

Introducción del Programa de Clemencia en el Derecho Argentino de la Competencia

Por Abog. Sebastián Ferreyra Romea
Director de Tesis: Guillermo Cabanellas (h)

I. Introducción [\[arriba\]](#)

Existe consenso a nivel local e internacional de que los acuerdos o carteles de fijación de precios y reparto de mercado entre los agentes económicos, constituyen una restricción a la libre competencia. Esto representa un flagelo para la comunidad en general, y ocasiona serios perjuicios económicos para algunos agentes en particular (consumidores y/o usuarios; empresas; proveedores; gobiernos, etc.), que sufren directa o indirectamente la existencia de precios artificialmente elevados, que no emergen de un proceso competitivo.

Gran parte de las legislaciones del mundo prohíben y sancionan la ejecución de tales conductas. Jurisdicciones como Estados Unidos fueron de las primeras en promulgar su regulación “antitrust”, como forma de luchar contra el poder de mercado de los denominados “trusts” de los ferrocarriles en 1890. Siguieron este ejemplo muchas otras jurisdicciones, entre los que se cuentan la Unión Europea y la Argentina.

La prohibición generalizada de tales conductas no se tradujo, sin embargo, en el éxito en la lucha contra los cárteles. El carácter secreto y confidencial de estos acuerdos ilegales, sumado al perfeccionamiento de las empresas en el ocultamiento de sus conductas, ha dificultado las investigaciones llevadas a cabo por las autoridades de competencia, a punto tal de tornar dichos procesos notoriamente costosos para el regulador en términos de tiempos y recursos, sin resultados tangibles.

La Argentina no ha sido la excepción a la regla. Prueba de ello es que los casos más importantes de cárteles (conocidos como “Cemento” y “Oxígeno Líquido”) fueron ambos resueltos por la autoridad de competencia hace más de doce años, en el 2005. La falta de herramientas de investigación, así como también los limitados recursos disponibles (enfocados principalmente en el control de concentraciones económicas), atentaron contra la efectividad propia del sistema de lucha contra los cárteles en nuestro país.

Acertadamente desde hace ya varios años muchas de las jurisdicciones del mundo introdujeron en sus legislaciones los denominados programas de clemencia (leniency programs), que facultan a la autoridad de competencia a otorgar inmunidad total o parcial frente a las sanciones aplicables a quien/es participen de un acuerdo ilegal, a cambio de brindar información suficiente y colaboración que le permita al regulador probar y sancionar la conducta anticompetitiva. En este sentido, los esfuerzos sostenidos de la División Antitrust del Departamento de Justicia de Estados Unidos de exportar el modelo norteamericano han sido exitosos al punto tal que el resto del mundo está ahora actualizándose en su compromiso con el cumplimiento y sofisticación de sus métodos de investigación, detección y sanción[1].

En términos generales este programa se ha mostrado muy efectivo en la mayoría de las jurisdicciones donde opera, permitiendo sancionar severamente conductas anticompetitivas que de otro modo hubieran permanecido ocultas[2]. No obstante, los acuerdos colusorios continúan sucediendo y operando en una significativa cantidad de industrias a nivel global[3]

y en Latinoamérica[4], principalmente en aquellos sectores cuya estructura de mercado resulta proclive a la cartelización.

En este contexto se recibe con entusiasmo los esfuerzos que se vienen realizando en Argentina desde el año 2010, tendientes a introducir el programa de clemencia en nuestra regulación, a través de la esperada reforma a la Ley de Defensa de la Competencia No 25.156 (LDC). El momentum político se muestra oportuno ya que según el Lic. Esteban Greco[5] “el gobierno está priorizando las cuestiones de competencia como una de sus políticas públicas”.

Sin dudas el programa de clemencia constituirá una herramienta útil para que la autoridad de competencia potencie y haga más eficientes sus alcances investigativos, de forma tal de evitar, mitigar o minimizar aquellas restricciones o distorsiones a la competencia, en perjuicio del interés económico general tutelado por la LDC.

Dicho optimismo se transforma en cautela al tiempo que analizamos la experiencia internacional del programa de clemencia y exploramos el marco legal del derecho empresario argentino. Se advierte la necesidad de estudiar profundamente el tema, a la luz de las posibles estrategias de las empresas involucradas, el intercambio de información entre las agencias de competencia y su incidencia en la decisión de aplicar de forma multi-jurisdiccional, las complejidades propias del régimen de clemencia, factores culturales y de compliance de los agentes involucrados en el país, las implicancias civiles y/o penales presentes en la legislación local y los demás desafíos legales que se pueden presentar desde la óptica de los participantes del cartel, de la autoridad de aplicación y de los afectados por la conducta, entre otros. Un elemento más de relevancia viene dado por el posible impacto negativo del cambio en los incentivos de clemencia que se está observando hoy día en la Unión Europea, lo cual será mencionado en detalle más adelante.

A fin de desarrollar más exhaustivamente esta investigación, se han mantenido reuniones con profesionales destacados en la materia a nivel internacional y local, tanto del ámbito privado -estudios jurídicos líderes- como así también del sector público -Dirección General de Competencia de la Unión Europea (Unidad de Cárteles)- y de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de Argentina.

Corresponde liminarmente realizar una importante salvedad: el presente proyecto de investigación no pretende agotar la discusión sobre un tema tan complejo como el aquí analizado, sino por el contrario dar el puntapié inicial para generar un espacio de discusión profesional alrededor del tan esperado programa de clemencia en Argentina.

II. Breves conceptos necesarios para el desarrollo del tema [\[arriba\]](#)

Antes de profundizar sobre conceptos más abstractos y profundos en esta investigación, es necesario adelantar que la temática de conductas anticompetitivas, lucha anti-cartel y programas de clemencia se encuadran dentro del derecho de la competencia.

II.1. ¿Qué es el derecho de la competencia? ¿Para qué sirve?

El derecho de la competencia es la rama del derecho que se encarga de regular el comercio mediante la prohibición de restricciones ilegales, la fijación de precios y los monopolios[6]. A lo largo del siglo XX, esta disciplina ha experimentado un sustancial desarrollo[7], y

constituye actualmente uno de los elementos jurídicos esenciales de una economía de mercado: sin un derecho eficaz en esta área, la lucha económica y las energías en ellas puestas se centran en la conquista de rentas monopólicas, en vez de orientarse a la innovación y la eficiencia[8]. Bajo el entendido de que los mercados no son perfectos, la acción del Estado deja de ser supletoria y pasiva, y pasa a reemplazar al mercado, que no puede aportar las soluciones a esas fallas[9].

La LDC no define explícitamente los objetivos o propósitos generales de la defensa de la competencia, aunque pueden deducirse principalmente del contenido del art. 1[10]: “Artículo 1.- Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

Queda comprendida en este artículo, en tanto se den los supuestos del párrafo anterior, la obtención de ventajas competitivas significativas mediante la infracción declarada por acto administrativo o sentencia firme, de otras normas”.

El ámbito de tutela de la LDC se circunscribe entonces a evitar conductas o actos restrictivos de la competencia, y a permitir la realización de operaciones en el mercado de manera competitiva[11]. La competencia debe ser el marco que le permita al consumidor y/o usuario adquirir siempre lo mejor al más bajo precio[12], y se distorsiona o restringe cuando los compradores son forzados a adquirir, en condiciones que no aceptarían de tener otras posibilidades de elección[13].

Cabanellas (h)[14] resume de forma precisa el contenido del art. 1 a través de los siguientes elementos constitutivos:

- (a) independencia entre partes intervinientes
- (b) posibilidad de ingreso de nuevos competidores
- (c) mantenimiento de una estructura que dé lugar a la dispersión del poder de compra y venta
- (d) transparencia del mercado, y
- (e) posibilidad de elección para las partes interviniente, entre distintos oferentes y demandantes independientes.

Como se podrá observar de las definiciones antes esbozadas, la defensa de la competencia no puede ser caracterizada bajo una perspectiva única o parcial, ya que constituye un concepto amplio que involucra al mercado, a los agentes económicos que participan en él y a un sinfín de comportamientos que pueden verificarse en dicho contexto.

III. Marco normativo vigente en Argentina [\[arriba\]](#)

III.1. La Ley N° 25.156

La Ley N° 25.156 promulgada en 1999 mantuvo en esencia el régimen de conductas anticompetitivas de la Ley N° 22.262, al tiempo que introdujo varias modificaciones tales como el establecimiento del control de fusiones y la creación del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia (“Tribunal”), dentro de la órbita del Ministerio de Economía, que sería el organismo regulador en materia de defensa de la competencia. Luego de más de quince años, el Tribunal nunca fue creado por el Poder Ejecutivo lo que derivó en una creciente debilidad institucional, aumento de desconfianza hacia el regulador y de falta de credibilidad técnica de sus decisiones. Este tema será abordado nuevamente más adelante en este trabajo.

Otro elemento que incide en forma general sobre los distintos aspectos de la LDC es el Código Penal y el Código Procesal Penal, cuyas disposiciones se aplican supletoriamente a los ilícitos previstos en aquella (art. 56, LDC).

III.2. Modificaciones introducidas por la Ley N° 26.993

En septiembre de 2014 se sancionó la Ley N° 26.993 de “Sistema de Resolución de Conflictos en las Relaciones de Consumo” que introdujo modificaciones puntuales a ley de defensa de la competencia.

En lo que respecta a este trabajo, la modificación más importante fue la eliminación del Tribunal. El nuevo art. 17 de la LDC faculta al Poder Ejecutivo a determinar la autoridad de aplicación de la LDC, y reza que todas las previsiones referidas al Tribunal deben ser entendidas como referidas a tal autoridad de aplicación (a ser nombrada por el Ejecutivo). Se estableció así un sistema que se asemejaría a la interpretación realizada años atrás por la Corte Suprema[15] y que ha estado en vigor durante años[16].

Dicha modificación implicó un retroceso en cuanto a la creación del Tribunal y a la independencia de la autoridad de competencia[17], e incluso a nivel periodístico se llegó a afirmar que le brindaría al Poder Ejecutivo herramientas adicionales de coerción contra el sector privado[18].

Las restantes modificaciones introducidas por la Ley N° 26.993 se relacionan con las apelaciones contra las resoluciones administrativas (art. 53), y con ley de procedimiento aplicable en aquellos casos no previstos por la LDC (art. 56).

III.3. La nueva Ley de Defensa de la Competencia: Ley N° 27.442

Desde 2016 se encontraba a consideración del Congreso Nacional un proyecto de ley que surgió de un proceso de consenso y consolidación de propuestas de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (“CNDC”) y de legisladores que habían presentado proyectos de modificación de la LDC durante 2016[19], y que se nutrió de las observaciones y comentarios de especialistas, organismos internacionales y otras agencias de competencia[20] (en adelante la “Nueva Ley”).

La Nueva Ley tiene como ejes centrales:

(i) la creación de la Autoridad Nacional de la Competencia como organismo independiente encargado de establecer sanciones,

(ii) el establecimiento del control previo de fusiones y concentraciones de empresas[21], y de un procedimiento expeditivo para las operaciones no problemáticas,

(iii) la disuasión de los carteles y los monopolios, la independencia, la transparencia, la eficiencia y la previsibilidad del procedimiento. Para ello, se propone elevar significativamente las multas, con criterios más claros para su determinación, y

(iv) la introducción del programa de clemencia para eximir o reducir la pena de los “arrepentidos” que aporten evidencia sustancial para sancionar a los carteles, lo cual ha mostrado ser la innovación más efectiva en la práctica antimonopolio en los últimos veinte años a nivel internacional.[22]

Además, la Nueva Ley derogó aquellos aspectos de la Ley N° 26.993 (ver punto 3.1.a) anterior relacionados principalmente a las funciones y facultades de la autoridad de aplicación, y eliminó las referencias a la LDC dispuestas en los arts. 45 y 51 de la Ley N° 26.993 acerca de la instancia judicial de revisión.

El punto (iv) anterior constituye el foco de nuestra investigación. No obstante, previo a abordar ese tema en profundidad, desarrollaremos brevemente en qué consisten los acuerdos anticompetitivos concertados (o colusorios) perseguidos bajo el programa de clemencia.

IV. Los acuerdos colusorios perseguidos por los programas de clemencia [\[arriba\]](#)

IV.1. Definición y conceptos preliminares

Los acuerdos colusorios pueden definirse como una situación en la cual una serie de empresas acuerdan no competir entre ellas con el objetivo de incrementar los beneficios conjuntos de todo el grupo (mediante acuerdos de precios y cantidades, reparto de mercados), y que trae aparejado un aumento en los precios y una reducción en los volúmenes comercializados respecto de los que regirían en una situación de competencia efectiva[23].

Este tipo de conducta es el caso típico de violación de leyes de defensa de la competencia y son manifiestamente antieconómicas para la sociedad en su conjunto[24], reducen o eliminan la independencia de decisión empresarial, erosionan los incentivos a la innovación y la mayor eficiencia, razón por la cual se encuentran fuertemente reprimidas por la normativa internacional.

Como consecuencia de su gravedad, la mayoría de las legislaciones a nivel internacional (Estados Unidos, Unión Europea, entre otros) consideran a los carteles como infracciones per se, que deben ser siempre sancionadas sin necesidad de tener que analizar la estructura del mercado o los costos y beneficios derivados del cartel para la comunidad[25].

IV.1.1. Características esenciales: existencia de acuerdo, actuación coordinada y ausencia de formalidades

Para que exista un cartel es necesario que las empresas hayan de manera consciente celebrado un acuerdo de voluntades, cuyo objeto o efecto sea el de restringir la competencia. Tanto un acuerdo anticompetitivo celebrado por escrito o verbalmente tienen entidad para ser punibles bajo las leyes de competencia[26].

Ahora bien, las empresas infractoras de las leyes de competencia ponen especial cuidado en no dejar rastros de las conductas anticompetitivas. Por lo tanto, en la mayoría de los casos de carteles se asigna relevancia investigativa al denominado “paralelismo consciente” por su importancia en términos procesales, por la construcción de presunciones o indicios.[27] Las conductas conscientemente paralelas reúnen, respecto de las prácticas colusorias, un valor presuntivo sustancial. Así como en gran parte de los actos anticompetitivos resulta imposible reunir elementos de prueba de tipo no presuntivo sobre la existencia de una simple concertación[28], el valor probatorio de tales conductas resulta tanto más importante.

De esta manera se puede distinguir entre (i) aquellos carteles en los cuales existe un principio de prueba por escrito, es decir, un instrumento escrito que prueba la existencia de dicho cartel (tenga la forma de contrato, acta o minuta de reunión) -también llamada colusión expresa-; (ii) aquellos otros carteles en los que la prueba o evidencia de su existencia es circunstancial o indirecta (por ejemplo, intercambio de información entre empresas competidoras, evidencia económica sobre la estructura del mercado, etc.) -también llamada colusión tácita-; (iii) “paralelismo consciente”, lo cual implica que empresas competidoras entre sí sigan una misma política de precios basada en la observación de sus políticas mutuas y en la reacción ante las mismas, sin que por ello exista -efectivamente- un acuerdo. Para que dicho paralelismo consciente se convierta en colusión tácita será necesario que al comportamiento independiente de la empresa en el mercado, se le agregue algo más, lo cual tradicionalmente ha consistido en (a) la presencia de un mecanismo de intercambio de información entre competidores, (b) el actuar contra el propio interés de la empresa.

La CNDC ha adherido a este último criterio al decir que “la fijación de precios de modo convergente y simultáneo entre competidores describe un patrón de conducta que la teoría de la organización industrial y la jurisprudencia de defensa de la competencia denomina “paralelismo consciente”, patrón que es consistente tanto con (i) un acuerdo explícito (cartel) o implícito (colusión tácita) cuyo objeto o efecto es la distorsión de la competencia, como un (ii) el equilibrio de mercado no cooperativo resultante de las decisiones individuales de empresas maximizadoras de beneficios, cuando se trata de mercados en los cuales, a efectos de mantener su participación de mercado, las firmas deben reaccionar rápida y convergentemente frente a cambios en la estrategia comercial de sus competidoras”[29].

IV.1.2. Estructura de los mercados proclives a la cartelización

Conocer la estructura del mercado a fin de determinar si la misma favorece o no la cartelización resulta imprescindible a la hora de analizar la evidencia en una investigación de cartelización. Entre las condiciones que inciden sobre la probabilidad y gravedad de las prácticas colusivas cabe mencionar las siguientes[30]:

- (i) Reducido número de empresas que operan en un mercado y barreras de entrada elevadas;
- (ii) La existencia de empresas líderes en el rubro/mercado correspondiente. Por ejemplo, cuando en un sector existe una empresa que, por su mayor producción y consiguientes

economías de escala, tiene costos inferiores a sus competidores, tenderá a crearse una práctica de liderazgo de precios, en el que las empresas menores y menos eficientes imitan los movimientos de precios iniciados por la empresa mayor;

(iii) Homogeneidad del producto cartelizado (a fin de controlar si alguno de los miembros está incumpliendo con sus obligaciones) y ausencia de sustitutos efectivos (lo que deriva en una demanda inelástica del bien cartelizado ante aumentos de precios);

(iv) Competencia en el mercado relevante en base al factor precio y no otras variables más difíciles de controlar (como calidad, servicios asociados, etc.);

(v) Pocos compradores, lo cual favorece el control del cumplimiento de las obligaciones asumidas por los competidores cartelizados (al ser menor el número de transacciones a controlar)[31].

IV.2. Antecedente normativo en la LDC

La LDC penaliza las prácticas horizontales colusivas a través de sus arts. 1 y 2. De las acciones definidas de modo general en el art. 1, las prácticas colusivas se encuadran como “actos o conductas...que tengan por objeto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia”, y que la ley argentina sanciona siempre y cuando “pueda resultar perjuicio para el interés económico general”[32].

De modo particular, el art. 2 enumera una serie de prácticas restrictivas de la competencia - no taxativas- que la ley penaliza “en la medida que configuren las hipótesis del artículo 1”. Entre las conductas mencionadas en el art. 2 podrían indicarse como integrantes de prácticas horizontales colusivas a las contenidas en los incisos a), b), c), d) e) y h):

a) Fijar, concertar o manipular en forma directa o indirecta el precio de venta, o compra de bienes o servicios al que se ofrecen o demanden en el mercado, así como intercambiar información con el mismo objeto o efecto;

b) Establecer obligaciones de producir, procesar, distribuir, comprar o comercializar sólo una cantidad restringida o limitada de bienes, o prestar un número, volumen o frecuencia restringido o limitado de servicios;

c) Repartir en forma horizontal zonas, mercados, clientes y fuentes de aprovisionamiento;

d) Concertar o coordinar posturas en las licitaciones o concursos;

e) Concertar la limitación o control del desarrollo técnico o las inversiones destinadas a la producción o comercialización de bienes y servicios;

h) Regular mercados de bienes o servicios, mediante acuerdos para limitar o controlar la investigación y el desarrollo tecnológico, la producción de bienes o prestación de servicios, o para dificultar inversiones destinadas a la producción de bienes o servicios o su distribución.

Por su parte, la LDC establece en su art. 46 inc. b), que quienes realicen los actos prohibidos por la norma “...serán sancionados con una multa de diez mil pesos (\$ 10.000) hasta ciento cincuenta millones de pesos (\$ 150.000.000)...”[33]. Estos montos han quedado seriamente desactualizados por la inflación de los últimos años, y la Nueva Ley prevé un fuerte incremento en el nivel de las multas, tema que será abordado en detalle más adelante.

IV.3. Los casos más relevantes

La autoridad de competencia argentina ha impuesto multas por la comisión de prácticas anticompetitivas en distintos casos, desde 1980, durante la vigencia de la Ley N° 22.262 hasta el año 1999 y desde entonces bajo el marco de la actual LDC. Ambas normas prevén multas de carácter administrativo, destinadas a castigar al infractor y a disuadir a los agentes económicos de la realización de conductas anticompetitivas[34].

Históricamente, la Comisión realizó investigaciones y sancionó carteles en diversos mercados a nivel nacional (televisión por cable[35]), cemento[36], oxígeno líquido[37], estaciones de servicio[38], transporte de pasajeros terrestre[39], gas licuado de petróleo (GLP)[40], autopartes[41] y gelatinas medicinales[42], entre otros. No todas estas investigaciones y sanciones fueron confirmadas a nivel judicial, ya que en muchos casos la orfandad probatoria a nivel administrativo hizo que el decisorio de la CNDC fuera revocado en sede judicial.

Los dos casos más resonantes a nivel CNDC y confirmados judicialmente, fueron los que sancionaron los carteles del cemento y del oxígeno líquido.

En el caso del cemento las seis principales empresas productoras de cemento fueron acusadas de distribuirse el mercado a nivel nacional por aproximadamente veinte años. El 25 de julio de 2005, la CNDC y la Secretaría de Comercio Interior impusieron una multa por un monto total de \$309.729.289 (aproximadamente 108 millones de dólares, al momento del establecimiento de la sanción administrativa)[43], que fue confirmada luego de varias instancias en sede judicial. Cuatro empresas cementeras (Loma Negra C.I.A.S.A., Cementos Avellaneda S.A., Petroquímica Comodoro Rivadavia S.A., Cemento San Martín) y la Asociación Cementera (Asociación Fabricantes de Cemento Portland) fueron sancionadas.

El caso del Oxígeno Líquido fue iniciado en el año 2001 por la CNDC en base a distintos reclamos realizados por hospitales que afirmaban que sólo podían obtener oxígeno medicinal por parte de su proveedor habitual contratado mediante licitación pública, ya que el resto de los competidores en el mercado siempre presentaban ofertas con precios más altos. El 8 de julio de 2005, las compañías involucradas en el cartel (Aga, Air Liquide, Indura y Praxair) fueron multadas con un total de \$70.300.000 (aproximadamente 24.5 millones de dólares, al momento del establecimiento de la sanción administrativa)[44].

