



H. Cámara de Diputados de la Nación

PROYECTO DE RESOLUCIÓN

La Honorable Cámara de Diputados de la Nación

RESUELVE

Citar, en los términos de los Artículos 71 y 100 inciso 11 de la Constitución Nacional y del Artículo 204 del Reglamento Interno de esta Honorable Cámara, al señor ministro de Economía de la Nación, señor Sergio Tomás Massa y, por su intermedio, al señor Matías Raúl Tombolini, secretario de Comercio de la Nación, al señor Rodrigo Luchinsky, Presidente de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, y a la señora Balbina Griffa Diaz y los señores Guillermo Pérez Vacchini y Pablo Lepere, vocales de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, para que ofrezcan las explicaciones correspondientes relacionadas con el expediente N.º EX2018-45873451-APNDGD#MPYT del registro del ex Ministerio de Producción y Trabajo, caratulado “C.1698-SECRETARÍA DE COMERCIO S/ SOLICITUD DE INTERVENCIÓN”, archivado por la RESOL-2023-1287-APN-SC#MEC.

1. Informe respecto de los motivos por los que se rechazó la incorporación de las personas humanas de los respectivos órganos de administración de las sociedades imputadas y a los ex funcionarios públicos imputados en el expediente penal causa N° 9608/2018 caratulada: “Fernandez Cristina Elisabet y otros s/ asociación ilícita.”
2. Informe respecto de la coordinación, colaboración e intercambio de información con las autoridades del Ministerio Público Fiscal de la Nación y del Juzgado a cargo del en el expediente penal causa N° 9608/2018 caratulada: “Fernandez Cristina Elisabet y otros s/ asociación ilícita.”
3. Informe respecto de la prueba producida por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia consistente en órdenes de registro y allanamiento, recolección de documentación, requerimiento de informes, oficios, audiencias testimoniales, citaciones, auditorías o pericias, y/o el requerimiento de medidas cautelares para la preservación de la prueba producida o el cese de las potenciales conductas anticompetitivas, desde el inicio de la etapa de instrucción del expediente.
4. Informe la colaboración prestada por la Secretaría de Comercio de la Nación en el proceso de instrucción del expediente.
5. Informe si se realizaron audiencias formales o informales de ex funcionarios públicos, sus abogados, mandatarios o sus representantes, que hayan



H. Cámara de Diputados de la Nación

participado de los eventos descriptos en el expediente penal causa N° 9608/2018 caratulada: “Fernandez Cristina Elisabet y otros s/ asociación ilícita.” Durante el período 2003-2015.

6. Informe los alcances de la excusación del Dr. Rodrigo Sebastián Luchinsky de conformidad con la providencia número PV-2020-08774983-APN-CNDC#MDP del día 7 de febrero de 2020.
7. Informe el funcionamiento interno de instrucción por parte de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en el expediente en cuestión, diferenciando el período anterior al 10 de diciembre de 2019 y el posterior.
8. Informar los motivos por los que no se procedió a la confección y convocatoria al concurso para la designación de las autoridades de la Autoridad Nacional de la Competencia en los últimos cuatro años.
9. Informar los motivos por los que no se reglamentó el Régimen de Clemencia previsto en la Ley n° 27.442.

JUAN MANUEL LÓPEZ

MAXIMILIANO FERRARO

PAULA OLIVETO LAGO

VICTORIA BORREGO

MARCELA CAMPAGNOLI

SANTIAGO ESPIL

MÓNICA FRADE

RUBEN MANZI

LEONOR MARTINEZ VILLADA

MARIANA STILMAN

MARIANA ZUVIC



H. Cámara de Diputados de la Nación

FUNDAMENTOS

Señora Presidenta:

El 17 de septiembre de 2018, la Secretaría de Comercio instruyó a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) para que inicie una investigación por presuntas prácticas colusivas.

En el marco de la investigación, la CNDC corrió traslado a 52 empresas de una relación de los hechos por la posible concertación o coordinación de posturas o la abstención en licitaciones de obra pública en las áreas de vialidad, energía, transporte e infraestructura general en el período 2003, hasta al menos 2015, en toda la República Argentina. La investigación también incluyó a la Cámara Argentina de la Construcción y a la Cámara Argentina de Empresas Viales como facilitadoras del presunto acuerdo.

A partir de las actuaciones en el impulso inicial del proceso de investigación y en función de la evidencia incorporada en las actuaciones —consistente en extractos de la causa judicial 9.608/2018, declaraciones testimoniales, resoluciones judiciales dictadas en el marco de la causa judicial 13.816/2018, planillas y documentación aportada por imputados colaboradores en el marco de causas judiciales—, la CNDC concluyó la investigación y remitió a la Secretaría de Comercio de la Nación, a cargo del Lic. Matías Tombolini, un dictamen sugiriendo el archivo de las actuaciones el 29 de junio de 2023. El señor Secretario de Comercio de la Nación efectivamente archiva las actuaciones con fecha 19 de agosto de 2023 y la misma es publicada en el portal web el día 5 de septiembre de 2023.

