia.

Para acogerse al Programa de Clemencia, el interesado deberá presentar la solicitud de marcador, que determinará el orden de prelación en que será evaluado. Para iniciar el trámite, el solicitante deberá presentar a la UC información mínima de identificación (nombre y apellido o razón social y domicilio y domicilio constituido), una descripción de la práctica revelada y el mercado afectado, y la extensión geográfica y temporal aproximada de la práctica revelada. Una vez presentada la solicitud del marcador, el solicitante recibirá una constancia del día y hora en que fue formulada dicha solicitud. Expedida la constancia, también se procederá a anotar la solicitud en el Registro Nacional de Marcadores RNM, teniendo acceso a él únicamente quienes integren la UC.

La UC evaluará la solicitud de marcador en el orden cronológico en que fue presentada, conforme las constancias obrantes en el RNM. No se evaluará una solicitud sin haberse pronunciado sobre el otorgamiento o rechazo de una anterior que corresponda a un mismo mercado y práctica revelada.

En caso de que la solicitud de marcador sea rechazada –porque la solicitud no cumple con los requisitos, o haya sido realizada con posterioridad a que la CNDC haya notificado al solicitante para que efectúe su descargo u ofrezca prueba pertinente en el marco de una investigación por conductas anticompetitivas, o bien, la autoridad ya cuente con evidencia suficiente para imputar a los responsables de una práctica contraria a la competencia– el solicitante tendrá un plazo de tres días para retirar la información y documentación aportada, o bien, será destruida por la CNDC, y el turno pasará al siguiente inscripto del RNM.

En caso de declararse admisible la solicitud de marcador, la UC otorgará al postulante un certificado de marcador, el cual indicará la fecha y hora en que la solicitud de marcador fue efectuada, y el orden de prelación, conforme a las constancias del RNM, sin que esto suponga la obtención de los beneficios del Programa de Clemencia estipulados por el artículo 60 de la LDC. En ese acto, también notificará al solicitante la fecha de celebración de la audiencia de coordinación –que deberá realizarse dentro de los 10 días de emitido el certificado de marcador– en la cual el solicitante deberá presentar la solicitud de clemencia, propiamente dicha.

La solicitud de clemencia deberá formularse por escrito y, además de la información de identificación del solicitante, deberá incluir: la identificación de los demás participantes involucrados en la práctica revelada; el rol de cada uno de los participantes en dicha práctica (incluido el del propio solicitante); el mercado afectado, los productos o servicios alcanzados por la práctica, su alcance geográfico y duración; la identificación de otros agentes que operan en el mercado afectado y no hayan tenido participación en la práctica; una descripción detallada de los hechos y la práctica revelada, incluyendo su objetivo o motivación, actividades y funcionamiento; una descripción de su impacto en Argentina e información relevante sobre las solicitudes de clemencia presentadas o a presentar en otras jurisdicciones.

A su vez, el solicitante deberá presentar una Declaración Jurada en la que manifieste la solicitud al Programa de Clemencia y el entendimiento de sus obligaciones en lo que respecta a su colaboración con la autoridad de competencia, la veracidad de la información y documentación

que presente y, el mantenimiento de la confidencialidad del proceso, tres responsabilidades cuyo cumplimiento condicionan la obtención del beneficio estipulado por el Programa de Clemencia.

Si la UC determina admisible la solicitud de clemencia, el solicitante tendrá un plazo de 60 días (extensible a 30 días más) desde la celebración de la audiencia de coordinación para la entrega de documentación e información que permitan un avance significativo en la investigación y que representen aportes efectivos en la constitución de elementos de prueba suficientes para determinar la existencia de la práctica revelada o que generen o aumenten la probabilidad de certeza en su valoración probatoria.

Finalizado el plazo establecido, previo Dictamen de la UC, la CNDC deberá evaluar y analizar la documentación e información aportada por el solicitante en un plazo no mayor a 20 días (prorrogable a 20 días adicionales). Vencido este plazo y, en caso de resultar procedente, la CNDC otorgará el Beneficio Condicional de Exoneración o Reducción de Sanción (“Beneficio Condicional”), según corresponda, el cual seguirá estando sujeto al deber de colaboración del solicitante hasta la sanción de la práctica y el otorgamiento definitivo del beneficio.

El Beneficio Condicional será formalizado mediante la suscripción de un documento entre el solicitante y la CNDC, que deberá contener: el orden cronológico en que se recibió la solicitud de marcador; la exención o el porcentaje de reducción de la sanción que corresponderá en caso de que se sancione la práctica revelada; el reconocimiento por parte del solicitante de su participación en la práctica revelada; la mención expresa de la sujeción de la exención o reducción de la sanción al cumplimiento por parte del solicitante del deber de colaboración durante toda la investigación y, la renuncia a la confidencialidad de los elementos de prueba que no hayan podido ser replicados y que resulten indispensables en el inicio o tramitación del procedimiento administrativo sancionador.

Una vez otorgado el Beneficio Condicional, se remitirán las actuaciones a la Dirección Nacional de Conductas Anticompetitivas de la CNDC, para la prosecución del trámite y la instrucción de la investigación por la presunta práctica concertada, pudiendo esta recurrir al solicitante para que brinde información adicional, en caso de requerirlo.

Al momento de dictar resolución respecto de la imposición de multas o sanciones conforme a lo establecido en los artículos 55 a 59 de la LDC, la autoridad de competencia deberá resolver sobre el otorgamiento o rechazo del Beneficio Definitivo de Exoneración o Reducción de Sanción al solicitante, previo dictamen de la CNDC sobre el cumplimiento del deber de colaboración establecido, así como también el de veracidad de la información y la confidencialidad del procedimiento

### ***Conclusiones***

El *Reglamento para la ejecución del Programa de Clemencia* que hemos elaborado desde la CNDC y puesto a consulta de toda la comunidad *antitrust* internacional ha intentado recoger lo reglamentado por las autoridades de competencia de otras jurisdicciones sobre la materia de clemencia, con la expectativa de incorporar también sus experiencias con el programa a lo largo de los últimos años. El objetivo es darle impulso y dinamismo al Programa de Clemencia en Argentina, para que esta herramienta, que tantos buenos resultados ha dado en defensa de la competencia, sea un instrumento de gran relevancia en la detección, persecución y sanción de las prácticas concertadas.