El repaso jurisprudencial nos indica que resulta cada vez menos frecuente el encontrar evidencia directa y clara de la existencia del acuerdo de voluntades o “meeting of the minds” (como lo califican los tribunales norteamericanos)[45]. De tal manera las autoridades de competencia dependen cada vez más de la recolección y análisis de evidencia circunstancial a los fines de detectar y sancionar este tipo de conducta[46], so riesgo de que en sede judicial se considere insuficiente la prueba producida.

Si bien el uso de evidencia circunstancial es una práctica casi universal y resulta clave a la hora de investigar y sancionar posibles prácticas de cartelización, la autoridad de competencia debe ser muy cautelosa a la hora de interpretar dicha evidencia y arribar a una conclusión, en base a la misma, de que un cartel existe[47]. Además, en nuestro país existen garantías constitucionales del debido proceso que resultan aplicables en materia penal administrativa y que obligan a la CNDC a ser muy cuidadosa al momento de llevar adelante el procedimiento para así evitar que sus resoluciones se vean luego revocadas judicialmente[48].

El creciente foco de la CNDC en el control de fusiones[49] en desmedro de las investigaciones por conductas anticompetitivas, con más la limitación de recursos a nivel presupuestario y de personal ha derivado en que, en los últimos años, se experimentara una creciente demora en el análisis de los expedientes de conductas, que llegan a demorar aproximadamente cinco años para su conclusión.

Lo anterior sumado a que en los últimos años la CNDC ha analizado más de 200 casos de conductas donde el número de condenas ha sido considerablemente bajo (la mayoría de los casos fueron rechazados y archivados), pone en evidencia la necesidad de incorporar en nuestra legislación un programa de clemencia que permita identificar, investigar y sancionar más eficientemente los carteles en Argentina.

V. El programa de clemencia [\[arriba\]](#)

V.1. Introducción

Un instrumento que resulta cada vez más utilizado por las autoridades de competencia de muchas jurisdicciones en la lucha contra los carteles son los denominados programas de clemencia (leniency programs)[50]. Ya en el año 2006 el informe de la OCDE sobre el funcionamiento de la CNDC recomendaba que se redoblen los esfuerzos en la lucha anti-cartel, haciendo que la misma tenga “máxima prioridad dentro del organismo”. Consecuentemente, la OCDE recomendó adoptar un programa de clemencia[51].

Los programas de clemencia consisten en dar incentivos a las empresas para que se declaren culpables de haber incurrido en una conducta colusiva y brinden información y pruebas que sirvan para probar de manera directa la ocurrencia de la conducta en cuestión, incriminando así a las restantes empresas del cartel[52]. Dichos incentivos consisten en general en otorgarles inmunidad en los procesos que se llevan a cabo por las conductas en cuestión, o bien en reducirles sustancialmente las sanciones aplicables.

Debido a la creciente sofisticación bajo la cual operan los cárteles (telecomunicaciones encriptadas, cuentas de correo anónimas, lenguaje cifrado), se verifica asimetría entre el regulador y el cártel, y los métodos tradicionales de investigación se muestran insuficientes. Los programas de clemencia juegan un rol desestabilizador que se sirve de fuentes de información que se captan dentro del propio infractor. Esto se retroalimenta con el deber de cooperación que deben prestar las empresas o personas aplicantes durante la investigación, so riesgo de perder la exención o reducción de la multa[53].

La literatura económica sobre los efectos de los programas de clemencia coincide en que los mismos reducen el número de carteles rentables, aunque reconocen que podrían generarse efectos no deseados al volver más sólidos los carteles que todavía subsisten (al crear la

posibilidad de que las empresas usen dichos programas como una amenaza para aquellas otras empresas que estén pensando en desviarse del acuerdo colusivo)[54].

La experiencia internacional indica que en aquellos países en donde se introdujeron estos programas, se registró un notable incremento en la cantidad de investigaciones y, fundamentalmente, sanciones por cartelización, a punto tal que en la actualidad dichos programas son vistos como una herramienta fundamental a la hora de adoptar una política seria en materia de competencia y lucha contra los cárteles. Daniel Colgan[55] señala que “actualmente en la Unión Europea, el 90% de los cárteles que son sancionados se originan en expedientes de clemencia”.

V.2. Panorama internacional del programa de clemencia

Amén del análisis que se realizará en los apartados subsiguientes respecto del encuadre del Programa de Clemencia en el derecho empresario argentino, cabe reconocer que aquellos programas que se establecieron a nivel global se mostraron profundamente efectivos en la lucha contra los cárteles, y según el ex Presidente de la Comisión Federal de Comercio de Estados Unidos (Federal Trade Commission), Bill Kovacic, constituye una de las mayores innovaciones de las normas de competencia[56].

A modo de ejemplo, en los Estados Unidos el programa de clemencia corporativo e individual se implementó en 1978 y desde entonces constituye la principal herramienta que usa la División Antitrust del Departamento de Justicia de ese país para descubrir los acuerdos potenciales de cartel[57]. El éxito del Programa de Clemencia en los Estados Unidos ha sido de tal magnitud[58], que le ha servido de inspiración a una docena de jurisdicciones para la adopción del programa[59].

Siguiendo la tendencia iniciada por las autoridades estadounidenses de defensa de la competencia, la Unión Europea ha registrado en los últimos años un aumento significativo de las multas impuestas a las empresas halladas culpables de prácticas horizontales colusivas[60]. En palabras de Joaquín Almunia (ex autoridad de la Comisión Europea) “las multas deben permanecer altas porque las empresas deben entender que los cárteles no pagan”[61]. A partir del año 2002, dicho aumento se potenció como consecuencia de un incremento muy significativo en el número de casos por cartelización, originado en buena medida por la implementación de la política de clemencia establecida por la Comisión Europea.

Colgan no duda al afirmar que “el programa de clemencia en la Unión Europea es muy efectivo y la Comisión impone multas muy altas. A nivel internacional las multas impuestas por la Comisión tienden a estar entre las más elevadas. En los Estados Unidos, tradicionalmente, las multas impuestas por la DOJ y la FTC han sido más bajas, pero aún en el orden de los cientos de millones (pero no tan altas como las de la Comisión). Una de las filosofías legales detrás de esto es que mientras que en los Estados Unidos las demandas por daños (private enforcement) juegan un rol muy importante, en la UE esto está recién apareciendo. Pero la Comisión Europea ha dictado una Directiva de daños dirigida a crear una base uniforme para los reclamos por daños derivados de violaciones a las normas europeas de competencia, y una vez que sea implementada en los Estados Miembros, se puede esperar que se incrementen las demandas por daños. Entonces podríamos terminar en un escenario donde en la UE se impongan las mayores multas a nivel global y demandas por daños”. Y prosigue diciendo que

“la principal fuente de las investigaciones de cartel son las aplicaciones de inmunidad y de clemencia”.

Siguiendo a las jurisdicciones centrales antes mencionadas, con el correr de los años cada vez más países a nivel mundial fueron adoptando programas de clemencia de forma exitosa, y Latinoamérica no fue la excepción.

El primer programa de clemencia a nivel regional se estableció en Brasil en el 2000, y vigorizó la severidad del Conselho Administrativo da Defesa Económica - CADE- frente a los carteles. Recién en 2006 México incorporó la clemencia en su legislación y luego siguieron una decena de países como ser Panamá (2007), Perú y El Salvador (2008), Chile y Colombia (2009). Sin perjuicio del escaso camino transitado por las autoridades antitrust en la región, se empiezan a ver resultados de relevancia en lo que respecta a la efectividad de la clemencia como mecanismo de lucha contra los carteles[62].

A partir de la promulgación de la Nueva Ley, la Argentina incorpora el programa de clemencia en su ordenamiento, el cual se encuentran en proceso de diseño e implementación. El futuro es venturoso ya que las autoridades antitrust a nivel local le han asignado primordial importancia a reintegrarse a la comunidad internacional, reforzar las mejores prácticas antitrust y escuchar activamente las recomendaciones de la OCDE, de la ICN, de UNCTAD y de sus pares regionales más avanzados, en lo que respecta a la relevancia de la lucha contra los carteles a través de los programas de clemencia.

V.3. El programa de clemencia en nuestro ordenamiento

V.3.1. Aspectos generales del programa

V.3.1.a) Marco institucional como elemento central para la toma de decisión de aplicar a clemencia

- Ausencia de constitución del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia establecido bajo la LDC

Con anterioridad en este trabajo hemos dicho que uno de los principales cambios instaurados por la LDC fue la creación del Tribunal como autoridad antitrust[63], con carácter autárquico, lo que implica, por principio, que cuenta con personalidad jurídica propia y no está sometido a la potestad jerárquica de la administración central (cfr. art. 17 LDC). Además, sus miembros tienen amplias garantías de estabilidad e independencia.

Habiendo transcurrido diecisiete años desde la promulgación de la LDC y dieciséis desde la sanción del Decreto N° 89/2001 (el Decreto 89) reglamentario de la LDC (sancionado el 25 de enero de 2001)[64], aún no se llevó adelante la primera designación de los integrantes del Tribunal[65]. Y tal como se indicó en el punto 3.1 de este trabajo, la Ley N° 26.993 que reformó la LDC implicó un retroceso institucional al eliminar la figura del Tribunal. Y esto último fue derogado a partir de la sanción de la Nueva Ley, que trajo aparejada la introducción de la figura de la Autoridad Nacional de Competencia.

Afortunadamente, en el último año y medio se comenzaron a dar señales positivas al mercado en pos de la institucionalidad del organismo, a través de nuevas normas dirigidas a normalizar

la aplicación de la ley de competencia en Argentina[66]. En ese sentido, Greco sostuvo que “el tener una estructura formal con direcciones que nunca había tenido la Comisión, tener nuevas oficinas fuera del ministerio con un rol institucional clave, y la aplicación de la legislación, son todos pasos que se van dando en pos de la institucionalidad (...). Incluso antes de que salga la ley es importante dar al mercado señales positivas de institucionalidad”.

- Necesidad de construir un marco institucional serio e independiente como precondition para generar confianza en el sistema

Greco ha dicho que como resultado de la Nueva Ley “se establece en paralelo la aprobación del Programa de Clemencia y de una autoridad independiente de competencia: son dos cosas que deben ir juntas. Para que sea un programa creíble que brinde resultados y certidumbre a los participantes del mercado, es necesario que exista una autoridad independiente y normas claras respecto del proceso”.

En esa misma línea, Diego Póvolo[67] afirmó que “La falta de constitución del Tribunal durante estos años tiene potencialidad para afectar el instituto”, y que “el riesgo es que no haya independencia de los funcionarios en el ejercicio de sus funciones para implementar este sistema. La elección de los funcionarios y la estructura institucional del Proyecto no garantiza esta independencia del organismo. No parece ser que hubiera mucha libertad de elección, parece que lo va a elegir el Poder Ejecutivo, amén de las designaciones que se realicen en comisión hasta que se aprueben los concursos previstos en el proyecto. El temor es que una vez sancionada la ley y si los primeros pasos son en falso, prácticamente se aniquila el instituto”.

Adicionalmente al factor institucional antes mencionado, a nivel internacional ha quedado demostrado que debido al contenido altamente sensible y confidencial de las presentaciones de clemencia, resultará vital que exista un equipo o funcionario especialmente designado en la autoridad de aplicación para interactuar con los aplicantes y llevar adelante el programa. Resulta prudente recordar que el anteproyecto coordinado por Póvolo preveía la existencia de una Dirección de Clemencia, ante la cual se debía presentar la correspondiente solicitud de exención acompañada de toda la información y elementos de prueba que el aplicante disponga[68].

Póvolo ha afirmado recientemente que “es muy importante la forma en que se lleve a cabo el programa, inclusive la persona que esté a cargo del mismo y reciba las solicitudes. Por ejemplo, en Estados Unidos estaba Scott Hammond que sabía de todos los programas de clemencia en ese país, y los empresarios sabían a quién debían recurrir”.

Por su parte Greco se manifestó en un sentido similar, al decir que “debiera haber un área específica [de clemencia], pero que habrá que ver con que rango de estructura. Hoy no la tenemos porque no tenemos clemencia. Pero a partir de la nueva ley y con una nueva autoridad, la idea es que haya una secretaría de conductas anticompetitivas bajo la cual funcione una unidad de clemencia o gente designada especialmente para interactuar en estos temas”.

Así queda demostrado que la independencia de las autoridades de competencia constituye una característica internacional altamente deseable para la ejecución de las leyes de competencia, ya que una autoridad de competencia independiente “ejerce sus poderes y

aplica, interpreta y ejecuta las reglas de competencia en base a argumentos legales y económicos que encuentran sustento en principios reconocidos de políticas de competencia, libres de influencias o presiones políticas. Esto enaltece la consistencia y previsibilidad de las decisiones y crea un ambiente donde los agentes económicos y el público en general tiene confianza en el proceso mediante el cual la autoridad elige, investiga y resuelve sus casos”[69].

A lo largo de estos últimos años se vivió en carne propia a nivel local la influencia y presiones de la política económica sobre la defensa de la competencia[70] lo que generó un manto de dudas y desconfianza en el sistema, por lo cual en línea con los preceptos antes mencionados resultará un elemento central reconstruir la confianza y la institucionalidad en Argentina a efectos de lograr el éxito del programa de clemencia.

V.3.1.b) El factor internacional de este tipo de presentaciones y el intercambio de información entre agencias de competencia

En un mundo cada vez más conectado por las telecomunicaciones e integrado desde el punto de vista geopolítico, no es de extrañar que las autoridades de competencia del mundo estrechen lazos cada vez más fuertes y duraderos entre sí para llevar a cabo sus cometidos legales. De tal manera resulta una realidad de que existan cada vez más memorándums de entendimiento y cooperación entre las diferentes agencias de competencia, y que bajo ciertas condiciones legales se lleven a cabo cada vez más intercambios de información entre ellas.

Puntualmente la persecución global de carteles ha derivado en una creciente cooperación internacional y coordinación entre las autoridades designadas para permitir y facilitar las investigaciones “cross-border”. Mediante el esfuerzo de las organizaciones multilaterales - tales como la International Competition Network (ICN), la Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) y la International Bar Association (IBA)- se desarrollaron lineamientos y mejores prácticas que apuntan a armonizar las acciones de implementación antitrust[71]. Además, se han concluido numerosos acuerdos bilaterales para regir el nivel de asistencia e intercambio de información en caso de investigaciones conjuntas[72].

En esa misma línea, Greco sostiene que “hoy en día la cooperación e interacción internacional es muy importante y presenta tres planos: la cooperación a nivel de prácticas legislativas y de mejores prácticas de procedimiento, la capacitación de equipos, y las conversaciones con otras agencias para compartir información de casos a través de waivers que son otorgados por las empresas”.

Póvolo entiende que “el programa de clemencia va a mejorar exponencialmente el intercambio de información entre las agencias. Puede que una empresa se presente al programa al mismo tiempo en EE.UU. y en Argentina, y será necesario que exista entre dichas agencias un actuar coordinado para que no se filtre información y ponga en riesgo el programa cuyas primeras medidas deben ser muy precisas. Para eso es importante generar confianza y fortalecer la relación con otros reguladores en foros como ICN, OCDE, Naciones Unidas, donde existe una relación personal entre los funcionarios de las distintas agencias. Presumiblemente, la empresa miembro del cartel va a querer aplicar al programa en todos aquellos países donde opera y donde exista clemencia, y no excluir países de forma discrecional. Las preocupaciones que tengan las agencias centrales las tendrán que disipar de

la forma más profesionalmente posible, a través del intercambio de información con las agencias nacionales”.

Las agencias se tendrán que acomodar entonces a las necesidades de oralidad y evitar demoras en la traducción de documentos, debiendo primar la cooperación internacional en todas las etapas (solicitud, investigación, cierre, acuerdo). Se entiende así la necesidad imperiosa de formar equipos de profesionales especializados en investigar carteles en la región[73].

Por otra parte, el tema del intercambio de información resulta altamente sensible porque las presentaciones que se suelen realizar ante las autoridades antitrust a nivel mundial presentan carácter confidencial por tratarse de transacciones todavía no divulgadas al mercado, secretos comerciales y/o know-how altamente sensible, o bien por tratarse de conductas anticompetitivas cuya potencialidad para dañar la reputación de las empresas involucradas es elevada.

Al respecto Colgan opina que “la interacción entre agencias trae más incertidumbre para el sector privado: el intercambio de información es un elemento difícil de manejar porque depende de los tratados bilaterales entre las agencias (podrían coordinar allanamientos, informar que existe una investigación abierta en un sector dado), pero en términos de información que fue compartida por un aplicante, necesitarán obtener una dispensa (waiver) del aplicante para intercambiarse información entre ellos. Pero principalmente la cuestión de preocupación es que si con una sola autoridad ya existen niveles significativos de incertidumbre (¿cómo la agencia considerará el caso, si alguna otra cuestión emergerá durante la investigación, etc.), es de presumir que existirán múltiples focos cuantas más autoridades estén involucradas (¿analizarán el caso de la misma manera, otorgarán similares niveles de protección, saldrá a la luz alguna otra conducta desconocida, qué implicancias criminales u otros requerimientos legales?). Pero por otro lado, la cooperación entre autoridades ha contribuido a un mejor enforcement - por ejemplo, si tienes un cartel en la UE, EE.UU. y Corea, previo a la cooperación podía afirmarse que un cliente europeo con negocios en EE.UU. y algunas operaciones en Corea, realizaría presentaciones de clemencia en EE.UU. y en la UE, y excluiría a Corea. En la actualidad y dada la cooperación entre autoridades y especialmente con autoridades activas, ya no pueden ser excluidas”[74].

En esta misma línea, Póvolo sostiene que “el factor multi-jurisdiccional se presenta como un elemento de preocupación, y que todos los programas deben ser coordinados”.

Por su parte Scott Hammond[75] ha afirmado que “los Estados Unidos trabajan en base a una cooperación cercana con otras autoridades para identificar e investigar violaciones”[76], al punto tal que la División Antitrust también busca usar tratados y otros acuerdos bilaterales para extraditar individuos extranjeros cuyas conductas penales tengan impacto sustancial en el comercio de Estados Unidos, aunque hasta el momento tuvo éxito limitado en tal sentido[77]. Hammond también ha dicho que “la creciente intención de las jurisdicciones de cooperar entre sí en investigaciones de cartel necesariamente genera preocupaciones para los aplicantes, en relación a la confidencialidad de tanto su identidad como así también de la información que provee al gobierno. La política de la División Antitrust ha sido de tratar esta información como confidencial ante ausencia de acuerdo con el aplicante, previa divulgación por el aplicante, o por orden de una corte. Generalmente, el aplicante de clemencia tiene el control sobre el flujo de información entre gobiernos[78]. La práctica indica que la mayoría

de los aplicantes consienten en compartir su información con otras jurisdicciones investigadoras, por lo tanto tales países podrán coordinar sus investigaciones.

Pero existirían medidas que a nivel legal se podrían adoptar para mitigar dichos factores de preocupación. A modo de ejemplo, en Brasil el intercambio de información con autoridades extranjeras en casos de clemencia suele ser limitado, ya que los aplicantes de clemencia suelen formalizar los acuerdos vía contratos con la autoridad, donde los aplicantes negocian con CADE que ninguna información se pueda intercambiar o facilitar a autoridades extranjeras en relación a ciertas investigaciones como condición para la confesión de la práctica en Brasil[79].

En resumen, el abogado de negocios debe entender que la aplicación al programa de clemencia tiene potencialmente un contenido internacional cuyo dominio puede estar fuera de su alcance, que su país es uno más dentro de una serie de filings multi-jurisdiccionales, y que deberá trabajar fluidamente con el regulador y con sus colegas asesores de la casa matriz, siguiendo una estrategia unificada evaluada para todo el mundo, pero destacando las particularidades de forma y de fondo de la regulación local. No es menor el dato que muchas de estas empresas subsidiarias reportan estados contables a nivel consolidado en la casa matriz, por lo cual los asesores legales (tanto internos como externos) deberán tener aún mayor control de los alcances de las presentaciones que se realicen a lo largo del mundo.

V.3.1.c) Otros factores estratégicos generales a tener en cuenta

Como toda decisión que se adopta a nivel legal empresarial, la conveniencia o no de aplicar a un programa de clemencia no depende de un único factor ni mucho menos de conocer simplemente la letra de la regulación, sino más bien existen múltiples elementos que entran en juego y que no siempre son cognoscibles en un primer momento de forma clara para el empresario y/o para el abogado de negocios. Para dar un ejemplo, nos referimos al grado de involucramiento de la empresa en la conducta concertada, cantidad de funcionarios involucrados, rastros de la inconducta dejados en mails o memorándums internos, medidas de control, prevención y cumplimiento adoptadas internamente, universo de industrias y consumidores afectados, etc.

Más aún si se tratase de un cartel internacional que involucra presentaciones de clemencia multi-jurisdiccionales, la complejidad puede ser aún mayor por no contarse a nivel local con toda la información estratégica de las empresas involucradas en las jurisdicciones centrales (Estados Unidos, Unión Europea).