Con el archivo de las actuaciones, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) realiza una serie de medidas pro-competitivas dirigidas a la Cámara Argentina de Empresas Viales consistentes en: (i) denunciar ante la autoridad de aplicación las prácticas que tengan por objeto u efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado, o que constituyan abuso de posición dominante, de modo que pueda resultar perjuicio al interés económico general; (ii) establecer políticas internas y programas de cumplimiento y promover la adopción de estas políticas entre los asociados; (iii) al momento de realizar reuniones: (a) grabar las reuniones y conservar los archivos; (b) llevar una agenda detallada de los temas a tratar en las reuniones, un registro de asistencia, de actas y de los acuerdos alcanzados; (c) abandonar una reunión en caso de entender que alguna conversación



H. Cámara de Diputados de la Nación

o tema tratado pudiera dar lugar a violaciones al régimen de defensa de la competencia; y (d) mantener los mismos principios para las reuniones virtuales y presenciales; (iv) evitar las compras, ventas, gerenciamiento, cobros y otras actividades similares por cuenta y orden de los miembros asociados (cada miembro debe mantener total independencia para fijar su propio precio y decidir cuándo y con quién contratar y bajo qué condiciones); (v) evitar el intercambio de información comercial sensible (información sobre precios, facturación, costos y volúmenes de producción, clientes, gastos de publicidad, etc.), en particular cuando esta información es reciente o se refiere a proyecciones a futuro; y (vi) no discutir, acordar, limitar o condicionar, directa o indirectamente, la política comercial los asociados o competidores, tanto en lo que se refiere a la determinación de precios como de descuentos o promociones u otras variables de competencia, como la calidad de los bienes o servicios ofrecidos.

Del dictamen de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia por el que se concluye en el archivo de las actuaciones resaltamos las dos principales conclusiones a las que arriban los miembros de dicha Comisión:

“2331. No se observa un “modus operandi” consistente con una colusión entre empresas que participan del mismo mercado relevante, con las respectivas circunstancias de tiempo, modo y lugar acreditadas.

[...]

2341. La CNDC ha examinado los posibles indicios que pudieran inferirse de la estructura y funcionamiento del mercado de obra pública vial, encontrando lo siguiente: (i) La información de la que esta CNDC dispone sobre el sistema de reparto mencionado por Ernesto Clarens no es completa ni precisa como para que se puedan investigar indicios concretos. No existe una explicación exhaustiva de cómo funcionaba el supuesto sistema, como se otorgaban los pases, como se hacía jugar la posición en el ranking de las empresas y como era concretamente el proceso para que se descartaran los competidores necesarios para que quedaran solo dos. Aun así, los posibles patrones que fueron examinados arrojaron resultados negativos. (ii) La falta de interacción repetida entre los oferentes, vuelve prácticamente imposible articular un esquema de pases o compensaciones que permita que aquellos jugadores que dieron el pase, puedan resarcirse con una obra en el futuro. No hay evidencia en el expediente de la existencia de ese “sistema o registro de pases”, ni tampoco de un mecanismo de compensaciones que caracterizan a este tipo de prácticas. (iii) La afirmación de Ernesto Clarens de que



H. Cámara de Diputados de la Nación

“luego se hacía jugar la posición de las firmas en el ranking de la Planilla N.º 2”, no se condice con la disparidad en el número de obras y los montos adjudicados que figuran en dicha planilla. (iv) La estructura del mercado, la participación en el acuerdo colusivo y el número de competidores no incluidos en el acuerdo según Ernesto Clarens, vuelven inverosímil su conformación y subsistencia. (v) La diferenciación de productos hace que sea difícil el reparto, especialmente en lo que respecta a compensar a quienes perdieron obras, con otras obras. (vi) Ernesto Clarens habla de un acompañamiento típico de cuatro ofertas, lo cual se contradice con la evidencia del expediente, en la que se observa una alta variabilidad en la presentación de ofertas. (vii) Ernesto Clarens no explica cómo se resuelve la presencia de oferentes externos al acuerdo. Sin embargo, los hay en más de un 60% de las licitaciones. (viii) Es improbable que un supuesto acuerdo de reparto pueda ejercer poder de mercado debido al poder de mercado compensatorio de la demanda. La capacidad de negociación exhibida por el Estado/DNV en tanto comitente y único demandante de las obras viales investigadas, tornan improbable cualquier hipótesis de ejercicio de poder de mercado como consecuencia de un supuesto acuerdo de reparto de las obras involucradas. (ix) Hay bajas barreras a la entrada y alto nivel de ingreso al mercado. (x) Evaluadas las muestras testigo en las que el propio Ernesto Clarens dice que no hubo acuerdo, comparativamente con el resto de las obras, no surge un perjuicio.”

Sin lugar a dudas, resulta llamativo que se concluya en la inexistencia de un *modus operandi* por parte del cartel de la Obra Pública que está siendo investigado y se encuentra elevado a juicio oral en el expediente penal causa N° 9608/2018 caratulada: "Fernandez Cristina Elisabet y otros s/ asociación ilícita." Sin embargo, es preciso reconstruir el camino del expediente para entender cómo se arriba a la conclusión y, a nuestra consideración, es producto de una ausencia de labor de investigación por parte de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC).

Como bien se encuadra en los considerandos 1558 y 1559, el proceso de investigación versa respecto de un cartel conformado a los efectos de repartir las licitaciones del Estado entre diferentes empresas, lo que en la literatura antitrust se conoce como bid rigging. Este tipo de acuerdos supone la coordinación de los potenciales competidores respecto de las ofertas que van a presentar en una serie de licitaciones públicas.

Como bien se referencia en el considerando 1596, los elementos constitutivos de un acuerdo colusivo son: *“(i) un mecanismo para suprimir la competencia (fijación de*



H. Cámara de Diputados de la Nación

precios, cantidades, reparto de mercados u otro), (ii) un sistema de vigilancia para detectar oportunamente desvíos por parte de sus miembros (lo que se suele implementar mediante sistemas de intercambio de información sensible), y (iii) un esquema de castigo para aquellos miembros que se desvíen.” Que los tres elementos presuponen la “comunicación” entre los miembros del cartel.

En los considerandos 1607, 1608 y 1609 circunscribe con la prueba recopilada el caso exclusivamente a un cartel en el sector de vialidad contratado por el Estado Nacional. Ello acota el universo a las sociedades que participan de dichos procesos licitatorios.

