

Unclassified

Spanish - Or. English

31 August 2022

**DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS
COMPETITION COMMITTEE**

Cancels & replaces the same document of 30 August 2022

**LATIN AMERICAN AND CARIBBEAN COMPETITION FORUM (Spanish version)
FOROLATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA - Sesión I: Reforzando los
incentivos para los acuerdos de clemencia**

- Contribución de Argentina -

27 y 28 de septiembre de 2022

Se hace circular el documento adjunto elaborado por Argentina PARA SU DEBATE en la Sesión I del Foro Latinoamericano y Del Caribe de Competencia que se llevará a cabo los días 27-28 de septiembre 2022, en Río de Janeiro, Brasil.

Sra. Lynn Robertson, Experto en Competencia - Lynn.Robertson@oecd.org.
Sr. Alden Caribé de Sousa, CADE - alden.sousa@cade.gov.br and international@cade.gov.br.

JT03501609

Sesión I: Reforzando los incentivos para los acuerdos de clemencia

- Contribución de Argentina -

Clemencia. Los primeros pasos de un proyecto

1. En 1999, en Argentina, fue sancionada la Ley N° 25.156, que se constituyó como la primera normativa comprensiva para la defensa de la competencia. En sus artículos 1 y 2, dicha ley establecía cuáles acuerdos y prácticas se encontraban prohibidas y eran pasibles de ser sancionadas, al tratarse de conductas anticompetitivas que limitaban, restringían, falseaban o distorsionaban la competencia o el acceso al mercado, o constituían abuso de una posición dominante en un mercado y, en consecuencia, de ellas podía derivar un perjuicio para el interés económico general.
2. Entre estas conductas se encontraban las prácticas concertadas, las cuáles involucran acuerdos para fijar precios, repartirse el mercado, limitar la oferta y/o arreglar el proceder ante una licitación.
3. Dicha normativa no contemplaba la conformación de un programa de clemencia, los cuales, 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, aún se encontraban en los albores de su fase expansiva.
4. El uso de la herramienta se propagó entre los países miembros de la OCDE, como también 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— durante los años 2000, convirtiéndose en el instrumento más efectivo 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.
5. En Argentina, si bien existieron numerosos proyectos de reforma de la Ley N° 25.156 que contemplaban su introducción, el programa de clemencia recién fue incorporado a la legislación antimonopolio en 2018, con la entrada en vigor de la Ley N° 27.442 (LDC).

1. El programa de clemencia en la nueva LDC

6. La LDC introdujo significativos cambios e innovaciones en el régimen de defensa de la competencia argentino; en lo que refiere a las conductas anticompetitivas, realiza ahora una distinción entre prácticas *absolutamente* restrictivas de la competencia y, las prácticas restrictivas de la competencia.
7. En efecto, en su artículo 2, la norma reputa a las prácticas *concertadas* allí descriptas como *absolutamente* restrictivas, que no son otras que las ya señaladas, es decir, acordar precios, repartir el mercado, restringir la oferta y/o arreglar el comportamiento ante una licitación.¹ La solicitud del beneficio de clemencia está circunscripta a estas prácticas.

¹ 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*

8. Entre las sanciones contempladas por la LDC para quienes incurran en alguna de estas prácticas 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.
9. A su vez, una modificación cardinal de la nueva regulación fue la incorporación de un programa de clemencia, el cual contempla amnistías totales y parciales a las sanciones correspondientes para 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 la práctica en cuestión.
10. Puede aplicar a dicho programa cualquier persona humana o jurídica que haya incurrido o esté incurriendo en una conducta concertada, debiendo revelar ante la autoridad de competencia la práctica en cuestión de manera de poder acogerse al beneficio de exención o reducción de las sanciones estipuladas por la normativa.
11. La LDC estipula que, 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.
12. 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.
13. 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.
14. 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.
15. 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, de encontrarse en condiciones de aportar elementos de convicción adicionales a los que ya cuente 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.
16. 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

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.

la exención, se le otorgará este beneficio respecto de 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.

17. 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/o 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 rechazara 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.

18. Asimismo, 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.

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

2. La reglamentación del programa de clemencia

20. El Decreto Reglamentario N° 480/2018 delinea la implementación del programa, con algunas cuestiones aún a ser definidas en su reglamentación —sobre el cual la CNDC se encuentra actualmente trabajando.

21. El mencionado decreto reglamentario de la LDC, estipula la creación del *Registro Nacional de Marcadores*, a fin de registrar todas las solicitudes de marcadores (de aplicantes al beneficio de clemencia) que se realicen, indicándose el orden de prelación de cada solicitud de acuerdo a su fecha y orden de presentación, el cual se encuentra a cargo de la Dirección de Registro de la CNDC, el área que recibe y emite todas las notificaciones de la autoridad.

22. El decreto 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.

23. Una primera, que constituye la solicitud de un marcador, en la que el solicitante comunique su interés de acogerse al beneficio de clemencia y pueda consultar sobre el programa, la información a presentar, entre otros datos. Una segunda, en la que el solicitante realice la presentación formal de la solicitud de acogimiento al beneficio y entregue a la autoridad toda aquella información, documentación y elementos de prueba que éste 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.

24. Por su parte, la CNDC trabaja en un proyecto de disposición destinado a reglamentar aquellos aspectos que han sido omitidos por el decreto reglamentario mencionado. El proyecto detalla, entre otras cuestiones procedimentales, que el expediente que se inicie con motivo de una solicitud para acogerse al programa de clemencia debe tramitarse en la Dirección Nacional de Conductas Anticompetitivas, permitiéndose el acceso a la información contenida en el registro de marcadores únicamente a las autoridades de la CNDC, los directores de la Dirección Nacional correspondiente y los agentes instructores que se designen. Asimismo, también estipula el procedimiento a seguir para cada una de las cuatro etapas del proceso, indicando cómo debe realizarse, en primera instancia, la solicitud del marcador y qué información debe incluirse en dicha solicitud y, en una segunda instancia, la solicitud formal del beneficio y la información y datos a entregar para poder acogerse a la amnistía, los plazos de cada etapa, qué tipo de información aclaratoria o adicional puede solicitar la CNDC a los aplicantes y, una vez aportada toda la información, en qué plazos debe otorgarse el beneficio condicional de exoneración o reducción de la sanción, según corresponda, y, más adelante, el otorgamiento definitivo del beneficio.

3. Los desafíos que quedan por delante

25. En Argentina, el marco normativo para la implementación del programa de clemencia se encuentra ya desarrollado. La CNDC se encuentra trabajando en establecer un reglamento que comprenda la totalidad del procedimiento para la solicitud de la amnistía, y regule el cumplimiento de los requisitos de cada una de las etapas establecidas en el Decreto Reglamentario N° 480/2018. Ahora bien, desde la CNDC comprendemos que lo más importante es difundir la existencia del programa de clemencia y, al mismo tiempo, generar los incentivos para que existan solicitantes que quieran acogerse al beneficio. En este sentido, no hay mejor difusión que seguir trabajando para detectar, investigar y sancionar las conductas anticompetitivas concertadas.