En Latinoamérica, se suma un factor adicional que consiste en la incertidumbre que genera la falta de experiencia del regulador y de las subsidiarias locales en el manejo de estos temas, y la ausencia de antecedentes a nivel jurisprudencial respecto del procedimiento, suministro de la información, tiempos y recursos que insumen este tipo de programas. Pese a ello, consideramos que el número de aplicantes a clemencia y el mismo desarrollo del instituto debieran ir aumentando en la medida que las agencias se vuelvan más experimentadas en el manejo del programa, y los agentes se pongan más cómodos reportando su participación y analizando sus riesgos civiles u otros que deriven de su aplicación[80].

Resulta interesante la jurisprudencia chilena sentada en el caso de los “Compresores” y la incidencia que tuvo el factor multi-jurisdiccional en el desarrollo del mismo. En 2009 la

Fiscalía Nacional Económica comunicó públicamente el primer caso donde se aplicó la normativa sobre delación compensada (o clemencia) a casos de colusión en Chile, contra Whirlpool S.A y Tecumseh Do Brasil Ltda., las dos principales proveedoras de compresores herméticos de baja potencia para la fabricación de refrigeradores en el mercado chileno. Los hechos constitutivos de la conducta ilícita fueron confesados por la empresa Tecumseh, partícipe del cartel, con motivo de la presentación de una solicitud de exención de multa, y para acceder a este beneficio la empresa proporcionó a la fiscalía antecedentes precisos, veraces y comprobables que representaban un aporte efectivo a la constitución de elementos de prueba suficientes para fundar el requerimiento. Uno de los elementos más interesantes fue que los antecedentes que Tecumseh entregó comenzaron con la confesión de la compañía de su participación en un cartel internacional que abarcaba varios continentes, y los acuerdos celebrados con la empresa Whirlpool respecto al mercado latinoamericano.[81]

En línea con lo anterior, Greco indicó que “se requiere un cambio cultural para salirse de los usos y costumbres y entonces delatar al otro miembro del cartel; la necesidad de concientizar cuáles son las reglas de juego y los procedimientos que debe cumplir la comunidad de negocios, donde en el pasado se mostraron señales contradictorias desde el Estado mismo, promoviendo la facilitación de coordinación o acuerdos entre empresas contrarios a la legislación de competencia”.

En este sentido la acertada medida dispuesta en el Capítulo VII de la Nueva Ley que endurece las multas administrativas por la comisión de conductas anticompetitivas, tiene por finalidad comunicarle a las empresas que los carteles no son rentables, y que por tal motivo las multas legales deben permanecer altas para así elevar el costo potencial de permanecer oculto en la ilegalidad y no salirse del cartel[82].

Colgan sostiene que “los elementos clave al momento de analizar una aplicación al programa de clemencia son -excluyendo el régimen de clemencia en sí- los reclamos por daños y perjuicios y las sanciones penales. Si tus directores corren el riesgo de ir a prisión, lo pensarás dos veces antes de aplicar. Luego tienes el factor interno del contexto, siendo la principal pregunta cuál es la chance de que esto salga a la luz. En otras palabras, si permaneces tranquilo y esperas a que el período de prescripción finalice, o bien si decides aplicar. Esto dependerá del grado de riesgo de que esto tome conocimiento público. Y adicionalmente tendrás varios factores subsidiarios, tales como: si el factor de riesgo no está claro, se deberá pensar qué valor agregado puedo ofrecer a la investigación”.

Por todos estos motivos el abogado de negocios debe procurar tener una visión amplia y pragmática al momento de encarar este tipo de trabajos, lo que significa saber la regulación y los precedentes extranjeros, y también procurar una comunicación directa con el management de la empresa y con los puestos operativos que pudieron haber estado expuestos a la conducta, y estar decidido a actuar urgente desde el primer momento y con una visión muy celosa de la alta confidencialidad y sensibilidad reputacional del proyecto.

Según Colgan “la decisión de aplicar a clemencia es muy estratégica: pueden presentarse casos donde transcurra medio año previo a aplicar porque la empresa decidió analizar los documentos y demás circunstancias, u otros casos donde se decidió aplicar durante el transcurso mismo del allanamiento, sin conocer otros factores. El espectro se determina cuando el cliente nos informa algo serio donde podemos ofrecer valor agregado a la investigación”, y prosigue diciendo que en este contexto “nunca sabremos quienes han

aplicado; podríamos llamar a la Comisión y preguntar si hay alguien en la puerta, pero no te informarán el nombre ni tu posición en el sistema de marcadores”.

V.3.2. Aspectos puntuales del programa

V.3.2.a) Elementos Materiales y Subjetivos: ¿En qué consiste la Clemencia y quiénes están legitimados para solicitarla?

El art. 60 de la Nueva Ley constituye el elemento central del Programa de Clemencia: si bien su texto es breve y conciso, se desprenden de él importantes efectos legales. Así el mencionado artículo establece que tanto las personas humanas y jurídicas que hubieren incurrido o estén incurriendo en una conducta anticompetitiva concertada, podrán darla a conocer y reconocerla al Tribunal, a la espera de recibir el beneficio de clemencia.

Corresponde analizar en detalle el mencionado artículo a efectos de identificar su trascendencia legal, que debiera dividirse en tres partes: (i) quiénes pueden aplicar al programa de clemencia; (ii) la obligación de dar a conocer y reconocer ante el Tribunal la ejecución de una conducta contraria a la LDC; (iii) la expectativa de recibir un beneficio a cambio de brindar dicha información y reconocer la conducta ante la autoridad de aplicación.

- Aplicantes al Programa de Clemencia

El punto (i) menciona que podrían aplicar a la clemencia tanto las personas humanas (físicas) y las personas jurídicas que en el pasado hubieren incurrido o actualmente estén incurriendo en un cartel o conducta anticompetitiva concertada. Se desprende del artículo una interpretación amplia respecto de los posibles aplicantes a clemencia, al referirse a toda persona física (llámese funcionarios, directores, gerentes, apoderados, síndicos o empleados) o jurídica (nótese que no se realiza ninguna distinción del tipo legal aplicable), que tengan relación pasada o actual con la conducta anticompetitiva.

Al respecto cabría preguntarse cuál sería el rol del oficial de cumplimiento en esta etapa del procedimiento, o el de los empleados que tomaren conocimiento de la conducta anticompetitiva concertada, pero que no incurrieron ni se encuentran incurriendo en la conducta.

La función del oficial de cumplimiento de la empresa consiste justamente en llevar adelante tareas de control para asegurarse el fiel cumplimiento por parte de la compañía de las leyes, regulaciones, normas, códigos organizacionales y con los principios de buena gestión y estándares éticos[83]. En otras palabras, “sus funciones no se limitan a una determinada área sino que son amplias (vg. corrupción, lavado de activos, peligros ambientales, información confidencial)”, y de momento solo existen normativamente en Argentina obligaciones de compliance respecto al lavado de activos y financiamiento del terrorismo, cuyo bloque normativo se comprende básicamente por la Ley N° 25.246 y sus modificaciones, las resoluciones de la Unidad de Información Financiera (UIF) y otros organismos de contralor que cumplen una función “coadyudante” en la materia, como el BCRA, CNV o la AFIP[84]. Por lo tanto, no pesaría sobre el compliance officer una obligación legal de denunciar la conducta anticompetitiva ante el regulador ni de aplicar al programa de clemencia, sin más bien

debiera reportarla internamente al Directorio de la empresa quien podrá (o no) aplicar a clemencia.

Con relación al rol que jugarán los empleados no involucrados en la conducta, entendemos que en principio los mismos no tendrían legitimación activa para presentar la solicitud de clemencia, por no haber participado de la conducta conforme lo requiere el art. 60. Sin embargo, nada obsta a que se constituyan por sí ante la autoridad de competencia, denuncien la conducta anticompetitiva y generen así el inicio de una investigación[85].

Cabe recordar el trabajo del Profesor Bill Kovacic titulado “Beyond leniency” donde, como elemento para impulsar mejoras en el procedimiento de investigación y detección anti-cartel, sugiere la introducción de incentivos adicionales para los informantes[86]. Clemencia es, según Kovacic, una forma de pagarle a los aplicantes: en los Estados Unidos, la clemencia le “paga” al informante a través del otorgamiento de una dispensa contra sanciones; y a través del incremento de incentivos para difundir la existencia de un cartel, se crearía inestabilidad interna, que es el enemigo principal de un cartel.

- Obligación de informar y reconocer la comisión de una conducta anticompetitiva, y la obtención de un beneficio como contrapartida

El punto (ii) y (iii) arriba mencionados serán tratados de forma conjunta por su relevancia legal.

El punto (ii) presupone la obligación por el aplicante de clemencia de difundir y reconocer ante el organismo la perpetración de su propia conducta anticompetitiva concertada. Quedarán sujetas a reglamentación ulterior las condiciones específicas bajo las cuales se deberá informar y reconocer la conducta, en línea con los deberes de información y cooperación que asume el aplicante, y que serán descriptos en detalle en los apartados siguientes.

En términos legales, el reconocimiento de la comisión de una conducta contraria a la ley derivaría en la apertura de oficio de un expediente de investigación y la posterior aplicación lisa y llana de las penalidades administrativas previstas en la LDC. Cabe también tener presente las posibles derivaciones de índole penal y civil que se pudieran suscitar a través de la promoción de acciones privadas por daños y perjuicios, y de acciones penales por violación del art. 300 y concordantes del Código Penal. Cobra así especial relevancia la posible incidencia del factor cultural y de compliance en las organizaciones Latinoamericanas, y en qué medida los directivos, empleados o personas involucradas en la conducta estarían dispuestos a delatar su propia inconducta a sabiendas de que ello podría acarrearles efectos legal adversos, en caso de no lograr el carácter de “beneficiarios” del programa. El tema es sumamente delicado y será analizado de forma pormenorizada más abajo.

Es por este motivo que el aplicante de clemencia decide brindarle al organismo información interna sobre la existencia del cartel, bajo la expectativa y el entendimiento de que recibirá los beneficios establecidos legalmente en el art. 60 de la Nueva Ley. Es decir, si se cumplen los requisitos legales aplicables, el aplicante no se debiera ver expuesto a las sanciones directas y/o indirectas resultantes del incumplimiento de la normativa aplicable.

V.3.2.b) Elementos Operativos: ¿Qué deberes acarrea la aplicación al Programa? ¿Cuáles son los posibles beneficios resultantes de una aplicación exitosa?

El art. 60 establece que para que el beneficio resulte aplicable, quién lo solicite deberá cumplir todos y cada uno de los requisitos establecidos en dicho artículo, según corresponda. De tal manera, se establecen tres institutos bien diferenciados: el beneficio de exención (inc. a), de reducción (inc. b) y el complementario (inc. c).

- Beneficio de exención

Bajo el inc. a) del art. 60 el aplicante de clemencia tendrá por principal objetivo que se le exima de la multa por su participación en un cartel, a cambio de ejecutar ciertos deberes de conducta para con la autoridad, conforme se describe a continuación:

Deber de aportar información: el pedido de clemencia procederá siempre y cuando:

(i) El Tribunal de Defensa de la Competencia no cuente con información o no haya iniciado previamente una investigación.

(ii) El aplicante sea el primero entre los involucrados en la conducta en suministrar la información y aportar elementos de prueba, y que a juicio del Tribunal le permitan determinar la existencia de la práctica.

(iii) Como excepción al supuesto (i), será también aceptado el pedido de clemencia si el Tribunal hubiera iniciado previamente una investigación pero hasta la fecha de la presentación de la solicitud, no contare con evidencia suficiente.

Adicionalmente, para que proceda el pedido el aplicante deberá ser el primero -entre los involucrados en la conducta- en suministrar información y aportar elementos de prueba, que a juicio del Tribunal permitan determinar la existencia de la práctica.

Otros deberes de conducta relacionados: además del deber de aportar información, el aplicante que desee ser exitoso en su petición deberá cumplimentar con una serie de deberes de “diligencia y lealtad” en el marco de la investigación que se está llevando adelante, a saber:

(i) Cesar de forma inmediata con su accionar concertado en el cartel, realizando a tal fin las acciones necesarias para concluir su participación en la práctica violatoria. No obstante, con el fin de preservar la investigación, el Tribunal podrá determinar la inaplicabilidad de este requisito.

(ii) Cooperar plena, continua y diligentemente con el Tribunal, desde el momento de la presentación de su solicitud y hasta la conclusión del procedimiento.

(iii) No destruir, falsificar u ocultar pruebas de la conducta anticompetitiva, ni haberlo hecho.

(iv) No divulgar o haber divulgado o hecho pública su intención de acogerse a este beneficio, a excepción que haya sido a otras autoridades de competencia.

- Beneficio de reducción

Si el aplicante no pudiese ser el primero -entre los involucrados en la conducta- en suministrar información y aportar elementos de prueba, que a juicio del Tribunal permitan determinar la existencia de la práctica, podrá aplicar al beneficio de reducción de la multa por su participación en el cartel (art. 60, inc. b).

La pretendida reducción oscilará entre el 50 % y el 20 % del máximo de la sanción que de otro modo le hubiese sido impuesta, y dependerá de que el aplicante:

(i) aporte a la investigación elementos de convicción adicionales a los que ya cuente el Tribunal, y

(ii) satisfaga los restantes requisitos otrora señalados de “diligencia y lealtad” en el marco de la investigación, a saber:

a. deber de cesar inmediatamente con su accionar en el cartel,

b. deber de cooperar con el Tribunal,

c. deber de no destrucción, falsificación u ocultamiento de pruebas, y

d. deber de no divulgar o hacer pública su intención de acogerse a la clemencia.

La Nueva Ley también establece que, con el fin de determinar el monto de la reducción, el Tribunal tomará en consideración el orden cronológico de presentación de la solicitud. En otras palabras, el aplicante que se presente en segundo lugar tendrá un porcentaje de reducción más alto que el tercero, y así sucesivamente.

- Beneficio Complementario (también llamado “leniency plus”)

El aplicante que no esté en condiciones de cumplir con los requerimientos exigidos en la Nueva Ley para la exención de multa (art. 60 inc. c), por no ser el primero en suministrar la información y aportar elementos de prueba, o bien por no haber dado cumplimiento a los deberes de diligencia y lealtad allí establecidos, podría recurrir al beneficio complementario del art. 60 inc. c) de la Nueva Ley.

Este beneficio presupone la existencia de dos conductas anticompetitivas: una que se encuentra bajo investigación de la autoridad, y una conducta anticompetitiva concertada adicional que todavía no ha salido a la luz. Así, el beneficio complementario establece que la persona humana o jurídica que durante la substanciación de la conducta investigada, revele y reconozca una segunda conducta concertada, cumplimentando los requisitos del art. 60 inc. a) sobre suministro de información, prueba y colaboración con la autoridad, se le otorgará:

(i) exención de las sanciones establecidas respecto de la segunda conducta concertada.

(ii) reducción de un tercio (1/3) de la sanción o multa que de otro modo le hubiese sido impuesta por su participación en la conducta bajo investigación.

V.3.4. El manejo de la información como elemento central del programa de clemencia

Como vimos previamente, el suministro de información resulta una pieza clave del régimen ya que el aplicante -en pos de obtener un beneficio de exención o reducción de la multa que fuere aplicable por la comisión de una conducta anticompetitiva- estará colaborando con la autoridad para delatar a los demás participantes del cartel y de ese modo proveer las herramientas adecuadas para que el regulador adopte las medidas necesarias (allanamientos, requerimientos de información, etc.) dirigidas a desarticular y sancionar el acuerdo anticompetitivo.

Colgan resulta muy claro en este sentido al sostener que “la obligación que tiene la empresa que coopera en lo referente al suministro de información es una obligación estricta - tienes el deber de presentar cualquier elemento en tu posesión que pudiera ser relevante para la Comisión. Si no lo haces, ello podría representar una violación fundamental al deber de cooperación y por ende la pérdida del beneficio de reducción. Por lo que no debiera existir una estrategia amplia de selección de la información que se provee al regulador”.

Y -amén de las particularidades que debiera cumplir la información aportada a la autoridad-, bajo el programa el aplicante tiene el deber de aportar información relevante, y como contrapartida tendrá derecho a que se le asigne trato confidencial a su información (aunque este último tema presenta matices que serán analizados más abajo).

- ¿Qué tipo o clase de información se debe aportar para aplicar exitosamente al programa?

De la Nueva Ley se desprende que la información que se le aporte a la autoridad debe ser relevante para la investigación y aportar pruebas determinantes. Hasta la fecha no se sabe con precisión qué tipo de información le resultará suficiente a la autoridad para tomar en cuenta la aplicación de clemencia, lo cual brinda un manto de inseguridad jurídica preliminar a todo aquél que considera una eventual aplicación al beneficio. Nótese que al aplicar a clemencia, las empresas estarán aportándole a la autoridad información sobre su propia inconducta.

Por tal motivo Póvolo sostiene que “sería bueno tener lineamientos en cuanto a la información aportada en la clemencia, pero que sea bastante genérico porque va a haber que aplicarlo caso a caso, pero servirá para generar confiabilidad y quitar discrecionalidad en el otorgamiento de los beneficios. Hay cosas que no pueden dejar de estar: los mercados involucrados, productos, donde se reunían, como se llegaban a los acuerdos, lo que sirve para las pruebas y que ello pueda corroborarse para terminar de cerrar las pruebas y condenar. Esto sirve para evitar otros problemas vinculados a acusaciones cruzadas de falsa denuncia”.

De igual manera se expresa Greco quien afirmó que “eso va a requerir lineamientos específicos al respecto. Respecto del Proyecto recibimos comentarios de distinto tipo, muchos de los cuales se referían a cómo implementar el tipo de información requerida. Creemos que muchos de esos comentarios son útiles para normas de menor rango que la ley. Se prefirió

dejar los grandes lineamientos en la ley, y hay muchos otros temas que deberán ser abordados con normativa específica”.

En Perú la Guía del Programa de Clemencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI)[87] establece en su apartado 6.2 que la aplicación de clemencia debe contener cierta información mínima, que debe ser suficiente para absolver las siguientes preguntas en relación con el cártel denunciado:

¿Qué tipo de conducta desarrolló el cártel?

¿Qué producto o servicio fue materia del cártel?

¿Qué agentes económicos y facilitadores participaron del cártel?

¿Qué periodo aproximado comprendió el acuerdo?

¿Qué extensión geográfica aproximada habría sido afectada?

Más allá de la necesidad de brindar certidumbre a los aplicantes a través de una regulación que establezca las pautas mínimas que deberá contener la información aportada, se plantea otro interrogante que nos obliga a trazar una delgada línea entre el beneficio máximo de la clemencia (exención de multa) y los restantes beneficios (reducción de multa).

Nos preguntamos qué tipo de información debiera aportar el segundo aplicante (aspirante a una reducción) y que fuera todavía relevante para la investigación. Por favor notar que se supone que el mayor valor agregado a la investigación lo facilita el primer aplicante que aspira a una eximición.

Póvolo coincidió que “para la reducción [de la multa] la vara debe ser aún más alta [que para la eximición]. Según la experiencia de sanciones aplicadas en Argentina y como prosiguieron los expedientes por los recursos planteados (debidamente probadas por la autoridad que no fueron pagadas por temas de prescripción), desde el punto de vista de la agencia igualmente hay que sopesar que la confesión, la aceptación de la multa y el pago valen mucho -en otras palabras, si la agencia acepta la reducción, se cobra la multa y allí se termina; sino pueden pasar muchos años, apelaciones mediante- hasta que la multa se pueda cobrar”.

La Guía del Programa de Clemencia del INDECOPI introduce en su apartado 3.3. el concepto de “valor agregado significativo”, al cual refiere de manera no exhaustiva, como el “aporte de elementos de juicio (bajo cualquier formato o soporte) que representen evidencia directa de la ilegalidad del cártel revelado o de información que no necesita ser corroborada o sustentada en fuentes adicionales, así como otra documentación física (p.e. actas o anotaciones), electrónica (p.e. comunicaciones) o cualquier otro tipo de información, independientemente del soporte, que objetivamente permita a la autoridad reforzar la imputación inicial o incrementar de manera sustancial sus posibilidades de comprobar la existencia de la infracción investigada e imponer sanciones a los responsables.” Y prosigue diciendo que “podrá considerarse como información que otorga un valor agregado significativo aquella que refuerce la imputación inicialmente planteada, por ejemplo, porque permite ampliar el período de la infracción, imputar a otros participantes o ampliar el

mercado investigado. Se tomará en cuenta la naturaleza de las pruebas o su nivel de detalle. En esta evaluación, se concederá generalmente más valor a las pruebas documentales que daten del periodo en que se produjeron los hechos que a las pruebas establecidas posteriormente. Del mismo modo, los elementos de prueba incriminatorios directamente relacionados con los hechos en cuestión se considerarán, en general, de mayor valor que aquellos que solo guarden relación indirecta con aquellos. Finalmente, se tomará en cuenta el grado de corroboración de otras fuentes que resulte necesario para poder utilizar las pruebas presentadas contra otros participantes del cártel.”

De tal manera pensamos que el lineamiento que se dicte al efecto también debiera expedirse sobre los contenidos mínimos que debiera cumplir aquella información aportada por el segundo o tercer aplicante. No obstante, observamos que al afrontar el tema las autoridades podrían tener una visión pragmática del instituto y sopesar en su decisión de otorgamiento (o no) de la reducción:

- (i) la calidad de la información adicional aportada a la investigación,
- (ii) el grado de cooperación y diligencia observadas por el aplicante durante el procedimiento y,
- (iii) otro tipo de implicancias positivas que la petición de reducción podría tener para la agencia y para el procedimiento en general, como ser, la confesión y aceptación de la conducta, la determinación y cobro de la multa administrativa, mayor eficacia en términos de tiempos y recursos destinados a la investigación, etc.