En el centro del cartel, la CNDC puso a la Cámara de la Construcción y la Cámara de Viales como los coordinadores del cartel en su hipótesis inicial. Ello se expresa en forma expresa en el considerando 1611. Sin embargo, a lo largo del dictamen se ocupa de superponer argumentos contrarios a partir de la falta de participación de las sociedades en ambas Cámaras o que han ingresado con posterioridad a los hechos investigados.

En el considerando 1893 se concluye que no se han encontrado pruebas de participación directa de la Cámara de la Construcción en las prácticas colusivas por no haber “*correos electrónicos, documentación ni actas de reuniones que revelen o evidencien que la mencionada Cámara, que nuclea a las empresas del sector, haya actuado como facilitador de las conductas que se investigan en el presente expediente*”. La afirmación se vale por la aparente contradicción de que dos entidades diferentes e independientes sean quienes coordinan la colusión (considerados 1886 y 1887) y que, en tal caso Wagner no actuó como titular o integrante de la Cámara (considerandos 1890 y 1891).

Respecto de la documentación obrante en el expediente, concluyen que ninguno de los documentos ni de los imputados han indicado “*(i) las personas que se reunieron; (ii) día y hora de la reunión; (iii) lugar; (iv) licitación/es a repartir; (v) decisiones adoptadas.*” Interpretamos, que esperaban que dichos extremos sean aportados por los denunciados.

La Comisión se ampara en la nulidad de las declaraciones como medio de prueba en la mencionada causa N° 9608/2018 caratulada: “Fernandez Cristina Elisabet y otros s/ asociación ilícita”, siempre que el juez a cargo aclaró “*que los imputados declaran en los términos de la Ley N° 27.304*”. Por ello, se utilizan las declaraciones como fuente de indicios para la investigación (considerandos 1672 y 1673).



H. Cámara de Diputados de la Nación

Respecto de las declaraciones vertidas por los periodistas Diego Cabot y Hugo Alconada Mon, se refieren a ellas como “*testimonios indirectos o basados en el rumor público*” dado que no revelan las fuentes (considerandos 1828 y 1829). Similar concluye respecto del ex funcionario Javier Iguacel siempre que los hechos sujetos a la investigación son anteriores a su ingreso a la Dirección de Vialidad (considerando 2020)..

En cuanto a las declaraciones de Wagner y Clarens en el marco de los acuerdos de colaboración en sede penal, la CNDC, a pesar de no contar con las herramientas adecuadas ni los medios probatorios, afirma que representan un sistema “*impreciso y contradictorio entre sí*” (considerando 2018).

Los considerandos 2025 a 2027 se sostiene lo siguiente: “*no hay en este expediente un documento o prueba posterior al 1/07/2009 (fecha de la nota) que dé cuenta de una permanencia o continuidad acerca de este tipo de encuentros entre las empresas. En definitiva, se trata de un indicio aislado, sobre el cual no hay concordancia. Tampoco se mencionan personas o directivos que hubieran estado presentes ni puede extraerse que efectivamente hayan intercambiado información sensible con relación a licitaciones determinadas. Si bien en el expediente hay otro tipo de intercambios entre directivos de empresas a través de correos electrónicos, estos no logran explicar el acuerdo colusorio dado que de esas comunicaciones no surge el reparto de obras o la coordinación para la presentación de las ofertas en licitaciones; tampoco evidencian acciones futuras de las empresas con relación a su presentación en licitaciones determinadas.*”

La desestimación de los testimonios fue la principal construcción argumental de los motivos que llevaron a la CNDC a proponer el archivo del expediente. Consideramos que lo más grave es aquello que se insinúa en el considerando 1910: “*el testigo no aportó constancias documentales de las reuniones en la “camarita” a las que refiere y en cuanto a la documentación obrante en allanamientos ordenados por el Poder Judicial, esta CNDC ya ha expuesto en este Dictamen que se ha requerido a los juzgados en lo que tramitaron las causas judiciales Nros. 9.608/2018 y 13.816/2018 que remitiera la documentación y elementos que evidencien la existencia de prácticas prohibidas por el artículo 2 de la Ley N.º 27.442, sin recibir respuesta alguna ni documentación que avale las manifestaciones de los testigos, contándose únicamente con la remisión de determinadas actuaciones de la causa judicial N.º 9.608/2018, entre las que no se encuentran reuniones realizadas en el seno de la CÁMARA DE VIALES. No hay evidencia en el expediente acerca de la procedencia concreta de las Planillas Nros. 1 y 2 aportadas*



H. Cámara de Diputados de la Nación

por Clarens en la causa judicial N.º 9.608/2018. En consecuencia, se desconoce quién los confeccionó y si quien los confeccionó pertenece a la CÁMARA DE VIALES. Tampoco hay evidencia de la circulación efectiva entre sus miembros.”

Hacemos énfasis respecto de este considerando porque la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia expresa que la falta de colaboración de la justicia penal con el proceso, impidió acceder a la prueba documental que permita acreditar los hechos con el mismo nivel de certeza con el que sí logró arribar el Juzgado de instrucción penal. Tal es así que el expediente en la CNDC decae en su análisis por falta de prueba de los “indicios” aportados por los testimonios y la documentación aportada por Clarens en sede penal.

La falta de prueba (considerandos 2016 y 2017) en el expediente de la CNDC no es atribuible a otra persona más que a la CNDC misma. **La instrucción del caso recae sobre sí misma al momento de elaborar el dictamen y cuenta con las herramientas proporcionadas por la Ley N° 27.442 para tal fin. Es menester recordar que el expediente surge de oficio y no ha habilitado la ampliación de los hechos que hemos ofrecido, algo a lo que nos referiremos más adelante.**

Nosotros nos presentamos oportunamente ante la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia e hicimos la presentación ESHE20600DR caratulado “Hernán Reyes, hace presente, ampliación, retiro de toda reserva”. En **aquella oportunidad solicitamos ampliar la investigación a las personas humanas, centrarse en los testimonios de los directivos de las sociedades y entender que los exfuncionarios públicos participaron activamente del cartel.**

En la presentación sostuvimos “los expedientes de la justicia penal analizan la conducta realizada por funcionarios públicos en la coordinación de un proceso de cartelización de las empresas que participaron en las licitaciones de obra pública durante la gestión de gobierno entre los años 2003 y 2015. El rol desarrollado por los funcionarios públicos, en la causa penal, resulta esencial para la comisión de la conducta ilícita, siendo que el delito de cohecho requiere tanto de una parte activa como pasiva para la constitución del tipo. De esta forma, podemos observar que en el marco del expediente penal, funcionarios de la talla de Julio De Vido (imputado tanto por cohecho pasivo como por ser uno de los organizadores de la asociación ilícita), Claudio Uberti (quien estuviera a cargo del Órgano de Control de Concesiones Viales, y habiendo declarado en condición de arrepentido, y de cuya declaración surge los abusos provenientes del Poder Central durante el gobierno de Néstor Kirchner, [...], y la mismísima Cristina Fernández de



H. Cámara de Diputados de la Nación

Kirchner (imputada en calidad de líder de la asociación ilícita, y autora de diversos cohechos pasivos) se hallan siendo investigados por esta clase de figuras penales.”

Es relevante mencionar que enmarcar la conducta desarrollada por los funcionarios públicos como una asociación ilícita supone un conocimiento básico de la participación de una asociación que involucra a las personas en la comisión de los delitos. En este sentido, tanto la doctrina como la jurisprudencia en la aplicación de este tipo penal entienden (1) la existencia de un acuerdo permanente de voluntades, (2) de tres o más personas capaces o incapaces desde el criterio exclusivamente penal, y (3) que tenga por objeto la comisión de una pluralidad indeterminada de delitos.

Ya la doctrina creada por el maestro Soler ha sostenido que *“no se trata de castigar la participación en un delito, sino la participación en una asociación o banda destinada a cometerlos con independencia de la ejecución o inejecución de los hechos planeados o propuestos. El delito consiste en tomar parte en una asociación”*.¹ En igual sentido, la Sala II del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires en el marco de la causa 26.783 “D.R.S.”, ha acompañado esta visión y profundizando alegando que para integrar la asociación *“(…) basta que el sujeto sea consciente de formar parte de una asociación cuya existencia y finalidades le son conocidas”*.

Como consecuencia de esta línea doctrinaria, en los miembros de la organización debe surgir la idea de realización de los delitos donde cada uno sea participe con un rol, una función o un papel dentro de la organización². No se requiere de formas especiales de organización, trato personal y directo de sus miembros, sino de la cohesión y la conciencia de formar parte de una asociación, de cuya existencia y finalidad se tiene conciencia³. Y por ende, no se requiere el inicio o la realización de otro delito alguno, ni siquiera del principio de ejecución del mismo, sino meramente de la voluntad conjunta de llevarlo a cabo.

En el auto de procesamiento dispuesto por el juez Bonadío, juez original del expediente, se establecía como una “colusión” a la actividad ilícita desarrollada por los procesados, incluyendo tanto a los funcionarios públicos como a los empresarios. A modo de referencia, en el procesamiento el Juez expresaba lo siguiente: *“En el presente capítulo se tratará de explicar de manera lo más clara y llana posible lo que sucedió en la República Argentina entre los años 2003 a 2015, donde una*

¹ SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, T. IV, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1992, páginas.711/712.

² DONNA, Edgardo Alberto, “Derecho Penal”, 4º ed. Act. Pág. 301. Editorial Rubinzal Culzoni. 2011.

³ STJ de Entre Ríos, rta.: 14/2/69, citada por Rubianes, Carlos, en “El Código Penal y su interpretación jurisprudencial”, Depalma, Buenos Aires, 1975, T. IV, p. 390.



H. Cámara de Diputados de la Nación

colusión de funcionarios y empresarios [la Real Academia Española define la palabra "colusión" como: "un pacto ilícito en daño de tercero"], hizo funcionar una maquinaria que le sacaba con procedimientos amañados dinero al Estado Nacional en detrimento de la educación, la salud, los jubilados, la seguridad, que dejaba al pueblo más humilde sin cloacas, sin agua corriente, sin servicios, sin transporte seguro, etc., etc., y todo esto se hizo para distribuir coimas a funcionarios corruptos a cambio que, por avaricia y codicia, ese selecto grupo de empresarios también se llenaran los bolsillos mediante su participación en licitaciones o concesiones, sosteniendo a posteriori un discurso acomodaticio y cobarde, pretendiendo haber cedido a las presiones oficiales, en bien de cuidar sus empresas y los puestos de trabajo de sus empleados.- Esta mecánica funcionaba más o menos así: para ganar una obra pública, la explotación de un corredor vial, una concesión de transporte ferroviario o ser beneficiado con la asignación de subsidios al transporte automotor o empresas prestatarias de bienes y servicios por cuenta y orden del Estado Nacional, una empresa o grupo de empresas -UTE- entregaban un porcentaje de lo que el Estado Nacional les pagaba, a los funcionarios que Néstor Carlos KIRCHNER y Cristina Elisabet FERNÁNDEZ designaban para esos menesteres a fin de recibir esos "retornos" o "coimas".- Claro está que los fondos pagados por el Estado por esas contrataciones estaban "inflados" en perjuicio del conjunto de los argentinos y con el sólo objetivo de enriquecer ilícitamente a funcionarios y empresarios corruptos.- El producido de esos sobornos era utilizado para sufragar de manera ilegal actividades de naturaleza electoral, o vinculadas a la gestión política del gobierno y de organizaciones satélites; también se determinó que partes de esos fondos se desviaron para comprar voluntades del Poder Judicial o funcionarios que supieron trajar algún organismo vinculado a tareas de inteligencia política; pero el grueso de esos fondos fueron destinados a engrosar de manera espuria e ilegal, el patrimonio personal de quienes entre los años 2003 y 2015 ocuparon los más altos cargos de la República.-"