- ¿Cómo se presenta la información?

La Nueva Ley no establece nada en específico respecto de las formas que debe cumplir la documentación y/o información que se aporte a la autoridad. Muy probablemente con posterioridad a la promulgación de la reforma se establezcan lineamientos generales sobre el tema. Sin embargo, pensamos que legalmente nada obstaría a que se permita que la aplicación sea verbal o escrita.

Colgan nos expone la experiencia europea al indicar que “por motivos de confidencialidad y privilegio legal -a los efectos de evitar la divulgación [hacia terceros, por ej. las cortes norteamericanas] de la información aportada a la autoridad, por los riesgos inherentes a demandas de daños- muy frecuentemente se recomienda que las empresas realicen una exposición oral ante la Comisión, y donde todo se graba. De esta manera, en una etapa ulterior a la denuncia, se podrían aportar pruebas de modo oral o como documentación escrita”[88].

También cabe tener presente que al momento de evaluar si corresponde otorgar el beneficio del programa, las autoridades evalúan no sólo la relevancia de las pruebas aportadas a la investigación sino también el grado de cooperación y diligencia mostrado durante el procedimiento. Al respecto, un alto funcionario de la Dirección de Competencia de la Comisión Europea que pidió mantener su identidad reservada indicó que “la habilidad para que el regulador tenga un buen caso [de clemencia] depende en la calidad de la aplicación de clemencia. Y muchas veces las partes tienen un incentivo de presentar la menor cantidad de información para obtener el beneficio. En otras palabras, buscan obtener la inmunidad

pero al mismo tiempo mantener oculta la mayor cantidad de información posible por temor a los eventuales reclamos de daños”.

Es por esto que será un elemento clave que la autoridad cuente con información precisa, concreta y correcta del aplicante, respecto de las empresas involucradas, los mercados afectados, la duración de la conducta, espacio geográfico comprometido, etc. En esa línea Póvolo sostuvo que “facilitar información a la autoridad a sabiendas de que la misma es incorrecta resultará automáticamente en la pérdida del beneficio, sin perjuicio de las demás penalidades que fueren aplicables. Ahora bien, podría suceder que en el marco de empresas grandes que actúan en muchos mercados no se cuente con la información relevante en un momento dado. Esto también se puede presentar en procesos de compra de empresas, donde el comprador puede llegar a desconocer ciertos detalles de la operación de la empresa adquirida. En este tema también vale la pena tener presente que existen programas de compliance, cuya finalidad es que las empresas cumplan internamente con las normativas y políticas aplicables y se lleven adelante procesos adecuados para un correcto suministro de información”.

En este sentido, pensamos que al analizar estas cuestiones no se debe perder de vista el espíritu perseguido por el programa, cual es obtener pruebas relevantes que le permitan a la autoridad evidenciar la conducta colusoria de forma eficaz, eficiente, llevando adelante los allanamientos o requerimientos de información que correspondan, siempre respetando el derecho de defensa de las empresas investigadas y demás garantías procesales aplicables[89].

En resumen, la autoridad debiera buscar otorgar incentivos para conseguir tales objetivos sin imponer mayores formalidades que las que se requieran legalmente para fines probatorios y de debido proceso adjetivo.

- ¿Cuándo se presenta la información?

Partiendo de la base de que las conductas anticompetitivas concertadas son una de las violaciones más graves a las normas de competencia, el programa incentiva a que sus mismos participantes desarticulen y desestabilicen el cártel lo antes posible, a través del relato y pruebas que le brinden a la autoridad.

El nivel del beneficio al que aspire cualquier aplicante será entonces determinado mediante un sistema de marcadores u orden de llegada a la puerta de la autoridad. En este sentido Póvolo afirmó que “el programa de clemencia implica una carrera hacia la autoridad, servirá como disparador”. La Nueva Ley promueve así que el primer aplicante obtenga un beneficio mayor -eximición de la multa (art. 60 inc. a)- que los siguientes -una reducción que va del 50 al 20 % (art. 60 inc. b)-[90].

Por ejemplo, las normas de competencia de Brasil prevén que se podrá obtener un marcador incluso previo a presentar evidencias de la violación, para así asegurarle al aplicante que es el primero en calificar para el beneficio. En tal sentido, el marcador se puede solicitar por escrito u oralmente y el aplicante debe indicar: (i) sus datos de contacto; (ii) los datos de contacto de los otros participantes de la conducta; (iii) los productos o servicios afectados por la violación; (iv) el ámbito geográfico involucrado; (v) la duración de la conducta, de ser posible. En el transcurso de los tres días posteriores la autoridad emite el marcador, y la propuesta de clemencia se debe presentar en el término de treinta días[91]. Este sistema

presenta similitud con el régimen de marcadores de la Unión Europea[92] y Estados Unidos[93].

Cabe también tener presente el rol clave que tendrán las investigaciones de mercado (tanto a nivel local como así también internacional) en el contexto de la mencionada carrera a la autoridad y sistema de marcadores. En tal sentido Póvolo sostuvo que “el mero anuncio de una investigación de mercado será un disparo de largada para la clemencia, los que están en ese mercado estarán más susceptibles para denunciar el cartel. Las investigaciones serán en ese sentido complementarias al programa de clemencia”. Así, la apertura de una investigación en Estados Unidos o en Europa respecto de productos que se exportan a la Argentina, podría ser elemento más que suficiente para que la Comisión inicie una investigación de oficio a nivel local.

Vale tener presente que la CNDC se encuentra muy activa en lo que respecta a este tipo de investigaciones, ya que en este momento se encuentran abiertas investigaciones en múltiples mercados: (i) de insumos (aluminios, aceros, petroquímicos, cemento), (ii) bienes de consumo masivo (carne vacuna, productos lácteos, jabón para la ropa, aceite comestible), (iii) servicios (tarjetas de crédito, servicios móviles, transporte de pasajeros interurbano) y (iv) otros (medicamentos)[94].

A nivel estratégico, la Guía del Programa de Clemencia elaborada por INDECOPI establece en su apartado 6.1 que “debidamente identificados, los representantes o asesores legales de los agentes económicos podrán realizar consultas acerca de la disponibilidad de marcadores, no siendo necesaria la identificación del agente económico. En tal sentido, las consultas sobre la disponibilidad de marcadores podrán ser planteadas de manera anónima y en términos hipotéticos. Por sí misma, una consulta sobre la disponibilidad de marcadores no será considerada como el reconocimiento de una infracción o la aceptación de algún tipo de responsabilidad.”

V.3.5. Elementos procesales y de procedimiento

V.3.5.a) Confidencialidad de la información

Previamente habíamos dicho que bajo el programa de clemencia el aplicante tiene el deber de aportar información relevante a la autoridad, al tiempo que como contrapartida tiene derecho a que se le asigne carácter confidencial a dicha información. Así lo establece el art. 60 inc. d) de la Nueva Ley que reza lo siguiente:

“d) CONFIDENCIALIDAD Y LÍMITES DE EXHIBICIÓN DE PRUEBAS

El Tribunal de Defensa de la Competencia mantendrá con carácter confidencial la identidad del que pretenda acogerse a los beneficios de este artículo. Los jueces competentes en los procesos judiciales que pudieren iniciarse conforme lo dispuesto bajo la presente ley, en ningún caso podrán ordenar la exhibición de las declaraciones, reconocimientos, información y/o otros medios de prueba que hubieren sido aportados al Tribunal de Defensa de la Competencia por las personas humanas o jurídicas que se hubieren acogido formalmente a los beneficios de este artículo. La reglamentación de esta ley, establecerá el procedimiento conforme al cual deberá analizarse y resolverse la aplicación del beneficio en este artículo.

En el caso que el Tribunal de Defensa de la Competencia rechazara la solicitud de acogimiento al beneficio del presente artículo, 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. La información y prueba obtenida en el marco de una solicitud rechazada no podrá ser utilizada por la Autoridad Nacional de la Competencia. No podrán divulgarse las solicitudes rechazadas”.

A los efectos de un análisis correcto del tema cabe separar este inciso en tres partes: (i) la confidencialidad que el Tribunal deberá mantener respecto de la identidad del aplicante; (ii) la orden dada a los jueces competentes en procesos judiciales por cuestiones de competencia, con relación a la no exhibición de documentos e información aportados al Tribunal por quienes se hubieren acogido al beneficio; (iii) reglamentaciones posteriores sobre el tema.

Previo a seguir avanzando no se debe olvidar que bajo el programa de clemencia el aplicante le informa a la autoridad respecto de la comisión de una conducta anticompetitiva concertada y reconoce asimismo haber formado parte de ella. La confidencialidad de la información juega así un rol esencial como forma de minimizar potenciales reclamos posteriores por los daños y perjuicios generados directa o indirectamente a cualquier tercero a raíz del cartel.

- Confidencialidad que el Tribunal deberá mantener respecto de la identidad del aplicante

Queda claro del texto de la Nueva Ley que la identidad del aplicante debe ser mantenida de forma confidencial por el Tribunal. Dando un paso adelante, cabe preguntarse si todo tipo de documento -sin importar cual fuere- reviste automáticamente el carácter de confidencial por el mero hecho de ser presentado ante el Tribunal en el marco del expediente de clemencia.

Al respecto Póvolo afirmó que “sobre confidencialidad de la información solicitada por el solicitante - hay diversas instancias y sobre distinto tipo de documentos. Seguro tiene que haber confidencialidad cuando el aplicante va a solicitar la incorporación al programa y que lo reciba el funcionario específico a cargo. Allí la confidencialidad debe ser extrema, no puede enterarse nadie más. Gente que trabaja de forma no espejada con el tribunal. Una vez aceptado el programa y comenzado el procedimiento, allí hay un momento que debe dejar de ser confidencial, al menos en parte”.

Al respecto Colgan agrega que “a nivel europeo se dictó una directiva a partir de la cual se implementó un sistema de tres niveles de información (i) aquella que necesita ser divulgada (emails con los arreglos del cártel - evidencia) que no tiene confidencialidad; (ii) material gris (que debe ser divulgado sólo cuando finalice la investigación de la autoridad); (iii) material clasificado (aplicación de clemencia) siempre eximido de divulgación. Hubo un caso en el pasado a nivel europeo (Pfeiderer) donde la Comisión buscó asegurarse que el sistema todavía se mantenga en pie, pero al final del día existen muchas dudas”.

En este aspecto resultarán claves las pautas de confidencialidad entre reguladores y regulados: la discreción de los reguladores en el uso de la información provista por el aplicante y la construcción de credibilidad para administrar exitosamente el proceso de investigación del cartel[95].

Un lugar destacado en lo que hace a la confidencialidad de la información tiene que ver con el secreto profesional que ampara a la relación abogado - cliente. En efecto, todo abogado

de empresa o funcionario que esté considerando aplicar al programa de clemencia deberá tener presente el alto grado de sensibilidad y confidencialidad de la información que va a manejar, por tratarse del mismísimo reconocimiento del cliente (sea verbal o escrito) de la comisión de una conducta de carácter anticompetitivo, y de las pruebas que acreditan su involucramiento en el hecho. A partir de esta realidad, el abogado y su cliente deberán trazar una estrategia legal de carácter colaborativa con el regulador a efectos de aportar información relevante para la investigación y tratar de obtener el mayor grado de confidencialidad posible para la misma, al tiempo de hacerse merecedores del beneficio de clemencia.

En este contexto estratégico será altamente aconsejable que todos los correos electrónicos entre abogado/cliente, memorándums legales, notas y/o cualquier otro documento producido por los abogados lleven la leyenda de “Documento Confidencial protegido por Secreto Profesional”, lo que ayudará a mantenerlos identificados y debidamente protegidos en caso de que se produzca un allanamiento sorpresa en la propia empresa o en el estudio jurídico.

Al afrontar tales procedimientos será también importante recordar la protección legal que prevé la Ley N° 23.187 que regula los requisitos para el ejercicio de la profesión de abogado en la Capital Federal, que establece que “son derechos específicos de los abogados, sin perjuicio de los acordados por otras disposiciones legales (...) e) La inviolabilidad de su estudio profesional, en resguardo de la garantía constitucional de la defensa en juicio. En caso de allanamiento, la autoridad competente que hubiere dispuesto la medida deberá dar aviso de ella al Colegio al realizarla, y el abogado podrá solicitar la presencia de un miembro del Consejo Directivo durante el procedimiento, sin que ello implique suspenderlo” (art. 7).

Resulta además sumamente interesante el tratamiento que recibe el tema de la confidencialidad en las jurisdicciones centrales:

(a) en la Unión Europea: la información y documentos comunicados a la Comisión Europea bajo el Programa de Clemencia son tratados de forma confidencial. En la práctica, la Comisión no revela públicamente la identidad del aplicante a clemencia mientras la investigación continúe. Ahora bien, en el pasado la Comisión ha intentado limitar la producción de documentos confidenciales en los procedimientos de daños y perjuicios. Esta materia se encuentra fuertemente discutida en la UE, al sopesar la efectividad del programa de clemencia (a través del mantenimiento de la confidencialidad de los documentos aportados a la investigación de la Comisión) versus el derecho al acceso a la información por parte de aquella parte que sufrió un daño por una actividad cartelizada y que tiene legítimo derecho a pedir compensación[96].

En efecto, en junio de 2011 la Corte de Justicia Europea (“CJE”) se promulgó en el caso Pfleiderer en relación a cuándo los litigantes podrían obtener materiales enmarcados bajo el programa de clemencia. La CJE hizo notar que las leyes de la UE no previenen automáticamente la divulgación de la presentación realizada por el aplicante a clemencia, en procedimientos judiciales posteriores cuando tal divulgación fuere requerida por ley nacional. Sin embargo, en lugar de trazar una línea definitiva, la CJE concluyó que cada Estado Miembro de la UE debía determinar sus propias reglas a ser aplicadas a tales pedidos, balanceando las preocupaciones de que la divulgación socave la efectividad del programa de clemencia, versus la necesidad de asegurar que no sea indebidamente difícil para las partes

que inicien acción por daños para recuperar las pérdidas derivadas de violaciones a las leyes de competencia.

Adicionalmente al caso Pfleiderer, los potenciales aplicantes a clemencia y litigantes deben tener presente las reglas de transparencia contenidas en la Regulación UE 1049/2001, que le otorga a los ciudadanos y compañías de la UE el derecho al acceso a documentos recolectados por, o en posesión de, las Instituciones Europeas[97]. Eventualmente, no obstante, ciertos detalles de la investigación de cartel y del involucramiento del aplicante se harán públicos en la decisión final de la Comisión y en el comunicado de prensa que emita[98].

(b) en Estados Unidos: existe una presunción de que los documentos archivados en un expediente de investigación no deben ser divulgados, bajo el entendido de que la divulgación puede socavar la protección de intereses comerciales de las partes involucradas y el propósito mismo detrás de la investigación. No obstante, la parte requirente podría demostrar que un documento en particular no está cubierto con esa presunción, ante lo cual deberá probar la necesidad de la divulgación y especificar las piezas o categorías probatorias de forma precisa y estrecha de la mejor forma que se pueda, en base a los hechos que razonablemente tiene a su alcance[99].

En este sentido la División Antitrust del Departamento de Justicia se comprometió a un Programa de Clemencia justo y transparente[100], siguiendo principios de necesidad, razonabilidad, proporcionalidad y de protección de la información confidencial. Por tal motivo aquellos pedidos de divulgación genéricos o amplios serían desproporcionados y por ende rechazados. En otras palabras, ante la ausencia de la demostración de tal necesidad, el interés del reclamante en obtener la reparación por los daños no puede sobrepasar un interés público, justificando la divulgación bajo las leyes de transparencia. Por tales motivos, las decisiones en cuanto a dispensar la confidencialidad serán estratégicas y objetivas, y el abogado necesitará hacer una evaluación caso por caso[101].

(c) en Argentina: debido a la ausencia de antecedentes a nivel local, resulta probable que nuestra jurisprudencia en la materia se comience a forjar a partir de los criterios europeos y norteamericanos antes mencionados, en la medida que no contravengan la legislación local aplicable.

No obstante, resulta relevante al tema bajo análisis que en Argentina existe desde septiembre de 2016 la Ley N° 27.275 de Derecho de Acceso a la Información Pública, que tiene por objeto “garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública, promover la participación ciudadana y la transparencia de la gestión pública” (art. 1).

Según los principios enunciados en dicho artículo, toda la información en poder del Estado se presume pública salvo las excepciones previstas por ley, que deben ser excepcionales y formuladas en términos claros y precisos. Por su parte, la interpretación de las disposiciones de la ley o de cualquier reglamentación del derecho de acceso a la información debe ser efectuada, en caso de duda, siempre en favor de la mayor vigencia y alcance del derecho a la información (in dubio pro petitor).

El derecho de acceso a la información pública comprende la posibilidad de buscar, acceder, solicitar, recibir, copiar, analizar, reprocesar, reutilizar y redistribuir libremente la información bajo custodia de la Administración Nacional y otros sujetos mencionados en la

ley (art. 2), y puede solicitarla toda persona humana o jurídica, pública o privada, no pudiendo exigirse al solicitante que motive la solicitud, que acredite derecho subjetivo o interés legítimo o que cuente con patrocinio letrado (art. 4).

La ley prevé en su art. 8 ciertas excepciones a la obligación de proveer la información, como ser -entre otras- que la información consista en secretos industriales, comerciales, financieros, científicos, técnicos o tecnológicos cuya revelación pudiera perjudicar el nivel de competitividad o lesionar los intereses del sujeto obligado (inc. c)[102], comprometa los derechos o intereses legítimos de un tercero obtenida en carácter confidencial (inc. d) o bien que la información se encuentre protegida por el secreto profesional (inc. h).

Por lo tanto, al momento del inicio del programa de clemencia será muy importante estar atento a cómo se aplica esta ley tan reciente de acceso a la información pública, y de ese modo determinar el grado de impacto que pudiera tener frente al derecho de confidencialidad que tiene todo aplicante de clemencia conforme surge de la Nueva Ley.

- Los jueces competentes en procesos judiciales por cuestiones de competencia no deben exhibir documentos e información aportados al Tribunal por quienes se hubieren acogido al beneficio

El citado artículo prosigue diciendo que “Los jueces competentes en los procesos judiciales que pudieren iniciarse conforme lo dispuesto bajo la presente ley, en ningún caso podrán ordenar la exhibición de las declaraciones, reconocimientos, información y/o otros medios de prueba que hubieren sido aportados al Tribunal de Defensa de la Competencia por las personas humanas o jurídicas que se hubieren acogido formalmente a los beneficios de este artículo”.

Se vuelve aquí sobre la necesidad de otorgar incentivos para que los aplicantes vean debidamente resguardada la confidencialidad de la información que aporten a la investigación administrativa, que las empresas confíen en el sistema, que existan la mayor cantidad de casos de clemencia posibles y que el programa comience a operar. Al respecto Greco sostuvo que “nosotros tratamos de que el programa sea lo suficientemente abarcativo para dar los mayores incentivos a presentarse en el programa, incluso que pueda aplicar para que no exista obligación de compensación de daños para quien se presente, pero hay cuestiones que pueden exceder a la legislación”.

Este incentivo funciona como una bisagra entre (i) el derecho de confidencialidad de quien se acoja al beneficio de clemencia, en relación a las pruebas e información relevante facilitada a la autoridad en el marco del procedimiento administrativo y (ii) el derecho de todo aquel perjudicado directa o indirectamente por la conducta anticompetitiva concertada, de acceder a información sensible y demás elementos probatorios que fueran oportunamente aportados a la autoridad, y que serán determinantes para que un juez en lo civil dictamine la reparación patrimonial del infractor por los daños y perjuicios ocasionados.

Sobre este punto en particular Póvolo opinó de forma precisa que “en el proyecto se agregaron cuestiones de confidencialidad respecto de los jueces, y yo pienso que ello frente a una prueba que evidencie un daño no resiste la prueba de constitucionalidad. Igual en Argentina hasta que se den acciones civiles de clase van a pasar varias décadas”.

El tema resulta muy interesante y si en un futuro no muy lejano comenzaren a aumentar el número de demandas por daños y perjuicios por la comisión de conductas anticompetitivas concertadas (el cual hoy resulta insignificante), se pondría más presión sobre la adecuada interpretación y alcance que se le debe asignar a esta parte de la Nueva Ley. Los antecedentes europeos y norteamericanos en la materia nos servirán como base de análisis.

Ahora bien, en tanto el private enforcement en Argentina continúe en un letargo, el citado precepto servirá únicamente como un incentivo para que cada vez más empresas apliquen. En palabras de Póvolo “el hecho que esté en la ley será un elemento más que analice la empresa para aplicar al programa: se ofrece una semi-garantía más”.

- Reglamentaciones ulteriores que se dicten sobre confidencialidad

Finalmente el inciso establece que “La reglamentación de esta ley, establecerá el procedimiento conforme al cual deberá analizarse y resolverse la aplicación del beneficio en este artículo”. Esto será un elemento central para que los aplicantes sepan con precisión a qué atenerse en cuanto a la confidencialidad de la información que fuere aportada a la investigación administrativa. De tal manera podrán sopesar los posibles beneficios de la aplicación de clemencia, frente a los riesgos ciertos de que la información aportada sea publicada y de tal modo convertirse automáticamente en un elemento probatorio esencial para todo aquél que estaría legitimado para iniciar una demanda por daños y perjuicios[103].

Con buen tino se ha agregado al final de este inciso que, en caso de rechazarse el beneficio, el Tribunal no podrá considerar la solicitud de clemencia como reconocimiento o confesión de la ilicitud de la conducta ni divulgarla, y tampoco podrá ser usada por la Autoridad Nacional de Competencia.

La reglamentación que se dicte al efecto también debiera prever que los funcionarios públicos que tuvieran acceso a la información a la que el Tribunal hubiera concedido el carácter de confidencial, o que sea confidencial de acuerdo con lo establecido en otras leyes aplicables, estén obligados a reservar la información para sí, quedando alcanzados por las disposiciones del Art. 3° de la Ley N° 24.766 ante la divulgación de dicha información o su utilización para otros fines distintos a los contemplados en la LDC, sin perjuicio de las demás responsabilidades que pudieran corresponder[104].

V.3.5.b) Procedimiento de aplicación al beneficio

El art. 61 de la Nueva Ley establece que no se podrá aplicar al beneficio de exención o reducción de las sanciones o multas, de manera conjunta por dos o más participantes de la conducta anticompetitiva concertada.

No obstante, y siempre que se cumplan los requisitos de información y diligencia previstos en el art. 60, podrán aplicar conjuntamente la persona jurídica involucrada en la conducta anticompetitiva concertada, sus directores, gerentes, administradores, síndicos o miembros del Consejo de Vigilancia, mandatarios o representantes legales, que por su acción u omisión culpable de sus deberes de control, supervisión o vigilancia hubiesen contribuido, alentado o permitido la comisión de la infracción.

A efectos de determinar el otorgamiento (o no) del beneficio en forma particular, se evaluará el grado de cumplimiento de los requisitos del art. 60.

Aquí sale a la luz un tema legal muy delicado e interesante a la vez, que es el posible conflicto que se pudiera presentar entre el interés de la empresa en aplicar a clemencia, y el de sus funcionarios o empleados que estuvieron involucrados directa o indirectamente en la conducta.

Como dijimos en el punto 5.3.2.a), la norma le permitiría a ambos (a la persona jurídica y a la persona física) presentarse a petitionar clemencia, en la medida en que hayan participado de la conducta. Ahora bien podría darse el supuesto que el interés de ambas partes sea contrario en ciertos escenarios, a saber: (i) el funcionario quiere aplicar en miras a purgar su responsabilidad civil, penal y administrativa bajo la LDC, pero por instrucción local o internacional la empresa no desea aplicar; (ii) la empresa desea aplicar pero el funcionario no quiere hacerlo por temor a no resultar acreedor personal del beneficio de clemencia (por ejemplo, por haber destruido pruebas, e-mails o demás elementos considerados fundamentales para aportar en la investigación).

El tema resulta muy delicado porque dependiendo desde dónde se lo mire, la empresa o el funcionario tendrán una posición fuerte o débil frente al otro (y capacidad de negociación) en atención a las posibles derivaciones que pudiera acarrear el tema para aquel que decidió no aplicar a clemencia.

V.4. Otros elementos centrales del programa de clemencia: aspectos penales y civiles

V.4.1. Inmunidad contra sanciones penales

El art. 61, último párrafo, introduce una garantía para los aplicantes al programa de clemencia, vinculado al otorgamiento de inmunidad contra sanciones penales.

La Nueva Ley establece que “Aquellas personas que se acojan al beneficio del programa de clemencia dispuesto bajo la presente ley, previa resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia que determine que cumplen con los términos establecidos en las disposiciones de este Capítulo, quedarán exentas de las sanciones previstas en los artículos 300 y 309 del Código Penal de la Nación y de las sanciones de prisión que de cualquier modo pudieren corresponderles por haber incurrido en conductas anticompetitivas”.

En resumen, siempre y cuando el Tribunal certifique mediante resolución que el aplicante ha cumplido con los requisitos establecidos en el programa de clemencia, el mismo gozará de inmunidad respecto de las sanciones establecidas en el Código Penal (arts. 300 y 309) y de cualquier otro tipo de sanción de prisión que hubiere correspondido por la comisión de conductas anticompetitivas.

En caso de que se realice una presentación de clemencia conjunta entre la persona jurídica involucrada y alguno de sus funcionarios conforme lo permite el art. 61, se entiende que la inmunidad penal se le debiera extender a ambas partes, en la medida que la solicitud de inmunidad la realicen de forma expresa, en la oportunidad procesal correcta y ambos hubieren colaborado positivamente con la investigación[105].

Además, la inmunidad penal aquí prevista se presenta como un incentivo muy positivo tendiente a lograr el éxito del programa de clemencia, y otorga las seguridades necesarias para todo aplicante de clemencia.

Al respecto Greco sostuvo que “la idea de la inmunidad penal es que la misma sea completa: la mayor amplitud posible. Pero dependerá en última instancia de la aplicación que se haga de la ley por la autoridad y por los jueces penales”.

Este punto en particular constituye la mayor diferencia entre la Nueva Ley y el Ante-proyecto liderado por Diego Póvolo en 2010, quien sobre este asunto en particular indicó que “en la versión anterior a este nuevo Proyecto no se incluyó la inmunidad penal pensando que iba a ser más difícil que se modifique el Código Penal en el Congreso, pero es más viable como se está haciendo ahora. De esa manera se evitarán algunos problemas que se dieron en Chile, que generaba riesgos y atentaba contra el programa”.

Se deberá seguir de cerca también el posible impacto, interrelación e interpretación judicial que se le asigne a la inmunidad penal aquí prevista, a la luz del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas que fuera sancionado por el Congreso Nacional en Noviembre de este año bajo Ley N° 27.401. Resulta importante señalar que la normativa penal empresaria no se extenderá finalmente a todos los delitos penales cometidos por empresas -tal como fuera propuesto en discusiones parlamentarias, y que hubiera representado una abierta contradicción con la inmunidad penal prevista en la Nueva Ley-, sino que se acotará a ciertos delitos específicos de carácter penal en el ámbito empresario[106], amén de prever un programa de integridad empresarial (art. 22 y ss.) con normas de ética, análisis y prevención de riesgos.

V.4.2. Reparación de daños y perjuicios

El Capítulo IX de la Nueva Ley titulada “De la reparación de Daños y Perjuicios” cuenta con cuatro arts. (62 a 65) y establece la reparación civil por la comisión de conductas anticompetitivas. Cabe hacer notar que la LDC ya prevé en su actual art. 51 el instituto mundialmente conocido como “private enforcement”, tendiente a la reparación civil de los daños y perjuicios generados por la conducta contraria a las normas de competencia.

En efecto el art. 51 de la LDC y el 62 de la Nueva Ley no difieren entre sí, con excepción de un cambio puntual de carácter formal, en el que la LDC indica que las “personas físicas” tienen legitimación activa para solicitar la reparación civil, mientras que la Nueva Ley refiere a las “personas humanas”.

El art. 62 estipula lo siguiente: “Las personas humanas o jurídicas damnificadas por los actos prohibidos por esta ley, podrán ejercer la acción de reparación de daños y perjuicios conforme las normas del derecho común, ante el juez competente en esa materia”.

Ahora bien, la novedad viene dada por la introducción de artículos que establecen pautas bajo las cuales debiera regirse el procedimiento resarcitorio de carácter civil.

De acuerdo con la Nueva Ley (art. 63) la acción de reparación de daños y perjuicios que tuviere lugar con motivo de la resolución firme dictada por el Tribunal, tramitará de acuerdo al proceso sumarísimo establecido en el Capítulo II del Título III, del Libro Segundo del Código

Procesal Civil y Comercial de la Nación (CCCN). Al resolver sobre esta acción, el juez competente debe fundar su decisorio en las conductas, hechos y calificación jurídica establecidos en la resolución del Tribunal.

Otros elementos de relevancia que fueron agregados se pueden agrupar de la siguiente manera:

(i) Multas civiles (art. 64): la parte damnificada podrá pedir la imposición de multas civiles contra los incumplidores de la LDC y a favor del damnificado, a ser determinada por el juez en base a la gravedad del hecho y otras circunstancias, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan.

(ii) Régimen de responsabilidad (art. 65):

- Principio general: se prevé un sistema de solidaridad ante el damnificado cuando hubiere más de un responsable por el incumplimiento, sin perjuicio de las acciones de regreso que correspondan.

- Excepción para quienes se acojan al Programa de Clemencia: podrían gozar de la eximición o reducción de su responsabilidad por daños y perjuicios, conforme se establezca de forma previa en la resolución que dictará el Tribunal, determinando que cumple con los términos establecidos en las disposiciones del Capítulo VIII.

- Excepción de la excepción: sólo en aquellos casos donde fuera imposible obtener la plena reparación del daño producido de las demás empresas implicadas en la conducta anticompetitiva, el beneficiario de clemencia responderá solidariamente ante (i) sus compradores o proveedores directos e indirectos; y (ii) otras partes perjudicadas.

V.4.2.a) Aspectos generales de las implicancias civiles en el Derecho argentino de la competencia

El derecho argentino adhiere al principio del derecho romano de “no dañar al otro” (*alterum non laedere*), que deriva en el principio general en materia de responsabilidad civil que establece que quien causa un daño debe repararlo. Las normas de defensa de la competencia no son la excepción, por lo cual todo aquel que infrinja las mismas será pasible de responsabilidad civil en los términos del CCCN.

De este modo el art. 62 de la Nueva Ley -que es muy parecido al art. 51 de la LDC- estipula que “las personas humanas o jurídicas damnificadas por los actos prohibidos por esta ley, podrán ejercer la acción de reparación de daños y perjuicios conforme las normas del derecho común, ante el juez competente en esa materia”.

La ejecución privada de las normas de competencia se muestra como forma de compensar a las víctimas de daños producidos por violaciones a la normativa de competencia, estableciéndose de esta manera una diferenciación entre la compensación por los daños y el efecto disuasivo de la aplicación de las multas por parte de la autoridad de competencia[107]. En términos de diseño del sistema legal para la defensa de la competencia, las acciones de

ejecución privada son un elemento importante dado que constituyen un elemento disuasivo adicional a las sanciones que son propias de la autoridad de competencia[108].

Tendrán derecho a demandar bajo el mencionado artículo no sólo aquellos que han sido directamente perjudicados por el accionar anticompetitivo (consumidor que debió pagar más precio), sino también otros afectados, como empleados del competidor excluido que perdieron su fuente de trabajo[109].

Adicionalmente, amén del citado precepto normativo, continúan siendo de aplicación en la materia de forma supletoria los arts. 1775 a 1780 del CCCN (previamente, arts. 1101 a 1106 del Código Civil) adaptados a las particularidades de la LDC, para aquellos casos en que se hayan intentado al mismo tiempo la acción administrativa ante el Tribunal y la acción civil de reparación de daños y perjuicios ante la justicia[110]. En otras palabras, si antes de, o durante, el trámite de la acción civil se inicia la acción administrativa ante el Tribunal, no podrá dictarse condena en el juicio civil hasta que no la haya en el proceso administrativo (art. 1775 CCCN).

Vale hacer notar que en Argentina no se encuentra suficientemente desarrollada la jurisprudencia referida a la separación entre la responsabilidad civil derivada de la violación a las normas de competencia y la sanción propiamente dicha[111]. La escasa casuística y las dificultades para que las acciones privadas de daños prosperen ha impedido que exista jurisprudencia amplia en la materia, lo cual implica un desafío relevante para el futuro[112].

Afortunadamente, la Nueva Ley refuerza y facilita la posibilidad de las acciones privadas de reparación de daños, estableciendo condiciones para acciones privadas a partir de las decisiones de la autoridad de competencia (follow on actions)[113].

V.4.2.b) Experiencia práctica de las jurisdicciones centrales en temas de private enforcement por infracciones antitrust

En muchas regulaciones antitrust a nivel mundial conviven los programas de clemencia y la posibilidad de que el damnificado por violaciones a dichas normas accione judicialmente por la responsabilidad civil que le cabe al infractor.

Los abogados de empresas involucradas en investigaciones de cartel deben ser conscientes desde el inicio, de los efectos de litigios civiles aguas abajo de las decisiones que se tomen en la investigación, clemencia y procesos de cooperación (incluyendo la naturaleza y extensión de las presentaciones por escrito realizadas ante el gobierno, entrega de documentos y pruebas testimoniales). Terceros como clientes, Estados, gobiernos extranjeros, competidores que no participaron en el cartel y proveedores e incluso defensorías de consumidores, podrán iniciar demandas ante las cortes locales en un intento de recuperar las pérdidas y daños que podrán haber sufrido[114].

A modo de ejemplo, en la Unión Europea aquellos terceros que hubieren sufrido una pérdida como resultado de un cartel en violación del art. 101 del TFEU (Treaty on the Functioning of the European Union) pueden demandar por daños ante las cortes nacionales; si bien existen actualmente impedimentos notables en perseguir tales daños, existe una tendencia en la UE de que los afectados por infracciones a las normas de competencia busquen compensación por los daños sufridos, lo cual está siendo también propulsado por la UE y las autoridades

nacionales[115]. Existe una percepción de que, a consecuencia de las nuevas directivas europeas sobre daños, la Comisión tendrá que aumentar sus investigaciones de oficio porque las empresas y sus abogados consideran que los incentivos de clemencia están cambiando, al observar un mayor grado de exposición a reclamos civiles.

Esto sin dudas presenta un fuerte desincentivo a aplicar a clemencia en jurisdicciones no centrales (como Argentina) en escenarios de carteles globales, dando la sensación de que nuestro país estaría llegando demasiado tarde (en caso de introducirse la clemencia) para cosechar los beneficios de los programas de clemencia sembrados años atrás a nivel global, ello en virtud del cambio en los incentivos a nivel europeo.

Por su parte, en los Estados Unidos los damnificados pueden iniciar demandar por violaciones a las leyes federales de competencia, de conformidad con lo establecido en el art. 4 (daños y perjuicios económicos) y 16 de la Ley Clayton de 1914 (medidas cautelares)[116].

Según Colgan “el programa de clemencia en la Unión Europea resulta muy efectivo. Ya se encuentra funcionando hace muchos años y las empresas conocen su funcionamiento. A nivel regulatorio existe mucho desarrollo de las acciones privadas por violación a las normas de competencia, y se ve que algunas jurisdicciones nacionales como Holanda, Reino Unido tienen un espíritu de promover las acciones de reparación privada. En efecto, si se observan las estadísticas de los últimos años de las sanciones impuestas contra cárteles en la Unión Europea -publicadas en el website de la Comisión- se podrá observar el crecimiento sostenido del enforcement anti-cartel llevado adelante por la Comisión, que se combina ahora con un incipiente ejercicio de las acciones privadas. Por el contrario, históricamente en los Estados Unidos las sanciones administrativas por infracciones de cartel han sido más bajas pero la incidencia del private enforcement ha sido siempre más elevada. Por lo cual, si se mantiene la tendencia imperante en la UE, en unos años podríamos llegar a encontrarnos con que a nivel europeo existen las sanciones administrativas y de reparación civil más elevadas contra cárteles a nivel mundial”.

La interface entre los programas de clemencia (e investigaciones de cartel) y las acciones civiles están en evolución en muchos países; y en algunas jurisdicciones permanece poco claro qué peso se le dará a las decisiones de la agencia de competencia en los casos de acciones civiles, y -en línea con el análisis realizado más arriba en este trabajo- si los documentos que fueren aportados en el marco de la programa y que se están en poder de la agencia pueden divulgarse o no, o en qué medida permanecerán confidenciales.

Cabe tener presente también el tratamiento que cabría asignarle bajo cada legislación nacional aplicable, a las comunicaciones e intercambios de información amparados por el secreto profesional entre abogado y su cliente[117]. En este contexto, un alto funcionario de la Dirección de Competencia de la Comisión Europea que pidió mantener su identidad reservada afirmó que “resulta comprensible que las empresas arguyan frente a la Comisión la confidencialidad de casi todo tipo de documentos (en otras palabras, las partes pretenden que la Comisión le asigne trato confidencial a todo documento que indique “confidencial” en su membrete; y en esa dirección, los abogados de empresas incluso suelen argumentar cuestiones vinculadas a privacidad y protección de datos personales)”.

Se dirimen aquí entonces dos cuestiones centrales:

(i) por un lado, que la imposibilidad de acceder a documentos necesarios para fundar los reclamos civiles y cuantificar los daños termine por elevar los niveles de complejidad del litigio y de sus costos asociados, al posible punto de frustrar estos derechos[118]; y

(ii) por otro lado, que un eventual relajamiento del nivel de confidencialidad de la información aportada a la agencia, termine por socavar el éxito del programa y la conveniencia de los acuerdos para los cartelistas.

Otro elemento a considerar viene dado por la determinación del universo de personas afectadas por la infracción (compradores directos o indirectos), que son potenciales reclamantes que debieran formar parte de una eventual compensación por daño sufrido. Aquellos compradores indirectos que aleguen que el sobreprecio les fue pasado, deberán probar tal circunstancia[119]. En este sentido, la regulación europea hoy establece una presunción de que efectivamente sufrieron una parte del aumento de precio (a ser estimado por el juez) donde:

- el acusado ha infringido la ley,
- la infracción resultó en un sobreprecio para los compradores directos,
- el reclamante compró productos del comprador directo. Esto requeriría que la corte analizara las pérdidas aguas arriba como generador, y también las pérdidas en el caso del comprador indirecto.

De acuerdo con la regulación europea el infractor se verá inmerso, entonces, en una doble presunción: (i) de productor del daño, y (ii) del sobreprecio indirecto, ante lo cual el infractor podría estar pagando dos veces por la misma infracción[120]. Por el contrario, bajo la teoría de la causa remota (remoteness doctrine) en Estados Unidos podría prohibírsele al comprador indirecto iniciar una acción bajo el art. 4 de la Ley Clayton por la reparación de los daños sufridos.

La legislación norteamericana prevé también una medida de protección para los beneficiarios de clemencia respecto de la acción civil, que presupone que “cooperen satisfactoriamente” con el demandante a cambio de responder únicamente de los “daños reales ocasionados [...] atribuibles al comercio realizado por el aplicante en los bienes y servicios afectados por la violación”[121], en contraposición al remedio de los daños triples (treble damages) normalmente impuestos bajo la Ley Clayton[122].

V.4.2.c) Comentarios iniciales sobre el régimen de responsabilidad previsto bajo el art. 65 de la Nueva Ley

Previamente en este trabajo notamos que la Nueva Ley incorporó nuevos artículos vinculados a la reparación de los daños y perjuicios por conductas anticompetitivas.

El art. 65 establece como principio general de responsabilidad un sistema de solidaridad ante el damnificado si hubiere más de un responsable por el incumplimiento, sin perjuicio de las acciones de regreso pertinentes. Ahora bien, en un intento de promocionar la mayor cantidad de incentivos posibles, la normativa prevé que:

(i) quienes se acojan al programa podrán aspirar a obtener una resolución del Tribunal eximiendo o reduciendo la responsabilidad civil por daños - al respecto, vale tener presente el alcance que se le pretende asignar a la resolución emanada del Tribunal[123], y

(ii) sólo en aquellos casos donde fuera imposible obtener la plena reparación del daño producido de las demás empresas implicadas en la conducta anticompetitiva, el beneficiario de clemencia responderá solidariamente ante (i) sus compradores o proveedores directos e indirectos; y (ii) otras partes perjudicadas.

Los mencionados artículos resultan muy interesantes desde el punto de vista de los incentivos para aplicar al programa, y obedecen a la premisa institucional sentada por Greco de que “lo importante en esta primera etapa es que hayan casos [de clemencia]”. Tal como ha quedado señalado a lo largo de este trabajo, unas las principales preocupaciones de aplicar al programa de clemencia es que ello genera la obligación de

- aportar información relevante a la conducta anticompetitiva y,

- reconocer su propio involucramiento en la mencionada conducta, todo lo cual podría -amén del procedimiento administrativo ante la autoridad de competencia- derivar en acciones privadas de responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados.

De forma consistente con los objetivos trazados, la Nueva Ley tiende a restringir lo máximo posible el sistema general de solidaridad por daños y perjuicios para los beneficiarios del programa -sólo existiría solidaridad ante la imposibilidad de obtener una plena reparación del daño producido de parte de las demás empresas implicadas-, lo cual resulta un condimento sumamente atractivo para todos aquellos que estuvieren considerando aplicar.

Sin embargo, Póvolo sostiene que desde el punto de vista legal los mencionados incentivos resultan opinables y que “según el Proyecto, primero habría que dirigir el reclamo civil contra el que no aplicó a clemencia. Considero que esto tampoco resiste una constitucionalidad porque los procesos en sí se pueden volver muy largos, y quien estaba solvente al momento de la investigación administrativa capaz ya no lo está cuando se desarrolle la acción civil. Lo que tratan estas normas es promocionar algo atractivo para que las empresas adhieran, y la protección de esos derechos la darán los jueces en un caso a caso”.

V.5. Elementos que pudieran estar relacionados con el derecho empresario argentino y con el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN)

El programa de clemencia es un instituto que se enmarca dentro de las normas de defensa de la competencia, y en tal sentido, su introducción en el derecho argentino se realizaría a través de la reforma de la LDC.

Ahora bien, la complejidad del instituto merece que no sólo se analice su aplicación limitada al derecho antitrust, sino también revisar su interacción y posibles derivaciones a la luz de las múltiples aristas del derecho empresario local. Esto incluye a las nuevas disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), cuya aplicación e interpretación por nuestros tribunales tiene un largo camino por recorrer.

V.5.1. Estándar legal de diligencia de los administradores conforme a la Ley General de Sociedades N° 19.550. Acciones de responsabilidad

Como es sabido el órgano de administración de una sociedad -cualquiera fuere el tipo que se adopte- es un órgano de carácter (i) necesario, porque la sociedad no puede constituirse, operar y presentarse frente a terceros sin la existencia de su órgano de administración; y (ii) permanente, ya que es el encargado de la actividad gestora de la sociedad, cuya finalidad principal es cumplir con el objeto social[124]. Se le exige a quienes lo integren ajustar su conducta y la actuación de la sociedad a la ley, el estatuto o el contrato social y al reglamento -si este último existiera-[125].