Destacamos estos aspectos porque, a nuestra consideración, acá es donde aparece la mayor dificultad en el análisis del caso que hizo la Comisión. **Los funcionarios públicos no fueron actores pasivos o ajenos al proceso de cartelización, todo lo contrario.**

Nuevamente nos remitimos al considerando 1596, los elementos constitutivos de un acuerdo colusivo son: "(i) un mecanismo para suprimir la competencia (fijación de



H. Cámara de Diputados de la Nación

precios, cantidades, reparto de mercados u otro), (ii) un sistema de vigilancia para detectar oportunamente desvíos por parte de sus miembros (lo que se suele implementar mediante sistemas de intercambio de información sensible), y (iii) un esquema de castigo para aquellos miembros que se desvíen.”

La existencia de denuncias de retornos y de involucramiento directo de los funcionarios en la organización del cartel, alcanza a todos los elementos esenciales que hacen a la conducta anticompetitiva de cartelización. Los funcionarios participaban activamente en la distribución de las licitaciones y del beneficio ilícito de los sobrecostos impuestos, en defraudación de los recursos públicos. Esta situación no solamente acredita el obrar en el marco de una asociación ilícita, sino que responde a la responsabilidad que le atañe a cada uno de estos funcionarios por el delito de cohecho pasivo. Sobre esta situación, Dardo Spessot ha sostenido que *“la Doctrina en general sostiene que el cohecho es, genéricamente, un delito que atenta contra la administración pública, donde específicamente, se protege el normal funcionamiento y el prestigio de la administración a través de la corrección e integridad de sus empleados y funcionarios. Puntualmente lo que aquí se castiga es la venalidad del funcionario, o si se quiere, para ser más precisos, la posibilidad de que el funcionario sea sobornado en sus actos funcionales, con prescindencia de la naturaleza del acto en sí mismo.”* Donna⁴ profundiza sobre esta situación (trayéndola incluso más cercana a la cuestión aquí manifestada), sosteniendo que este delito es *“el castigo a un contrato ilícito, como un puro contrato, sin que necesariamente deba ser cumplido por alguna de las partes.”*

Con el único objetivo de ser claros, **los funcionarios públicos fueron quienes realmente coordinaron el cartel y proporcionaron el mecanismo para suprimir la competencia a partir de ejercer el rol de vigilar y castigar a quienes se desvíen del acuerdo.**

En los considerandos 2312 y siguientes la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia analizó los argumentos ofrecidos por nuestra parte. Entiende que las actuaciones de los funcionarios no están alcanzadas por la Ley N° 27.442 y que se limita exclusivamente al análisis de los casos en los que el Estado actúa desarrollando una actividad económica. Sin embargo, la naturaleza del pedido de ampliación que realizamos no correspondía a los funcionarios por su actividad como tal, sino por su actividad ilícita disfrutando de los beneficios del cartel.

⁴ DONNA, Edgardo. “Derecho Penal: Parte Especial”. Tomo III. 4° ed. Act. Pag. 215. Editorial Rubinzal Culzoni. 2011.



H. Cámara de Diputados de la Nación

El argumento de la Comisión respecto que es un mercado con demanda inestable con barreras de entrada bajas, no acusa la existencia de una complicidad de los funcionarios y el compromiso de hacer cumplir los respectivos acuerdos. La decisión de apartar a los funcionarios de la investigación, posiblemente promovida por intereses de índole política, ha afectado la capacidad de análisis del modus operandi del cartel en cuestión.

En el considerando 2115 sostiene *“la evidencia muestra que el poder de negociación residía en el Estado, quien actuaba bajo la premisa de que la oferta de los contratistas estaría disponible sin importar los costos o riesgos que la comitente les transfiriese. Un cartel será efectivo si es capaz de suprimir la competencia en un mercado y de ese modo lograr que sus miembros ganen colectivamente poder de negociación frente a sus clientes. Solo de este modo los miembros del acuerdo podrán aumentar los precios o endurecer las condiciones de venta sin que sus clientes puedan desplazar su demanda a otros bienes u oferentes.”* Este considerando es el que más visible hace la distancia entre el auténtico modus operandi y la interpretación de los hechos que hizo la Comisión Nacional al momento de archivar el expediente.

En los considerandos 2093 en adelante se hace referencia a las condiciones generales del universo de las licitaciones de obras viales, el dictamen sostiene lo siguiente a partir de las tablas presentadas por Ernesto Clarens: *“el mercado de obras viales licitadas por el Estado Nacional se encontraba muy desconcentrado durante el período investigado, con aproximadamente 150 participantes entre empresas y grupos económicos y una participación promedio de 0.67%.*

[...] El número de competidores que Ernesto Clarens presentó como integrantes del acuerdo colusivo resulta ser elevado. En este sentido, es difícil que pueda funcionar un acuerdo de este tipo con ese número de competidores, especialmente si por fuera del acuerdo queda un amplio grupo de competidores con una cuota de mercado significativa. Tal y como surge de la Tabla N.º6 la participación del presunto acuerdo sería de aproximadamente el 75% del mercado. Por su parte, quedan fuera del acuerdo alrededor de 117 empresas con una participación conjunta de aproximadamente el 25% del mercado.

[...] Es importante resaltar que el cálculo anterior incluye a las empresas que, según los dichos de Ernesto Clarens, tenían “línea directa” (son los grupos CPC, AUSTRAL y ELECTROINGENIERÍA). La inclusión de estos grupos sobreestima la participación de mercado del presunto acuerdo. Si estos fueran excluidos, la participación mencionada



H. Cámara de Diputados de la Nación

bajaría de 75% a 61%. La firma VIAL AGRO, en sus explicaciones ha sostenido que el número de empresas que participan del mercado es mayor. Sobre el particular indicó: “El mercado de la obra pública está conformado por 190 empresas.” Esto podría deberse a que la PLANILLA DNV solo muestra las empresas que ganaron licitaciones durante el periodo investigado. Si se computaran todas las empresas que presentaron ofertas, probablemente el número sería significativamente mayor.”

Resulta total y absolutamente desconcertante el análisis de la CNDC respecto de las empresas “con línea directa” a los efectos de diferenciar la participación dentro del cartel. Nuevamente, el análisis de la Comisión parte de un cartel que defrauda a los funcionarios públicos en su accionar de buena fe, y ello constituye un auténtico problema para entender el cartel analizado.

Ello se profundiza en los considerandos 2182 y 2183 cuando agrega “Sobre la racionalidad económica de un cartel, SACDE también plantea: “Si la empresa participó en una cartelización, no hubiera ofrecido un precio más bajo que el presupuesto oficial. De haber cartelización, las empresas se habrían coludido para ofrecer precios por encima del presupuesto oficial, no por debajo.” En este sentido, las licitaciones cuya mejor oferta era inferior al presupuesto oficial no eran casos aislados. En la Planilla N.º 1 figuran 57 obras, sobre un total de 350, que reunían esa condición. La aparición de un número significativo de licitaciones adjudicadas por debajo del presupuesto oficial también contradice de forma contundente la hipótesis de existencia de un acuerdo.”

La adjudicación de obras por debajo del presupuesto oficial no es más que un modo eficiente de exclusión de oferentes fuera del cartel. Los mecanismos de redeterminación de precios y la falta de conclusión de obras, han sido debidamente probadas en el expediente penal y se encuentran en instancia de elevación a juicio oral. No puede soslayarse esto.

De la lectura del dictamen hay varios indicios de una total falta de investigación autónoma por parte de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia que funda todo su análisis de la prueba. Desde el momento cero se intentó recopilar pruebas en 2018 y 2019, se tomaron testimonios y se trató de armar un expediente inicial requiriendo la colaboración de las autoridades penales que llevan el expediente de la causa de los cuadernos.

La CNDC encuentra la nulidad de los testimonios realizados en el marco de la ley del arrepentido. Esto fundamentado en no poder ofrecer inmunidad en el expediente de



H. Cámara de Diputados de la Nación

Defensa de la Competencia. Por ello, las declaraciones de arrepentidos están vedadas en el análisis de la prueba por parte de la CNDC.

Cabe destacar que la decisión de no incluir un programa de clemencia es pura y exclusivamente de la Autoridad de aplicación de la Ley N° 27.442, transitoriamente a cargo de la CNDC y la Secretaría de Comercio de la Nación, dado que la misma contempla la creación del Régimen de Clemencia. La Autoridad optó por no reglamentar y regular el funcionamiento del Régimen de Clemencia que podría funcionar en forma armónica con el régimen de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y de la Ley N° 27.304.

La relevancia de la seguridad respecto de las condiciones en que será reglamentado el programa de clemencia hacen a su efectividad. Marina Bidart y Diego Petrecolla reflejan la preocupación doctrinaria en torno a esta situación⁵:

“Con relación a la transparencia y predictibilidad del propio programa de clemencia, debe suceder que los posibles solicitantes puedan anticipar con certeza cómo serán tratados y cuáles serán las consecuencias de una solicitud, es decir calibrar con precisión los costos y beneficios de la decisión de solicitar clemencia, tanto en condición de primer delator, segundo, tercero, etc. Cuando el programa estadounidense fue enmendado a fines de incrementar la transparencia y predictibilidad, el número de solicitudes se multiplicó por veinte.

Las empresas no serán proclives a denunciar la existencia de un cártel sin garantías suficientes del beneficio que alcanzarán. En tal sentido, debe existir un procedimiento claramente establecido del cual surjan las condiciones y requisitos que debe cumplir quien pretenda acogerse al programa de clemencia, y la forma en que accederán a los beneficios.”

Dicha decisión administrativa no solamente supone un incumplimiento a la norma y una mora administrativa ilícita, sino que responde a una auténtica obstrucción del proceso de investigación de la causa en cuestión. Sin un Régimen de Clemencia, acreditar la forma en que procedió el modus operandi del cartel bajo

⁵ Bidart, M. y Petrecolla, D., “La economía de los Programas de Clemencia”, Comentarios a la Ley de Defensa de la Competencia, editores Pablo Trevisán, Miguel Del Pino y Demetrio Alejandro Chamatropulos, La Ley (2018), pág. 251.



H. Cámara de Diputados de la Nación

análisis requiere de una activa búsqueda de prueba documental e indicios suficientes para la reconstrucción de la hipótesis.

No encontramos una labor de investigación de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia acorde al desafío de probar una conducta de tal magnitud sin uno de los recursos provistos por la Ley. De hecho, **observamos un análisis complaciente con la ausencia de prueba y una falta total de impulso a la investigación iniciada de oficio.** El archivo no es consecuencia de la falta de prueba sino de la falta de investigación acorde a los estándares adecuados para una autoridad de competencia.

Esto fue advertido por nuestra oportuna presentación, una sucesiva cantidad de presentaciones a los efectos de obtener una resolución por parte de la Autoridad de aplicación que derivó en una acción de amparo por mora. **Existieron alertas respecto de la inconsistencia que suponía excluir a los ex funcionarios del análisis del modus operandi y, deliberadamente, se optó por excluirlos tornando un fracaso el proceso de investigación de la causa.**

Ante la prolongada inacción de la Administración respecto del requerimiento formulado, se procedió a iniciar diferentes presentaciones. Las mismas iniciaron con fecha 13 de julio de 2022, donde se dio ingreso a través de la mesa de entradas de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, el requerimiento de pronto despacho obrante bajo el código ESHE21831DR.