Así, el art. 59 de la LGS establece que aquel que administre o represente a la sociedad deberá obrar con la lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios: esta norma supone un estándar de carácter jurídico al cual deben someterse las personas que desempeñen tales funciones[126]. El actuar del administrador o representante responde a un análisis caso por caso, de acuerdo con las funciones que desempeña y las circunstancias en las que debió actuar.

La parte final del art. 59 de la LGS establece asimismo la responsabilidad solidaria e ilimitada del directorio por los daños y perjuicios que resultaren de la acción u omisión producto de conductas por fuera de los estándares aceptables. El Directorio que incumpliere los deberes que le son propios (arts. 271 a 275, LGS), será pasible de una serie de acciones de responsabilidad social fundadas en la violación de las normas societarias y estatutarias, a saber:

(i) Acción social de responsabilidad ejercida por la sociedad y votada en asamblea contra el directorio por el daño que éste le causare a aquella (art. 276 LGS);

(ii) Acción social ejercida por un socio de la sociedad contra el directorio por el daño que le causare a la sociedad (art. 277 LGS);

(iii) Acción individual de responsabilidad ejercida por un socio de la sociedad, cabe aclarar que esta acción se ejerce cuando el daño impacta sobre el patrimonio del socio (art. 279 LGS) y;

(iv) Acción individual de responsabilidad ejercida por un tercero por daños generados a este (art. 279 LGS).

Resulta interesante analizar el grado de exposición en el que quedarían los directivos y funcionarios de alto rango de una empresa beneficiaria de clemencia, no ya bajo la normativa civil por los daños y perjuicios ocasionados por violación de normas antitrust -lo cual en el mejor de los casos quedaría neutralizado por el régimen de eximición o reducción de responsabilidad del art. 65 de la Nueva Ley- sino más bien por el incumplimiento de los deberes de diligencia y lealtad de “buen hombre de negocios” previsto en la LGS y sujeto a sendas acciones de responsabilidad social ante los tribunales comerciales.

Recordar que el presupuesto fáctico para la procedencia de las acciones (i), (ii) y (iii) es el incumplimiento a lo establecido en la ley, el estatuto o reglamento, mientras que para la (iv)

-acción individual ejercida por un tercero- la responsabilidad surge por incumplimiento de normas imperativas y por provocar un daño.

Entonces el riesgo hacia los directivos es tangible y podría funcionar como un fuerte desincentivo al momento de decidir aplicar al programa de clemencia, dado que el art. 62 de la Nueva Ley (art. 51 de la LDC) y subsiguientes, se refieren a los daños producidos por la comisión de actos contrarios a las normas de competencia y no a la normativa societaria[127].

Restaría analizar cuidadosamente si tales desincentivos podrían ser mitigados a través del otorgamiento por la empresa o su accionista, de cartas de indemnidad hacia los directivos por las consecuencias que podrían derivarse de la aplicación al programa de clemencia.

Sin embargo, desde el punto de vista legal y atento a la imperatividad de ciertas normas del derecho societario, podría resultar cuanto menos cuestionable la validez de tales indemnidades por dispensar de algún modo los deberes de conducta y diligencia que deben guardar los administradores conforme el art. 59 de la LGS.

V.5.2. Proceso de due diligence en operaciones de M&A

Como ya dijimos previamente una de las obligaciones principales de todo aplicante de clemencia constituye guardar estricta confidencialidad respecto del procedimiento de investigación.

Pero cabe preguntarnos qué sucede en aquellos casos donde el aplicante -supongamos nuestro cliente- se ha visto involucrado en un cártel y al mismo tiempo sus accionistas o bien el Directorio ha recibido una carta de intención para iniciar negociaciones para adquirir las operaciones de la empresa.

Colgan sostuvo que “este escenario resulta sumamente difícil por la obligación de guardar secreto”. En efecto, si el vendedor ha formado parte de un cartel ello le será divulgado a la Comisión en el marco del programa de clemencia y como parte de su deber de cooperación y obligación de confidencialidad.

Sin embargo, por esto último tal información no podrá serle suministrada al potencial comprador aunque se podrá solicitar una dispensa con chances casi nulas de tener éxito en el pedido. Se presenta entonces una encrucijada donde, por un lado, no se puede divulgar la información por ser parte del programa de clemencia, y por el otro tenemos una obligación contractual de transparencia y divulgación ante el potencial comprador respecto de la información relevante de la empresa, so riesgo de incurrir en responsabilidad contractual y pre-contractual.

Cabe recordar que de acuerdo con el nuevo CCCN la regla principal de interpretación de los contratos es que se deben interpretar conforme a la “intención común de las partes” y al principio de la buena fe (art. 1061). La “buena fe” se erige, en el CCCN, en un principio clave, aplicable en general a todo ejercicio de los derechos (art. 9) y, muy especialmente, a los contratos[128]. El potencial comprador podría así argumentar la mala fe del vendedor por ocultamiento de información relevante para el perfeccionamiento de la transacción, y derivar así en un conflicto contractual.

V.5.3. Otras cuestiones generales vinculadas a aspectos operativos de carácter contables y de transparencia en el mercado de capitales

Otro elemento que resulta importante al momento de aplicar a clemencia es demostrar siempre un alto grado de consistencia entre las afirmaciones que se realizan ante la autoridad en sede administrativa respecto del grado de involucramiento y daño generado como resultado de la conducta, y cualquier tipo de reserva financiera o contable que se muestre en el estado de situación patrimonial de los estados contables de la compañía y en las notas y anexos a los mismos, lo cual suele ser común en aquellas que cotizan sus acciones públicamente en bolsas de valores.

Esto podría derivar en un inconveniente en el expediente de clemencia porque, por un lado, la compañía estaría sosteniendo que no merece ser penalizada bajo las normas antitrust, pero por otro lado creando a nivel contable una reserva facultativa ante una eventual imposición de multa. En este sentido, Colgan opinó que “esto podría jugar en contra del aplicante de clemencia, al ser interpretado como una admisión de culpabilidad y además cuantificar lo que la empresa piensa que puede ser la multa que reciba”.

Adicionalmente, las empresas sujetas al régimen de oferta pública conforme la Ley 26.831 de Mercado de Capitales deben poner en conocimiento del mercado de forma inmediata “todo hecho o situación que, por su importancia, sea apto para afectar en forma sustancial la colocación de los valores negociables, el curso de su negociación, o el desenvolvimiento de la actividad propia de cada sujeto alcanzado”[129]. En otras palabras, se busca que se informe en tiempo oportuno todo evento que pueda afectar la situación patrimonial, económica y financiera de la sociedad y de toda aquella que deba ser de conocimiento del público inversor.

Se presenta aquí nuevamente la necesidad de sopesar dos intereses relevantes contrapuestos: por un lado, la necesidad de mantener informado al mercado todo evento que pudiera afectar patrimonialmente a la compañía, y por el otro, el deber de guardar confidencialidad absoluta del proceso de clemencia.

Al respecto Colgan nos recuerda que “bajo las normas de la UE la violación del deber de guardar secreto es considerado una infracción sustancial del régimen de clemencia, cuya consecuencia necesaria es la pérdida del beneficio” y prosigue diciendo que “independientemente de las obligaciones de divulgación que le aplican a este tipo de compañías, esto no suele ser un obstáculo porque la descripción de los hechos relevantes se realiza de forma genérica afirmando, por ejemplo, que la empresa está siendo investigada bajo las normas de competencia pero que se están haciendo todas las gestiones que están al alcance para solucionar el asunto”.

VI. Conclusiones [\[arriba\]](#)

La experiencia internacional nos indica que históricamente el programa de clemencia se ha presentado como una herramienta regulatoria eficaz para investigar, disolver y sancionar los carteles existentes, y disuadir la formación de futuros carteles. Se espera entonces que su aplicación en Argentina resultará beneficiosa para la defensa de la competencia, y que el éxito o fracaso de la aplicación de la misma dependerá en gran medida de la calidad del marco institucional. Hubiese sido deseable, no obstante, que la clemencia llegase antes al país (desde el 2010 existe un anteproyecto) y de ese modo aprovechar localmente el éxito

que el programa experimentó a nivel europeo durante los últimos quince años. Al mismo tiempo, no se puede desconocer que por estos días se presenta un cambio de paradigma e incentivos a nivel europeo (donde se está propiciando a nivel gubernamental la promoción de acciones civiles para la reparación de daños por conductas cartelizadas), lo cual tiene potencialidad de afectar negativamente los incentivos para todos aquellos que quieran aplicar a clemencia en jurisdicciones no centrales como Argentina.

Las nuevas autoridades de competencia han sabido interpretar la importancia de la integración internacional y se hicieron eco de las recomendaciones formuladas por la comunidad internacional, poniendo como prioridad en su agenda la modificación de la LDC. El mismísimo Presidente de la CNDC, Esteban Greco ha sostenido que “no es posible una economía moderna y competitiva sin una reforma de la ley de defensa de la competencia”[130]. Vale la pena destacar que el epicentro de la reforma legislativa es la construcción de un nuevo marco institucional a través de la creación de la Autoridad Nacional de Competencia que vendrá acompañado -en lo concerniente a este trabajo- por el establecimiento del programa de clemencia y de multas más severas.

No obstante, ha quedado demostrado a nivel regional que la mera actualización de la legislación de competencia no garantiza necesariamente el logro de un sistema eficaz de competencia[131]. Varios motivos han conducido a ello: la falta de convicción en la población respecto de la conveniencia de la competencia y de la economía de mercado, el carácter de trasplante legal que suelen tener las leyes de defensa de la competencia, la influencia lícita e ilícita de los grandes grupos económicos sobre los gobiernos, la escasa eficacia general de las instituciones jurídicas. Será importante recrear la confianza en el sistema de competencia a través de la primacía del Estado de Derecho, con reglas claras en cuanto al funcionamiento del Tribunal y la independencia de sus decisiones. Las reglamentaciones que se dicten en un futuro vinculadas al programa de clemencia (sobre confidencialidad, sobre el tipo de información que se debe aportar a la investigación, o sobre graduación de multas) jugarán un rol clave y determinarán en gran medida el éxito o fracaso del instituto.

En el contexto del citado marco institucional, las partes realizarán un análisis costo-beneficio racional sobre su participación en el programa que incluirá los incentivos legales de aplicar (eximición o reducción de la multa administrativa, aspectos civiles y/o penales), el monto de la potencial multa que pudiere corresponder, riesgos de detección, plazo de prescripción, factores multi-jurisdiccionales, entre otros. Cada decisión será adoptada caso por caso.

Desde la autoridad de aplicación existe voluntad de que el programa se comience a ejecutar y que existan muchos casos. Los primeros casos serán clave para determinar si se inspira la suficiente confianza en el sistema de beneficios e incentivos. El otorgamiento de beneficios estará relacionado con la calidad de la información que el aplicante le aporte al regulador y en qué medida le posibilita construir un caso sólido y reunir pruebas contundentes de la conducta anticompetitiva.

Pero si las empresas optasen por mantenerse ocultas bajo la especulación del transcurso del plazo de prescripción, ello puede ser altamente riesgoso frente a un regulador proactivo que constantemente inicia expedientes de investigación de mercado y con comunicación fluida con sus pares a nivel internacional, o si nuestro país forma parte de una investigación multi-jurisdiccional ejecutada por varias agencias al mismo tiempo. Y cuánto más grave puede ser

si las multas por conductas anticompetitivas se recibirán la mayor severidad sancionatoria.

Los reclamos de naturaleza civil por los daños generados por conductas anticompetitivas se mantendrán latentes, pero no se anticipa que sean un factor de estrés al inicio del programa porque (i) el sistema de responsabilidad civil ha coexistido con la LDC durante muchos años y el índice de litigiosidad ha sido bajo a lo largo de estos últimos años, y (ii) se presume que el regulador tratará de sentar precedentes pro mercado en aras de limitar la responsabilidad solidaria del beneficiario y proteger la confidencialidad del expediente administrativo. Lo anterior no quita que -siguiendo lo que está sucediendo por estos días en la UE- las mismas empresas afectadas comiencen a hacer uso de esta herramienta de recomposición por los daños sufridos en su competitividad. Allí también se dará rienda para el desarrollo de estos nuevos reclamos, lo cual no estará exento de desafíos vinculados a la probanza de circunstancias complejas como el daño sufrido (quantum) o si el presunto afectado pasó el costo adicional a sus clientes, entre otras cuestiones. Quienes no aplicaren al beneficio de clemencia se verán fuertemente expuestos a este tipo de procedimientos.

Los aspectos criminales contra la empresa y sus directivos o funcionarios podrían transformarse en un inconveniente si la interpretación judicial que eventualmente se haga del régimen penal empresario resulta amplia, extendiendo así dicho régimen a otro tipo de conductas penales cometidas por las empresas y contrarias al estándar deseado de integridad corporativa. Este escenario echaría por tierra los incentivos de inmunidad total en materia penal perseguidos bajo el programa de clemencia.

Y no se debe restar importancia a la responsabilidad que pudieran tener los funcionarios bajo otras leyes aplicables, como ser conforme a la LGS por incumplimiento de los deberes de diligencia y lealtad del buen hombre de negocios. En este sentido todo funcionario asume un estándar de diligencia frente a los accionistas o terceros que contraten con la sociedad, que podría verse severamente cuestionado si se comprueba su participación directa o indirecta en un cártel. Esto de alguna manera podría ocasionar conflictos de interés entre el funcionario y su propia empresa, al afectar los incentivos de los directivos para denunciar la conducta por sí o bien colaborar con la investigación, cuanto más si posiblemente sean también desvinculados de la empresa como suele suceder en la práctica por violación de las políticas internas de compliance de la empresa.

Bibliografía [\[arriba\]](#)

- ALMUNIA, Joaquin, Cartels: The priority in competition enforcement, 15th International Conference on Competition: A Spotlight on Cartel Prosecution, Berlin, 14 de abril de 2011, disponible en internet el 7/11/2017 en file:///C:/Users/romeas/Downloads/S PEECH-11-268_EN.pdf.
- AUBERT, Cécile, REY, Patrick, KOVACIC, William, The impact of Leniency and Whistleblowing Programs on Cartels, disponible en internet el 7/11/2017 en <http://idei.fr/sites/default/files/media/doc/by/rey/leniency.pdf>.
- BALBÍN, Sebastián, Acción social de responsabilidad contra el Directorio, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006.

· BORK, R.H., The antitrust paradox. A policy at war with itself. Basic Books, Inc., Nueva York, 1978.

· CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo; SEREBRINSKY, Diego H., Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia, Tomo I, Heliasta, Buenos Aires, 2017.

o Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia, Tomo II, Heliasta, Buenos Aires, 2017.

· CABANELLAS (h), Guillermo, Aplicación judicial y administrativa de la ley de defensa de la competencia, JA, 1983-IV.

· CERVIO, Guillermo; RÓPOLO, Esteban, Ley 25.156 Defensa de la Competencia comentada y anotada, La Ley, Buenos Aires, 2010.

· COLOMA, Germán, Defensa de la Competencia, 2a ed., act., Ciudad Argentina, Buenos Aires-Madrid, 2009.

· DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS, Individual Leniency Policy, disponible en internet el 7/11/2017 en www.justice.gov/atr/public/criminal/leniency.html.

· DROMI, Roberto, Competencia y Monopolio: Argentina, Mercosur y OMC, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999.

· DURRIEU, Nicolás, El Oficial de Cumplimiento: su responsabilidad penal y administrativa, disponible en internet el 7/11/2017 en <http://www.abogados.com.ar/eficiencia-oficial-de-cumplimiento-su-responsabilidad-penal-y-administrativa/17120>.

· FERREYRA ROMEA, Sebastián J., Aproximación al estudio de los efectos de la política económica sobre la defensa de la competencia, Revista Argentina de Derecho Comercial y de los Negocios, 2014.

o Defensa de la Competencia. Reflexiones a más de 10 años de la sanción de la Guía de Notificación de Concentraciones Económicas (“Res. 40/01”), Revista Argentina de Derecho Comercial y de los Negocios, 2014.

· FORO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA (15ª Ed.), Sesión I: Cárteles: Estimación del daño y las acciones públicas para la aplicación de la ley (Contribución de Argentina), 4-5 de abril de 2017, Nicaragua, disponible en internet el 7/11/2017 en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/carteles_estimacion_del_dano_y_las_acciones_publicas.pdf.

· GOTTS, Ilene Knable, The Private Competition Enforcement Review, Law Business Research Ltd., London, 2014.

- GRECO, Esteban; QUESADA, Lucía, “Actualización en Defensa de la Competencia en Argentina: prioridades y cambios legislativos”, presentación ante la Cámara Española de Comercio de la República Argentina en fecha 14 de junio de 2017.
- GRECO, Esteban, Es necesaria una nueva ley de defensa de la competencia. La Nación, 23/04/2017, disponible en internet el 07/11/2017 en <http://www.Lanacion.com.ar/2014950-hay-ve-locidades-muy-distintas-en-la-a-utopista-de-la-disrupcion>.
- HAMMOND, Scott D., Charting New Waters in International Prosecutions, disponible en internet el 7/11/2017 en www.justice.gov/atr/public/speeches/214861.htm.
- o Beating Cartels at Their Own Game: Sharing Information in the Fight Against Cartels, disponible en internet el 7/11/2017 en www.justice.gov/atr/public/speeches/20164.pdf.
- o Scott Hammond on Stolt-Nielsen, disponible en internet el 7/11/2017 en www.justice.gov/atr/public/speeches/234840.htm.
- HUICI, Héctor, Requiem Para el Tribunal de Defensa de la Competencia, disponible en internet el 7/11/2017 en https://www.carlin.com/opinion/Requiem-Tribunal-Defensa-Competencia_0_ByO__rY5DQe.html.
- INDECOPI, Políticas de competencia y el proceso de reformas económicas en América Latina, Lima, 1998.
- INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN), Work Product Catalogue, Septiembre de 2012, disponible en internet el 7/11/2017 en www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc770.pdf.
- KOVACIC, William E., Beyond leniency, disponible en internet el 7/11/2017 en <https://www.epant.gr/FileHandler.ashx?filepath=/Documents/William%20Kovacic.pdf&AspxAutoDetectCookieSupport=1>.
- LORENZETTI, Ricardo L., La interpretación de los contratos, Suplemento Especial Contratos, La Ley, 2015.
- MARISCAL, Elisa V.; MENA-LABARTHE, Carlos, Leniency Programs in Latin America: “New” tools for cartel enforcement. Competition Policy International, Volumen 6, Número 2, 2010, disponible en internet el 7/11/2017 en <https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/0d358061e11f2708ad9d62634c6c40ad/MariscalMeanLabarthe.pdf>.
- MOLINA SANDOVAL, Carlos A., Defensa de la Competencia, Errepar, Buenos Aires, 2006.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE), Independence of Competition Authorities - from designs to practices (Contribution from Argentina), Global Forum on Competition, Sesión III, 1-2 de Diciembre de 2016, disponible en internet el 7/11/2017 en [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD\(2016\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD(2016)1/en/pdf).

o Derecho y Política de la Competencia en Argentina. Examen Inter Pares, 2006, disponible en internet el 7/11/2017 en https://www.oecd.org/daf/competition/Argentina2006Peer%20Review_s.p.pdf

o Prosecuting Cartels without Direct evidence of Agreement, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, Global Forum on Competition, 11 de Septiembre de 2006, disponible en internet el 7/11/2017 en <https://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/37391162.pdf>.

o Key points of the Roundtables on Changes in Institutional Design, Annex to the Summary Record of the 123rd Meeting of the Competition Committee, 23 de Junio de 2015, disponible en internet el 7/11/2017 en https://www.ftc.gov/system/files/attachments/us-submissions-oecd-other-international-competition-fora/institutional_design_us_ftc_oecd.pdf.

· ORLANSKI, Leonardo, Competencia y Regulación, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006.

· OTAMENDI, Jorge, Presupuestos básicos para la aplicación de la ley de defensa de la competencia, La Ley, 1981.

· PÓVOLO, Diego, Lucha contra los cárteles - Políticas de Clemencia, presentación realizada en el 4º Coloquio de ForoCompetencia de fecha 16 de octubre de 2009.

o Anteproyecto de Reglamentación de Procedimiento de exención y reducción de pago del importe de la multa, presentación realizada en el 4º Coloquio de ForoCompetencia de fecha 16 de octubre de 2009.

· RÍOS, Mauro Adrián, La función de Compliance y su importancia dentro de las instituciones financieras, disponible en internet el 12/9/2017 en https://www.ucema.edu.ar/posgrado-download/tesinas2014/Tesina_MAF_UCEMA_Rio.s.pdf

· ROITMAN, Horacio, Ley de Sociedades Comerciales comentada y anotada, 2da edición, Buenos Aires, La Ley, 2011.

· TREVISÁN, Pablo, Acción preventiva de daños y defensa de la competencia, RCCyC, 06/04/2016, 63, Cita online AR/DOC/916/2016

o Competencia: Otra Oportunidad Perdida, El Cronista, 1/10/2014, disponible en internet el 07/11/2017 en <https://www.cronista.com/legales/Competencia-otra-oportunidad-perdida-20141001-0009.html>

o Reparación de daños por infracciones a las normas de competencia. La Unión Europea y la Argentina, La Ley 2015-A, 27 de febrero de 2015.