Luego de ello, con fecha 16 de agosto de 2022, se dio ingreso a través de la mesa de entradas de la Comisión, una reiteración del requerimiento de pronto despacho. El mismo obra bajo el código ESHE22501DR. Hasta el día de la fecha tampoco hemos recibido ninguna resolución al respecto.

El 14 de septiembre de 2022, hicimos una presentación haciendo saber a la Administración que se encontraba en incumplimiento del deber de informar el devenir respecto del expediente. El mismo tramitó con el número ESHE23172DR.

A su vez, con fecha 12 de octubre de 2022, se dio ingreso por el sistema TAD del Dr. Esswein de un requerimiento ciudadano bajo el expediente EX-2022-108341260- - APN-DGDYD#JGM con firma de Hernán Reyes haciendo saber del incumplimiento de la Administración y reiterando las presentaciones de pronto despacho antes referenciadas. El mismo obra bajo el código ESHE23700DR también proporcionado por la mesa de entradas de la CNDC a través del sistema TAD.



H. Cámara de Diputados de la Nación

Por último, el 8 de febrero del corriente año realizamos la presentación por TAD EX-2023-14861362--APN-DGDYD#JGM, la cual fue oportunamente derivada a la CNDC con el código ESRE26323DR. Al día de hoy -es decir, más de 30 días desde la presentación- la misma seguía “A despacho”, por lo que no está resuelto. La presentación del 8 de febrero fue presentada como un reclamo administrativo de resolución con reclamo de vista en subsidio.

No queda duda que hemos agotado toda instancia a los efectos de modificar lo que parecía ser una desviación de la investigación hacia un callejón sin salida. Los firmantes presentamos una carta dirigida al ministro Sergio Massa, al secretario Matías Tombolini y al señor presidente de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en agosto de 2022 con la misma finalidad.

El dictamen publicado el 5 de septiembre de 2023 en la página web de la CNDC, terminó dando la razón a nuestra percepción anticipada de los hechos⁶.

Entonces, en la descripción de los hechos hemos realizado una valoración respecto de los considerandos de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en la que notamos un apartamiento considerable respecto de los estándares de investigación que ha desarrollado la misma institución en otros expedientes. Si bien se hace énfasis en la autonomía del proceso en sede de la CNDC y del proceso penal, no es posible obviar el hecho que los estándares penales en materia de prueba son los más rigurosos en los términos de nuestro ordenamiento jurídico.

En relación a la causa de los cuadernos, es dable destacar lo siguiente. Toda vez que la misma ya se halla a la espera de fijación de fecha para debate oral, las partes han realizado el correspondiente ofrecimiento de pruebas al Tribunal a los fines de determinar qué prueba se evaluará en dicha ocasión. En sintonía con esta cuestión, diversas defensas han buscado obtener la nulidad de las actuaciones por supuestas irregularidades en el proceso, siendo las principales las supuestas alteraciones en los cuadernos en cuestión. Producto de recientes pericias donde habrían detectado modificaciones en los mismos, se ha planteado que las actuaciones posteriores a los cuadernos no deberían existir. Sin embargo, dichos planteos no han sido favorables.

Sin embargo, recientemente han existido dos planteos más que han sido desfavorables para las defensas. El primero de ellos, el planteado por Wagner, mediante el cual sostuvo que su declaración fue bajo coacción, por temor a ser detenido. A pesar de

⁶ <https://www.argentina.gob.ar/noticias/la-cndc-dictamino-en-las-actuaciones-sobre-presuntas-practicas-colusivas-en-licitaciones-de>



H. Cámara de Diputados de la Nación

ello, el Tribunal consideró que Wagner no fue obligado a declarar contra sí mismo y que el dictado de la prisión preventiva obedece a otras circunstancias que se valoran en conjunto a la hora de decidir si se le otorga la libertad o no a un acusado, acompañando así la postura de la Fiscal León. Incluso, han sostenido que *“no solo no se advierte perjuicio alguno en la declaración de Wagner, ya que el empresario y su defensor intervinieron y consintieron formal como materialmente el acto, sino además los efectos que su contribución le ha reportado”*.

Incluso, la Corte se ha expedido ante el pedido de De Vido de nulidad del requerimiento de elevación a juicio requerido por la Unidad de Información Financiera (UIF), toda vez que desconoce la competencia de ésta para querellar. Sin embargo, la Corte rechazó dicho pedido.

En un mismo sentido, la Cámara de Casación ha ratificado recientemente el procesamiento de Roggio, quien había esgrimido que debía dejarse sin efecto el mismo, producto de la indagatoria llevada a cabo por Bonadío, donde se habría excedido en sus capacidades judiciales a la hora de interrogar.

Todo esto demuestra que una y otra vez el sistema judicial ha demostrado que hay indicios suficientes para seguir adelante con el juicio en la causa de los cuadernos. La fragilidad en la independencia política y de valoración de la solvencia técnica y moral de la Ley n° 27.442 no fueron garantizadas al momento de la actual conformación de la CNDC.

Acá es cuando cobra relevancia el diseño institucional residual o transitorio que se encuentra vigente con la CNDC, frente a un ente autárquico e independiente del poder de turno como la Autoridad Nacional de la Competencia. La autarquía, como una especie dentro del género de descentralización, importa la capacidad que adquiere un ente determinado para administrarse a sí mismo.

De esta forma, la autarquía, en el diseño institucional previsto por el legislador, supone una serie de elementos esenciales que la distingue en tanto que (i) posee una personalidad jurídica propia, (ii) persigue el cumplimiento de una finalidad estatal específica, (iii) cuenta con patrimonio y facultades para administrar sus propios recursos, lo que resulta esencial para alcanzar sus objetivos, (iv) supone la independencia jerárquica del Poder Ejecutivo, pese a integrar los cuadros de la Administración Pública, (v) se rige por lo dispuesto en la sanción de una norma específica,



H. Cámara de Diputados de la Nación

De estas notas características se desprende que la creación de entes autárquicos se erige como una eficaz herramienta para el cumplimiento de fines determinados de la gestión pública. En ese sentido, la sanción de la Ley N° 27.442 insta a la creación de un ente estatal que, para resguardar la defensa de la competencia, precisa ser independiente del Gobierno de turno, estar técnicamente capacitada para captar los fenómenos de mercado sobre los que debe operar, y legitimada para llevar adelante las acciones preventivas o punitivas necesarias.

En el marco de la descentralización real y efectiva de los centros de poder, y de la necesidad de dar a los ciudadanos canales de acceso a sistemas de reclamos, el ente debe ser funcional al cometido estatal irrenunciable (la tutela del interés económico general) y a la dinámica del sistema de competencia que regula, requiriendo para ello de ser dotado de una selección abierta, de la estabilidad de sus funcionarios, de la transparencia de gestión, y de un régimen de autarquía económica y funcional.

En palabras de Feld y Tambussi, pronunciadas en un artículo al respecto⁷, estos entes *"deben tener carácter independiente y autónomo, dentro del juego de equilibrio de poderes y control y deben ser dotados de actividad jurisdiccional imparcial, con revisión integral y suficiente por la justicia"*.

En particular, la Ley N° 27.442 procura mejorar el diseño institucional de la autoridad de aplicación, de modo de garantizar su independencia del poder político de turno y de asegurar la idoneidad de sus integrantes en temas de defensa de la competencia. Ambos objetivos son fundamentales si se pretende mejorar la aplicación de normas que aseguren la libre competencia en beneficio del interés económico general, que es el principio consagrado en la ley.

La doctrina destaca de larga data la importancia de la autarquía e independencia. En efecto, los autores Cervio y Rópolo en un artículo⁸ sostuvieron que *"... la creación de un tribunal administrativo autárquico que tenga a su cargo la aplicación centralizada de la LDC en el ámbito administrativo tiene por objeto jerarquizar el órgano de aplicación de la misma, dotándolo de una independencia de criterio y una capacidad de maniobra respecto del Poder Ejecutivo Nacional con los que la CNDC no pudo contar durante buena parte de su historia..."*.

⁷ Feld, N. D. y Tambussi, C. E., "Primeras reflexiones sobre la nueva Ley de Defensa de la Competencia" (2018).

⁸ Cervio, G. J. y Rópolo, E. P. "Ley de Defensa de la Competencia comentada y anotada" (2010).



H. Cámara de Diputados de la Nación

En suma, las condiciones de un organismo autárquico y descentralizado son sustancialmente diferentes a las contempladas en el organismo Comisión Nacional de Defensa de la Competencia y en la Secretaría de Comercio Interior, en tanto sólo el primero será capaz de desempeñar sus funciones de manera tal de cumplimentar los objetivos previstos por el legislador.

Al respecto, Miguel Ángel De Dios en un artículo⁹ haciendo especial consideración a la relevancia de la independencia de la autoridad de aplicación. Entendía que *“La constitución de una agencia independiente es considerada un pilar fundamental para el diseño de las agencias de competencia. La principal razón que apoya esta elección es que una agencia independiente es la que puede garantizar el más alto nivel de transparencia y de autonomía en sus actuaciones, tanto respeto del gobierno o la autoridad ministerial más cercana a un determinado sector, como respecto de las empresas que operan en el sector del que se trate. La independencia institucional de la agencia de competencia debe establecerse de acuerdo con cuatro pilares básicos. A saber, (i) la constitución de la agencia con base en una legislación especial o carta orgánica propia, (ii) la autarquía financiera que le permita contar con los fondos propios y la administración autónoma de los mismos, (iii) que los funcionarios a cargo de la agencia cuentan con estabilidad relativa como agentes públicos, y (iv) que haya un involucramiento de los poderes políticos en su designación. Esta independencia debe ser clara en dos frentes principales. Por un lado, con relación al poder político, pues la evidencia empírica demuestra que los gobiernos pueden, y con frecuencia, quieren, influir en las actuaciones de las agencias reguladoras de forma que sus decisiones apoyen los objetivos que las autoridades persiguen o desean alcanzar. Como así también respecto de los agentes del mercado, las empresas siempre intentan influir para su beneficio -por muy diversas vías- en el regulador y en la agencia responsable de la defensa de la competencia.*

(...) Es importante que estas acertadas modificaciones normativas se consoliden en el establecimiento pleno de esta nueva agencia sin prisa pero sin pausa. La experiencia de la ley 25.156 demuestra que la demora coyuntural en la constitución del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia y, la sazón, la puesta en función plena del diseño institucional previsto puede llevar a que el mismo nunca llegue a establecerse.”

⁹ De Dios, M. A., “El desafío del regreso al sendero correcto en el Diseño Institucional”, Comentarios a la Ley de Defensa de la Competencia, editores Pablo Trevisán, Miguel Del Pino y Demetrio Alejandro Chamatropulos, La Ley (2018), pág. 59.



H. Cámara de Diputados de la Nación

Por todo lo antes expuesto es que le solicitamos a esta Honorable Cámara de Diputados de la Nación que ponga en tratamiento y sancione la presente resolución.

JUAN MANUEL LÓPEZ

MAXIMILIANO FERRARO

PAULA OLIVETO LAGO

VICTORIA BORREGO

MARCELA CAMPAGNOLI

SANTIAGO ESPIL

MÓNICA FRADE

RUBEN MANZI

LEONOR MARTINEZ VILLADA

MARIANA STILMAN

MARIANA ZUVIC