- OFICINA DE CONTABILIDAD GUBERNAMENTAL DE LOS ESTADOS UNIDOS, Report to Congressional Committees (July 2011), disponible en internet el 7/11/2017 en www.gao.gov/new.items/d11619.pdf.

· VARNEY, Christine, *The Cartels and Leniency Review*, Law Business Research Ltd., London, 2013.

· VEGA OPAZO, Ana Lucía, *Eficacia de la Delación Compensada en materia de Libre Competencia en el Derecho Chileno. Análisis comparativo con el programa de clemencia de la Unión Europea*, págs. 39, 40, disponible en internet el 4/5/2018 en <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2011/fjv422e/doc/fjv422e.pdf>.

· ZALDIVAR, Enrique; MANÓVIL, Rafael; RAGAZZI, Guillermo; ROVIRA, Alfredo; SAN MILLÁN, Carlos, *Cuadernos de Derecho Societario, Volumen I* reimpresión, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000.

Jurisprudencia

· CFACR, en autos caratulados “Honda Motors Argentina S.A. y otros c/ Estado Nacional-Secretaría de Comercio s/ Recurso Directo Ley 25156”, 13/8/2015, Expte. No 81000803.

· Resolución SCI No 214 del 21/6/1995 y Dictamen CNDC N° 177 del 21/6/1995, en autos caratulados “Centro de Panaderos Industriales de Lanús “El Hogar Obrero”, Cooperativa De Consumo, Edificación y Crédito Ltda.”, disponible en internet el 7/11/2017 en <http://cndc.produccion.gob.ar/sites/default/files/cndcfiles/177.pdf>.

· Resolución SCDDC No 115 del 10/10/2001 y Dictamen CNDC N° 356 del 27/08/2001, en autos caratulados “United Airlines Inc., American Airlines Inc., British Airways Plc, Asociación de Agencias de Viaje de Buenos Aires (Aviabue)”, disponible en internet el 7/11/2017 en <http://cndc.produccion.gob.ar/sites/default/files/cndcfiles/356.pdf>

· Resolución SCI No 101 del 21/11/2003 y Dictamen CNDC N° 434 del 21/11/2003, en autos caratulados “Comerciantes de la Ciudad de San Carlos de Bariloche s/Infracción Ley 22.262”, disponible en internet el 7/11/2017 en <http://cndc.produccion.gob.ar/sites/default/files/cndcfiles/434.pdf>.

· Resolución SCI No 124 y Dictamen CNDC N° 513, ambas del 25/07/2005, en autos caratulados “Loma Negra CIASA y otros s/Infracción Ley 22.262”, disponible en internet el 7/11/2017 en <http://cndc.produccion.gob.ar/sites/default/files/cndcfiles/513.pdf>.

· Resolución SCI No 119 del 15/07/2005 y Dictamen CNDC N° 510 del 8/07/2005, en autos caratulados “Praxair Argentina S.A. y otros s/ Infracción Ley 25.156”, disponible en internet el 7/11/2017 en <http://cndc.produccion.gob.ar/sites/default/files/cndcfiles/510.pdf>.

· Resolución SCI No 219 del 17/06/2010 y Dictamen CNDC N° 678 del 15/06/2010, en autos caratulados “Multicanal S.A. y Otros s/ Denuncia por Infracción a la Ley 22.262”, disponible en internet el 7/11/2017 en http://cndc.produccion.gob.ar/sites/default/files/cndcfiles/678_0.pdf.

· Resolución SCI No 112 del 26/03/2010 y Dictamen CNDC N° 665 del 11/03/2010, en autos caratulados “Estaciones de Servicio de GNC (Rosario) s/Infracción Ley 25.156 (C. 824)”,

disponible en internet el 7/11/2017 en <http://cndc.produccion.gob.ar/sites/default/files/cndcfiles/665.pdf>.

- Resolución SC No 411 del 8/10/2015 y Dictamen CNDC N° 860/2014 del 30/10/2014, en autos caratulados “Transporte Basa-Costera Criolla y Ciudad de Gualeguay s/ Infracción Ley N. 25.156 (C. 915)”, disponible en internet el 7/11/2017 en <http://cndc.produccion.gob.ar/sites/default/files/cndcfiles/860.pdf>.

- Resolución SC No 705 del 4/12/2015 y Dictamen CNDC N° 986 del 25/11/2015, en autos caratulados “Oficina Anticorrupción s/ Solicitud de Intervención CNDC (C. 1142)”.

Notas [\[arriba\]](#)

[1] VARNEY, Christine, *The Cartels and Leniency Review*, Law Business Research Ltd., London, 2013, pág. 328.

[2] Sin ir más lejos, sólo basta con repasar las estadísticas que maneja la Comisión Europea (disponibles el 7/11/2017 en <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>) para vislumbrar la magnitud del tema bajo análisis.

[3] AUBERT, Cécile, REY, Patrick, KOVACIC, William, *The impact of Leniency and Whistleblowing Programs on Cartels*, pág. 2, disponible en internet el 7/11/2017 en <http://idei.fr/sites/default/files/medias/doc/by/rey/leniency.pdf>.

[4] MARISCAL, Elisa V.; MENA-LABARTHE, Carlos, *Leniency Programs in Latin America: “New” tools for cartel enforcement*. *Competition Policy International*, Volúmen 6, Número 2, 2010, pág. 164, disponible en internet el 7/11/2017 en <https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/0d358061e11f2708ad9d62634c6c40ad/MariscalMeanLa>

barthe.pdf.

- [5] Las citas realizadas a lo largo de este trabajo del Lic. Esteban Greco, Presidente de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) (Diciembre 2015 hasta la actualidad), surgen de una reunión que mantuve con él en fecha 16/05/2017.
- [6] CERVIO, Guillermo; RÓPOLO, Esteban, Ley 25.156 Defensa de la Competencia comentada y anotada, La Ley, Buenos Aires, 2010, pág. 6.
- [7] CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo; SEREBRINSKY, Diego H., Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia, Tomo I, Heliasta, Buenos Aires, 2017, pág. 13.
- [8] CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, SEREBRINSKY, Diego H., op. cit., pág. 11.
- [9] ORLANSKI, Leonardo, Competencia y Regulación, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, pág. 36
- [10] Resulta también útil analizar la LDC a la luz de los debates parlamentarios. A modo de ejemplo, cabe destacar las expresiones de la Diputada Isequilla al momento de discutir la sanción de la LDC, a saber “[el capitalismo] es profundamente inmoral cuando no permite el libre ejercicio de la competencia, y ésta es fundamental para lograr el bienestar de toda la comunidad”.
- [11] MOLINA SANDOVAL, Carlos A., Defensa de la Competencia, Errepar, Buenos Aires, 2006, pág. 30.
- [12] CERVIO, Guillermo y RÓPOLO, Esteban, op. cit., pág. 6.
- [13] Resolución SCI No 214 del 21/6/1995 y Dictamen CNDC N° 177 del 21/6/1995, en autos caratulados “Centro de Panaderos Industriales de Lanús “El Hogar Obrero”, Cooperativa De Consumo, Edificación y Crédito Ltda.”, disponible en internet el 7/11/2017 en <http://cndc.prod.accion.gob.ar/sites/default/files/cndcfiles/177.pdf>.
- [14] CABANELLAS (h), Guillermo, Aplicación judicial y administrativa de la ley de defensa de la competencia, JA, 1983-IV, pág. 758.
- [15] CSJN, en autos caratulados “Credit Suisse First Boston Private Equity Argentina II y otros s/ apel. Resol. Comisión Nac. Defensa de la Competencia”, 5/06/2007, S.C.C. 1216 L. XLI; CSJN, en autos caratulados “Recreativos Franco s/ apel. Resol. Comisión Nac. Defensa de la Competencia”, 5/06/2007, SC, R.1170, L.XLII.
- [16] Siguiendo la práctica aceptada a nivel jurisprudencial, bajo la vigencia de la LDC se continuó operando conforme a la estructura orgánica dual creada por la anterior Ley de Defensa de la Competencia N° 22.262 compuesto por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (la CNDC) y la Secretaría de Comercio del Ministerio de Economía (la Secretaría de Comercio).
- [17] ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE), Independence of Competition Authorities - from designs to practices (Contribution from Argentina), Global Forum on Competition, Sesión III, 1-2 de Diciembre de 2016, pág. 5, disponible en internet el 7/11/2017 en [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD\(2016\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD(2016)1/en/pdf).
- [18] HUICI, Héctor, Requiem Para el Tribunal de Defensa de la Competencia, disponible en internet el 7/11/2017 en https://www.clarin.com/opinion/Requiem-Tribunal-Defensa-Competencia_0_ByO_rY5DQe.html; TREVISÁN, Pablo, Competencia: Otra Oportunidad Perdida, El Cronista, 1/10/2014, disponible en internet el 07/11/2017 en <https://www.cronista.com/legales/Competencia-otra-oportunidad-perdida-20141001-0009.html>.
- [19] Diputado Nacional por la provincia de Córdoba, Mario Negri (UCR-Cambiemos) y la Diputada Nacional por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Elisa Carrió (Coalición Cívica - Cambiemos).
- [20] FORO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA (15ª Ed.), Sesión I: Cárteles: Estimación del daño y las acciones públicas para la aplicación de la ley (Contribución de Argentina), 4-5 de abril de 2017, Nicaragua, pág. 3, disponible en internet el 7/11/2017 en

https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/carteles_estimacion_d_el_dano_y_las_acciones_publicas.pdf).

[21] Vale la pena aclarar que, la LDC prevé un mecanismo de control estatal tanto de carácter previo o posterior al cierre de la transacción (en efecto, el art. 8 LDC establece que las empresas involucradas pueden notificar la operación hasta una semana luego del cierre). Cabe destacar que la mayoría de las jurisdicciones del mundo prevén un sistema de control previo, por lo que la Nueva Ley vendría a alinearse con las mejores prácticas internacionales. Para más información respecto del tema, remitimos a FERREYRA ROMEA, Sebastián J., Defensa de la Competencia. Reflexiones a más de 10 años de la sanción de la Guía de Notificación de Concentraciones Económicas (“Res. 40/01”), Revista Argentina de Derecho Comercial y de los Negocios, 2014, pág. 1.

[22] Cabe recordar que la Nueva Ley se valió del anteproyecto que fuera preparado en 2010 por el equipo liderado por el ex-Vicepresidente de la CNDC, Diego Póvolo, y que fuera oportunamente elevado al Secretario de Comercio Interior bajo Resolución CNDC N° 157 del 15 de diciembre de 2010.

[23] COLOMA, Germán, Defensa de la Competencia, 2a ed., act., Ciudad Argentina, Buenos Aires-Madrid, 2009, pág. 95.

[24] BORK, R.H., The antitrust paradox. A policy at war with itself. Basic Books, Inc., Nueva York, 1978, pág. 263.

[25] CERVIO, Guillermo y RÓPOLO, Esteban, op. cit., pág. 151. Vale tener presente que nuestra legislación se encamina en esa dirección, atento a que el art. 2 de la Nueva Ley establece el carácter per se de las conductas anticompetitivas concertadas al rezar lo siguiente: “Art. 2: Constituyen prácticas absolutamente restrictivas de la competencia y se presume que producen perjuicio al interés económico general, los acuerdos entre dos o más competidores, consistentes en contratos, convenios o arreglos cuyo objeto o efecto fuere: 1. 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; 2. Establecer obligaciones de (i) producir, procesar, distribuir, comprar o comercializar sólo una cantidad restringida o limitada de bienes, o (ii) prestar un número, volumen o frecuencia restringido o limitado de servicios; 3. Repartir, dividir, distribuir, asignar o imponer en forma horizontal zonas, porciones o segmentos de mercados, clientes o fuentes de aprovisionamiento; 4. Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en licitaciones, concursos o subastas. Estos acuerdos serán nulos de pleno derecho y, en consecuencia, no producirán efecto jurídico alguno” (el subrayado me pertenece).

[26] Art. 1 de la LDC reza lo siguiente: “Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios (...)” (el subrayado me pertenece).

[27] Art. 56 de la LDC.

[28] OTAMENDI, Jorge, Presupuestos básicos para la aplicación de la ley de defensa de la competencia, La Ley, 1981, pág. 2.

[29] Resolución SCDDC No 115 del 10/10/2001 y Dictamen CNDC N° 356 del 27/08/2001, en autos caratulados “United Airlines Inc., American Airlines Inc., British Airways Plc, Asociación de Agencias de Viaje de Buenos Aires (Aviabue)” (considerando VII.72), disponible en internet el 7/11/2017 en <http://cn dc.produccion.gov.ar/sites/default/files/cndcfiles/356.pdf>.

[30] CERVIO, Guillermo y RÓPOLO, Esteban, op. cit., págs. 140 y 141.

[31] Una enumeración casi idéntica de las características de estos mercado que favorecen la cartelización fue realizada por la CNDC en la causa “Comerciantes de la Ciudad de San Carlos de Bariloche s/Infracción Ley 22.262”, Resolución SCI No 101 del 21/11/2003 y

Dictamen CNDC N° 434 del 21/11/2003 (considerandos 136 a 139), disponible en internet el 7/11/2017 en <http://cndc.prod.accion.gob.ar/sites/default/files/cndcfiles/434.pdf>.

[32] COLOMA, Germán, op. cit., pág. 149. La exigencia de la LDC de que las conductas anticompetitivas deben, para ser sancionables, originar un perjuicio real o potencial al interés económico general, se interpreta en la práctica como un requisito de aplicabilidad de la regla de la razón a todas las conductas violatorias de la competencia. En base a nuestra jurisprudencia, como se verá más adelante, en los casos de colusión abierta, la afectación al interés económico general se produce prácticamente siempre, dado que dicha práctica tiene como objetivo o efecto incrementar los precios o reducir las cantidades comerciales respecto de las que regirían en una situación de competencia.

[33] Según el tipo de cambio al día 01/06/2017 (USD 1 = ARS 16.06; Fuente BCRA: http://www.bcra.gob.ar/PublicacionesEstadisticas/Cotizaciones_por_fecha_2.asp), las multas estimadas en dólares norteamericanos oscilan entre el mínimo de aproximadamente USD 620 y el máximo de USD 9.300.

[34] FORO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA (15ª Ed.), op. cit., pág. 4.

[35] Resolución SCI No 219 del 17/06/2010 y Dictamen CNDC N° 678 del 15/06/2010, en autos caratulados “Multicanal S.A. y Otros s/ Denuncia por Infracción a la Ley 22.262”, disponible en internet el 7/11/2017 en http://cndc.prod.accion.gob.ar/sites/default/files/cndcfiles/678_0.pdf.

[36] Resolución SCI No 124 y Dictamen CNDC N° 513, ambas del 25/07/2005, en autos caratulados “Loma Negra CIASA y otros s/ Infracción Ley 22.262”, disponible en internet el 7/11/2017 en <http://cndc.prod.accion.gob.ar/sites/default/files/cndcfiles/513.pdf>.

[37] Resolución SCI No 119 del 15/07/2005 y Dictamen CNDC N° 510 del 8/07/2005, en autos caratulados “Praxair Argentina S.A. y otros s/ Infracción Ley 25.156”, disponible en internet el 7/11/2017 en <http://cndc.prod.accion.gob.ar/sites/default/files/cndcfiles/510.pdf>.

[38] Resolución SCI No 112 del 26/03/2010 y Dictamen CNDC N° 665 del 11/03/2010, en autos caratulados “Estaciones de Servicio de GNC (Rosario) s/ Infracción Ley 25.156 (C. 824)”, disponible en internet el 7/11/2017 en <http://cndc.prod.accion.gob.ar/sites/default/files/cndcfiles/665.pdf>.

[39] Resolución SC No 411 del 8/10/2015 y Dictamen CNDC N° 860/2014 del 30/10/2014, en autos caratulados “Transporte Basa-Costera Criolla y Ciudad de Gualeguay s/ Infracción Ley N. 25.156 (C. 915)”, disponible en internet el 7/11/2017 en <http://cndc.prod.accion.gob.ar/sites/default/files/cndcfiles/860.pdf>.

[40] Se investigó el reparto de clientes entre SHELL GAS y TOTALGAZ, en el mercado de Gas licuado de petróleo (GLP) envasado en la ciudad de Posadas, Provincia de Misiones. Y en 2006 se impuso a ambas firmas una sanción de multa fijada en la suma de \$ 250.000 a cada una, la cual fuera luego revocada en sede judicial.

[41] CFACR, en autos caratulados “Honda Motors Argentina S.A. y otros c/ Estado Nacional-Secretaría de Comercio s/ Recurso Directo Ley 25156”, 13/8/2015, Expte. No 81000803.

[42] Resolución SC No 705 del 4/12/2015 y Dictamen CNDC N° 986 del 25/11/2015, en autos caratulados “Oficina Anticorrupción s/ Solicitud de Intervención CNDC (C. 1142)”.

[43] Conforme surge de la página web del Banco Central de la República Argentina (http://www.bcra.gob.ar/PublicacionesEstadisticas/Cotizaciones_por_fecha_2.asp), al 25/7/2005 la cotización entre dólar estadounidense y peso argentino equivalía a USD 1 = 2,862.

[44] Conforme surge de la página web del Banco Central de la República Argentina (http://www.bcr.gob.ar/PublicacionesEstadisticas/Cotizaciones_por_fecha_2.asp), al 8/7/2005 la cotización entre dólar estadounidense y peso argentino equivalía a USD 1 = 2,869.

- [45] CERVIO, Guillermo y RÓPOLO, Esteban, op. cit., pág. 142.
- [46] Será la combinación de distintos elementos probatorios (algún tipo de comunicación, entendimiento o intercambio de información entre las empresas que llevan a cabo la conducta) y las características del mercado en cuestión, las que permitirán eventualmente inferir la existencia de la conducta colusiva. En definitiva, es a través de un mecanismo indirecto que se prueba la existencia de un comportamiento colusivo, a partir de indicios que muestren la presencia de i) un entendimiento entre las empresas involucradas, ii) un comportamiento que puede ser explicado únicamente como el resultado de tal entendimiento.
- [47] ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE), Prosecuting Cartels without Direct evidence of Agreement, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, Global Forum on Competition, 11 de Septiembre de 2006, pág. 9, disponible en internet el 7/11/2017 en <https://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/37391162.pdf>.
- [48] El fallo de la Cámara Federal de Apelaciones de Posadas dictado en el caso “Shell-Totalgaz” constituye un claro ejemplo, ya que en él se revocó en su totalidad la Resolución N. 32/2006 dictada por la Secretaría de Comercio Interior que impuso multas a las empresas Shell Gas S.A. y Totalgaz Argentina S.A., por encontrarlas incurso en la conducta de reparto de mercado.
- [49] Debido al número creciente de notificaciones que se realizan año a año ante la CNDC, ante la falta de actualización de los umbrales legales para la notificación de concentraciones económicas, previstos en el art. 8 de la LDC.
- [50] CERVIO, Guillermo y RÓPOLO, Esteban, op. cit., pág. 150.
- [51] ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE), Derecho y Política de la Competencia en Argentina. Examen Inter Pares, 2006, pág. 54, disponible en internet el 7/11/2017 en https://www.oecd.org/daf/competition/Argentina2006Peer%20Review_sp.pdf.
- [52] COLOMA, Germán, op. cit., pág. 107.
- [53] PÓVOLO, Diego, Lucha contra los cárteles - Políticas de Clemencia, presentación realizada en el 4º Coloquio de ForoCompetencia de fecha 16 de octubre de 2009.
- [54] COLOMA, Germán, op. cit., pág. 108.
- [55] Las citas realizadas a lo largo de este trabajo a Daniel Colgan, abogado y socio del estudio jurídico internacional DLA Piper, surgen de una conferencia telefónica que mantuve con él en fecha 23/05/2017.
- [56] KOVACIC, William E., Beyond leniency, pág. 1, disponible en internet el 7/11/2017 en <https://www.epant.gr/FileHandler.ashx?filepath=/Documents/William%20Kovacic.pdf&AspxAutoDetectCookieSupport=1>.
- [57] DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS, Individual Leniency Policy, disponible en internet el 7/11/2017 en www.justice.gov/atr/public/criminal/leniency.html.
- [58] De acuerdo a un reporte de 2011 de la Government Accountability Office, entre 2004 y 2010 la División presentó un total de 173 casos criminales de cartel, de los cuales 129 involucró un aplicante exitoso de clemencia (75 %). Para más información, remitimos a “Stakeholder View on Impact of 2004 Antitrust Reform are Mixed, but Support on Whistleblower Protection”, United States Government Accountability Office Report to Congressional Committees (July 2011), disponible en www.gao.gov/new.items/d11619.pdf.
- [59] KOVACIC, op. cit., pág. 1.
- [60] Los casos más resonantes fueron “Comisión Europea c/ Hoffman-La Roche y otros”, “Comisión Europea c/ UCAR y otros”, “Comisión Europea c/ SAS y Maersk” y “Comisión

Europea c/ Arjo y otros”. Para más información, remitimos al website de la Comisión de Competencia de la Comunidad Europea (disponible en internet el 7/11/2017 <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>).

[61] ALMUNIA, Joaquin, Cartels: The priority in competition enforcement, 15th International Conference on Competition: A Spotlight on Cartel Prosecution, Berlin, 14 de abril de 2011, pág. 4, disponible en internet el 7/11/2017 en file:///C:/Users/romeas/Downloads/SPEECH-11-268_EN.pdf.

[62] A modo de ejemplo, remitimos a la información estadística de los acuerdos de clemencia celebrados por CADE en Brasil (disponibles el 7 de septiembre de 2017 en <http://www.cade.gov.br/asuntos/programa-de-leniencia>), donde se puede visualizar que desde 2014 la cantidad de acuerdos celebrados ha ido aumentando de forma consistente.

[63] Según el art. 17 de la LDC, el Tribunal reúne las condiciones de organismo autárquico facultado para instruir sumarios administrativos y sancionar las conductas perjudiciales al interés económico general previstas en la LDC.

[64] Que prevé en el art. 19 de su Anexo I, un plazo de 60 días para la primera designación del Tribunal.

[65] Para más información sobre el tema, remitimos a FERREYRA ROMEA, Sebastián, Aproximación al estudio de los efectos de la política económica sobre la defensa de la competencia, Revista Argentina de Derecho Comercial y de los Negocios, 2014, pág. 1 y ss.

[66] En Enero y Mayo de 2016 se dictaron los Decretos 1/2016 y 718/2016, respectivamente, que establecieron a la Secretaría de Comercio del Ministerio de Producción de la Nación como autoridad de aplicación de la LDC y a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia como órgano técnico en la materia. Por su parte, en Julio de 2016 se emitió la Decisión Administrativa 756/2016, a partir de la cual se aprobó la estructura organizacional operativa de la CNDC incorporando cuatro Direcciones Nacionales, a cargo de conductas anticompetitivas, concentraciones económicas, investigación y abogacía de la competencia.

[67] Las citas realizadas a lo largo de este trabajo al Dr. Diego Póvolo, ex Vicepresidente 2º y vocal de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Febrero 2005 - Diciembre 2014), surgen de una reunión que mantuve con él en fecha 01/06/2017.

[68] PÓVOLO, Diego, Lucha contra los cárteles - Políticas de Clemencia, presentación realizada en el 4º Coloquio de ForoCompetencia de fecha 16 de octubre de 2009.

[69] ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE), Independence of Competition Authorities - from designs to practices (Contribution from Argentina), Global Forum on Competition, Sesión III, 1-2 de Diciembre de 2016, pág. 2, disponible en internet el 7/11/2017 en [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD\(2016\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD(2016)1/en/pdf).

[70] FERREYRA ROMEA, Sebastián J., Aproximación al estudio de los efectos de la política económica sobre la defensa de la competencia, Revista Argentina de Derecho Comercial y de los Negocios, 2014, pág. 1 y ss.

[71] INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN), Work Product Catalogue, Septiembre de 2012, disponible en internet el 7/11/2017 en www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc770.pdf.

[72] A modo de ejemplo, la Unión Europea tiene acuerdos de cooperación con países fuera de la UE, básicamente los Estados Unidos de América, Canadá, Australia, Japón, Suiza, Brasil, Corea del Sur. Estos acuerdos pueden ayudar a la Comisión a obtener información y pruebas ubicadas fuera de la UE. Pero tales acuerdos no habilitan a la Comisión a divulgar información confidencial recibida en el curso de la investigación. Por tal motivo resulta común que la Comisión solicite a las partes investigadas que facilite “dispensas” (o waivers) que le permita discutir los casos con las otras autoridades.

[73] MARISCAL, Elisa V.; MENA-LABARTHE, Carlos, op. cit., pág. 175.

[74] Y prosigue Colgan diciendo que “La confidencialidad es otro motivo de preocupación en el ámbito del intercambio de información entre agencias: por ejemplo, la evidencia recolectada en Francia o en Suiza no estás autorizado a utilizarla fuera de dichos países o fuera de la UE. Sería un delito criminal enviarla al Departamento de Justicia de los Estados Unidos. Pero si nuestro cliente decide aplicar al mismo tiempo en EE.UU. y en la UE, se espera el mismo nivel de cooperación en ambas jurisdicciones. Puntualmente, digamos que si tienes materiales que no son confidenciales en la UE (por ejemplo, aquellos creados por un abogado interno conforme el fallo Akzo Novel; bajo las leyes europeas los abogados in-house no tienen protección de confidencialidad). Ahora bien, bajo las leyes norteamericanas, la información del abogado interno tiene protección pero si la divulgas (entregándosela a un tercero o al regulador, te la olvidas en el colectivo camino a tu casa) el material pierde la protección en los EE.UU. Y en EE.UU. se va un paso más allá y se creó la doctrina de “subject matter waiver”, imagina que tienes una página que pertenece a un documento (todo confidencial, pero divulgas sólo esa página). En los EE.UU. bajo la mencionada doctrina si divulgas esa única página lo que estás haciendo es dispensar la protección de confidencialidad para todo el documento. Como resultado de la divulgación ante la Comisión Europea, todo el documento pierde la protección en los EE.UU., no sólo ante las autoridades sino también frente a las acciones de clase en ese país”.

[75] Ex Deputy Assistant Attorney General del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América.

[76] HAMMOND, Scott D., Charting New Waters in International Prosecutions, disponible en internet el 7/11/2017 en www.justice.gov/atr/public/speeches/214861.htm.

[77] La División Antitrust se ha enfocado crecientemente en la persecución de carteles internacionales, pero no existen reglas universales para la extradición. Que un demandado enfrente una extradición dependerá de los términos particulares del tratado bilateral de extradición entre los dos países involucrados. La mayoría de los tratados bilaterales en los que los Estados Unidos es parte prevén que el otro país extraditará al demandado sólo cuando la conducta que subyace a la infracción es un crimen bajo las leyes de ambos países (criminalismo dual). La mayoría de los países no criminalizan la fijación de precios para individuos, por lo cual históricamente la División ha tenido dificultades en obtener la extradición formal de otros países. En la práctica, los procedimientos contra acusados extranjeros dependen en gran medida de la presentación voluntaria a la jurisdicción de los tribunales de Estados Unidos o que se lo arreste durante una visita al país.

[78] HAMMOND, Scott D., Beating Cartels at Their Own Game: Sharing Information in the Fight Against Cartels, disponible en internet el 7/11/2017 en www.justice.gov/atr/public/speeches/20164.pdf.

[79] VARNEY, Christine, The Cartels and Leniency Review, Law Business Research Ltd., London, 2013, pág. 42.

[80] MARISCAL, Elisa V.; MENA-LABARTHE, Carlos, op. cit., pág. 165.

[81] Las pruebas sobre dichos acuerdos que entregó Tecumseh eran principalmente registros de documentos electrónicos (correos electrónicos). Estos permitieron establecer claramente quienes conformaban el cartel, desde cuando existía y la forma en que este operaba; se estableció claramente la coordinación que existía entre las empresas y el monitoreo que se realizaba para cuidar que los acuerdos se cumplieran. Con estos antecedentes la FNE pidió al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) que se condene a Whirlpool a una multa económica, junto a otras medidas como que se ordene el cese inmediato de este tipo de prácticas, así como a no ejecutarlas en el futuro bajo apercibimiento de considerarlo reincidente, y para Tecumseh do Brasil la FNE pidió se otorgue la exención contemplado en el art. 39 bis del Decreto Ley 211, en virtud de que esta empresa cumplió todos los

requisitos contemplados en la norma para el otorgamiento del beneficio. Para más información, remitimos a VEGA OPAZO, Ana Lucía, Eficacia de la Delación Compensada en materia de Libre Competencia en el Derecho Chileno. Análisis comparativo con el programa de clemencia de la Unión Europea, págs. 39, 40, disponible en internet el 4/5/2018 en <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2011/fjv42e/doc/fjv422e.pdf>.

[82] En palabras de Greco, “un elemento central para que el programa de clemencia funcione consiste en que las multas deben ser muy severas con reglas claras respecto del modo de su graduación. La multa debiera ser mayor al beneficio ilícito obtenido, aumentado además las probabilidades de detección. El Proyecto aumentó las multas siguiendo la experiencia internacional y adoptando como topes un determinado porcentaje del volumen de negocio de la empresa. La idea es que las sanciones sean disuasivas pero al mismo tiempo no sacar a la empresa del mercado. A través de reglamentaciones posteriores se brindarán mayores lineamientos, pero las sanciones más severas serán para los carteles duros (hard core cartels)”.

[83] RÍOS, Mauro Adrián, La función de Compliance y su importancia dentro de las instituciones financieras, pág. 1, disponible en internet el 12/9/2017 en https://www.ucema.edu.ar/posgrado-downloads/tesinas2014/Tesina_MAF_UCEMA_Rios.pdf.

[84] DURRIEU, Nicolás, El Oficial de Cumplimiento: su responsabilidad penal y administrativa, disponible en internet el 7/11/2017 en <http://www.abogados.com.ar/el-oficial-de-cumplimiento-su-responsabilidad-penal-y-administrativa/17120>.

[85] Este sería el caso de aquellos empleados disconformes con la empresa (disgruntled employees) que en el pasado ha dado origen a investigaciones de competencia tanto a nivel local (ej. Caso Cartel del Cemento) como a nivel internacional.

[86] KOVACIC, op. cit.

[87] Aprobada por Resolución Comisión de Defensa de la Libre Competencia N° 059-2017/CLC-INDECOPI.

[88] Puntualmente Colgan explica que “el procedimiento oral funciona de este modo: en la UE los memorándums que son creados por abogados son confidenciales. Si se lo presentas a la autoridad, la copia del memo no será más confidencial porque dispensaste el privilegio al divulgarlo ante la autoridad. Entonces se recomienda informar el contenido del memo sin divulgar el memo en sí. Por este motivo es que la presentación ante la Comisión se realiza oralmente -para poder argumentar eventualmente ante la justicia que lo que presenté ante la Comisión no es el memo, el cual permanece confidencial- y la Comisión nunca divulga dicha información. La grabación que tiene la Comisión con la confesión oral, no es algo que pueda ser divulgado. La divulgación podría llegar a venir del memo. Si tienes presente este tecnicismo en mente, nunca existe información confidencial que le es entregada a la Comisión: porque la evidencia del cartel no es confidencial y la exposición oral tampoco lo es”.

[89] A modo de ejemplo, los oficiales de la Comisión Europea pueden realizar inspecciones sin previo aviso en cualquier lugar de la UE a efectos de investigar posibles actividades de cartelización. El equipo normalmente consiste entre 5 a 10 oficiales, donde los oficiales de la Comisión son normalmente acompañados por dos o tres oficiales de la autoridad nacional de competencia. Al realizarse una inspección sorpresa, los oficiales podrán:

- ingresar al lugar, tierras o medios de transporte de las empresas o asociación de empresas;
- examinar libros y otros registros comerciales de la empresa investigada;
- extraer copias de los libros y registros;
- solicitar explicaciones verbales in situ de los hechos o documentos relacionados con la materia y propósito de la inspección;
- sellar sedes de negocios, libros o registros por el tiempo que fuere necesario para la investigación.

La Comisión también podrá-sujeto a la obtención de una orden judicial de allanamiento-inspeccionar residencias privadas, tierras y medios de transporte, inclusive el domicilio de los directores, gerentes y otros miembros del staff de la empresa investigada, si existiere sospecha razonable que los libros u otros registros relacionados con los negocios y con la inspección están ubicados allí.

Por su parte, a nivel regional los allanamientos en Brasil son regulados en el Código de Procedimiento Civil y sólo un juez puede ordenarlos. Adicionalmente a la sede de la empresa, CADE puede requerir acceso al domicilio de las personas bajo investigación. Durante el allanamiento los oficiales de CADE, la policía federal o la oficina del Fiscal Público pueden tomar objetos, papeles de cualquier tipo, libros comerciales, computadoras y archivos digitales de las empresas. Tales materiales deben relacionarse con la investigación en curso. La evidencia tomada en el allanamiento debe ser cerrada por los oficiales para garantizar su autenticidad.

[90] En relación a este punto, Greco nos aportó un elemento interesante al decir que “hubieron ciertas modificaciones en el proyecto de ley, que en una primera versión preveían reducciones de hasta el 80 % para el segundo que presentase pruebas adicionales que fueran relevantes, y eso ahora llegan al 50 %, no al 80 (entre el 20 y el 50 % según el Proyecto que está en discusión en el Congreso). El tema es que justamente allí recogimos algunos comentarios recibidos, porque si es muy alto el beneficio para el segundo puede erosionar los beneficios para ser el primero”.

[91] Art. 192 de las Normas Internas del CADE.

[92] VARNEY, Christine, op. cit., págs. 93, 94.

[93] VARNEY, Christine, op. cit., pág. 332.

[94] GRECO, Esteban; QUESADA, Lucía, “Actualización en Defensa de la Competencia en Argentina: prioridades y cambios legislativos”, presentación ante la Cámara Española de Comercio de la República Argentina en fecha 14 de junio de 2017.

[95] MARISCAL, Elisa V.; MENA-LABARTHE, Carlos, op. cit., pág. 172.

[96] En el Caso 1:06-md 01775-jg-vvp “Air Cargo Shipping Services Antitrust Litigation”, el Director General de Competencia de la Comisión, Alejandro Italianer, le escribió a una corte de Nueva York que le recomiende a un juez que no permita la divulgación de la versión confidencial de la decisión de la Comisión emitida en la investigación de cartel de Air Cargo, en el procedimiento de daños iniciado en las cortes de Nueva York, enfatizando sobre la “política de largo plazo de la Comisión de que las afirmaciones corporativas preparadas para su preparación ante el Programa de Clemencia de la Comisión deben tener protección de ser divulgados durante y después de la investigación.

[97] Al respecto, remitimos al caso T-344/08, EnBw Energie Baden-Wurttemberg AG v. Commission, decisión del 22 de mayo de 2012, donde la Corte de Justicia Europea aceptó la apelación de le EnBW (y de ese modo revocó una decisión de la Comisión) tendiente a acceder a documentos del expediente de clemencia, sobre la base que la Comisión debiera haber realizado una examinación individual y concreta de los documentos pedidos por EnBW previo a tomar una decisión denegatoria.

[98] VARNEY, Christine, op. cit., pág. 95

[99] VARNEY, Christine, op. cit., pág. 333.

[100] HAMMOND, Scott D., Scott Hammond on Stolt-Nielsen, disponible en internet el 7/11/2017 en [www.justice.gov/atr/p ublic/speech es/234840. htm](http://www.justice.gov/atr/p%20ublic/speech%20es/234840.htm).

[101] Por favor notar, no obstante, que en algunas circunstancias las empresas que cotizan públicamente en Estados Unidos podrían ser requeridas de revelar su participación en el Programa de Clemencia, así como también cierta información relacionada con la conducta investigada, como parte de las obligaciones de divulgación del mercado de valores (VARNEY, Christine, op. cit., pág. 336).

[102] El Decreto Reglamentario 206/2017 establece en el art. 8° que “A los efectos de la presente reglamentación: (...) c) Se entenderá como información cuya revelación pudiera perjudicar el nivel de competitividad o lesionar los intereses del sujeto obligado, aquella que: 1) Sea secreta, en el sentido de que no sea, en todo o en las partes que la componen, generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión; y 2) Tenga un valor comercial por ser secreta; y 3) Haya sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias, para mantenerla secreta, tomadas por el sujeto obligado que legítimamente la controla. (...)”.

[103] Al respecto resulta útil recordar la experiencia brasilera donde el proceso de construcción y funcionamiento del programa tardó varios años, y se vio impulsado gracias a las reglamentaciones que se dictaron años más tarde para otorgar mayor certidumbre al mercado en general.

[104] PÓVOLO, Diego, Anteproyecto de Reglamentación de Procedimiento de exención y reducción de pago del importe de la multa, presentación realizada en el 4° Coloquio de ForoCompetencia de fecha 16 de octubre de 2009.

[105] La colaboración para con la autoridad será un elemento determinante, no sólo para dilucidar si corresponde otorgar el beneficio de clemencia sino también por si se configura algún otro incumplimiento de la LDC vinculado a la obstaculización del procedimiento investigativo (Cfr. art. 50, LDC; art. 59 de la Nueva Ley).

[106] Según el art. 1 de la ley se establece la responsabilidad penal de personas jurídicas privadas por Delitos de cohecho y tráfico de influencias nacional y transnacional (inc. a); negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas (inc. b); concusión (exacciones ilegales) (inc. c); enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados (inc. d), y falsificación de balances (inc. e).

[107] FORO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA (15ª Ed.), op. cit., pág. 3.

[108] TREVISÁN, Pablo, Reparación de daños por infracciones a las normas de competencia. La Unión Europea y la Argentina, La Ley 2015-A, 27 de febrero de 2015.

[109] CERVIO, Guillermo; RÓPOLO, Esteban, op. cit., pág. 540.

[110] CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, SEREBRINSKY, Diego H., Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia, Tomo II, Heliasta, Buenos Aires, pág. 394.

[111] El primer antecedente bajo el cual se reclamaron en sede judicial los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de las conductas llevadas a cabo por la empresa demandada en violación a las normas de defensa de la competencia, fue el caso “Auto Gas”, en el cual se promovió demanda de daños y perjuicios contra YPF S.A., quien resultara responsable civilmente por los daños y perjuicios que su posición dominante le irrogó, en la provisión de gas licuado de petróleo a granel. También se han iniciado algunos reclamos como consecuencia del cartel del cemento, aunque ninguno ha tenido resolución final hasta la fecha del presente trabajo.

[112] FORO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA (15ª Ed.), op. cit., pág. 6.

[113] Nueva Ley de Defensa de la Competencia, art. 62. El art. 63 a su vez establece que la resolución de la autoridad de competencia sobre la violación a la ley, una vez que quede firme, hará de cosa juzgada en la materia.

[114] GOTTIS, Ilene Knable, The Private Competition Enforcement Review, Law Business Research Ltd., London, 2014, pág. 393.

[115] Compañías grandes como Michelin y Deutsche Bahn se han involucrado en litigios y lideran las acciones civiles como forma de mitigar los daños causados por infracciones antitrust. Muchas empresas consideran que tiene un deber ante sus accionistas como forma de recuperar el valor perdido del negocio. También, es una forma para que los gerentes de legales vean una oportunidad para que su equipo de legales genere ingresos.

[116] VARNEY, Christine, op. cit., pág. 389.

[117] En Estados Unidos la Federal Rule of Civil Procedure (FRCP) 26 le permite a los tribunales restringir el descubrimiento de información de negocios confidencial o secretos comerciales y comunicaciones entre abogado-cliente o trabajos legales.

[118] Será clave entonces que el reclamante obtenga la divulgación de documentación, y también deberán probar el monto reclamado de pérdida y que la misma fue causada por el cártel.

[119] GOTTS, Ilene Knable, op. cit., pág. 164.

[120] Para evitar una doble o múltiple responsabilidad por los distintos niveles de producción afectados: (i) la Comisión deberá emitir algún tipo de lineamiento para que los tribunales apliquen, en cuanto a cómo estimar el porcentaje de sobre costo que fue pasado a los compradores indirectos y el monto de los daños, y (ii) los tribunales deberán tener especial atención en las acciones por daños paralelas o previas iniciadas por los reclamantes de otros niveles en la cadena productiva (GOTTS, Ilene Knable, op. cit., pág. 164)

[121] Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act de 2004 (ACPERA).

[122] En la práctica, los aplicantes de clemencia enfrentan una interesante elección estratégica al evaluar el momento y el grado de cooperación adecuado que deben prestar bajo ACPERA. Por un lado, dicho procedimiento le dará al aplicante la chance de cooperar en un caso que podría resultar en daños triples contra sus co-conspiradores, y conferirle así una ventaja de negocio competitiva. Por otro lado, el aplicante estará reticente a proveer datos donde los actores deben probar el quantum de los daños. Por el momento, existe escasa jurisprudencia que ayude a los aplicantes de clemencia a determinar precisamente el deber de cooperación adecuado para no perder los beneficios bajo ACPERA (VARNEY, Christine, op. cit., pág. 336).

[123] De acuerdo con el art. 63 de la Nueva Ley, una vez firme la resolución que emita el Tribunal, la misma tendrá fuerza de cosa juzgada sobre la materia; asimismo, el juez competente, al resolver sobre la reparación de daños y perjuicios, debiera fundar su fallo en las conductas, hechos y calificación jurídica de los mismos establecidos en la resolución del Tribunal.

[124] BALBÍN, Sebastián, Acción social de responsabilidad contra el Directorio, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, pág. 15.

[125] ZALDIVAR, Enrique; MANÓVIL, Rafael; RAGAZZI Guillermo; ROVIRA, Alfredo; SAN MILLÁN, Carlos, "Cuadernos de Derecho Societario", Volumen I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, reimpresión 2000, pág. 305.

[126] ROITMAN, Horacio, Ley de Sociedades Comerciales comentada y anotada, 2da edición, Buenos Aires, La Ley, 2011, pág. 353 y ss.

[127] Pensamos que el accionista podría querer accionar contra los Directivos de la sociedad por el daño reputacional, de imagen patrimonial que se le podría generar a la empresa por su simple participación en acuerdos anticompetitivos, aparición en los diarios, etc.

[128] LORENZETTI, Ricardo L., La interpretación de los contratos, Suplemento Especial Contratos, La Ley, 2015, pág. 198.

[129] Normas de la Comisión Nacional de Valores (N.T. 2013), Título XII "Transparencia en el ámbito de la Oferta Pública", Capítulo I, Sección II "Hechos Relevantes", art. 2 y siguientes.

[130] GRECO, Esteban, Es necesaria una nueva ley de defensa de la competencia, La Nación, 23/04/2017, disponible en internet el 07/11/2017 en <http://www.lanacion.com.ar/2014950-hay-ve-locidades-muy-distintas-en-la-utopista-de-la-disrupcion>.

[131] INDECOPI, Políticas de competencia y el proceso de reformas económicas en América Latina, Lima, 1998.