

Unclassified

DAF/COMP/LACF(2017)31

Organisation de Coopération et de Développement Économiques
Organisation for Economic Co-operation and Development

23-Mar-2017

Spanish - Or. English

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

**LATIN AMERICAN AND CARIBBEAN COMPETITION FORUM (Spanish Version)
FORO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA
Sesión I: Cárteles: Estimación del daño y las acciones públicas para la aplicación de la ley**

-- Contribución de Argentina --

4-5 de abril 2017, Managua, Nicaragua

Se hace circular el documento adjunto elaborado por Argentina PARA SU DEBATE en la Sesión I del Foro Latinoamericano y Del Caribe de Competencia que se llevará a cabo los días 4-5 de abril 2017 en Nicaragua.

Lynn ROBERTSON, Coordinadora de Relaciones Globales, División de Competencia de la OCDE
[Tel: +33(0)1 45 24 18 77, Correo electrónico: lynn.robertson@oecd.org]

JT03411309

Complete document available on OLIS in its original format

This document and any map included herein are without prejudice to the status of or sovereignty over any territory, to the delimitation of international frontiers and boundaries and to the name of any territory, city or area.

DAF/COMP/LACF(2017)31
Unclassified

Spanish - Or. English

FORO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA



15º Foro Latinoamericano y del Caribe de Competencia
4-5 DE ABRIL DE 2017, Managua, Nicaragua

Sesión I: Cárteles: Estimación del daño y las acciones públicas para la aplicación de la ley

-- CONTRIBUCIÓN DE ARGENTINA* --

1. Introducción

1. En el presente artículo, se recorre la actualidad de la legislación argentina en materia de sanciones económicas por cartelización, así como sus problemáticas actuales y perspectivas futuras. Asimismo, se analiza la viabilidad de la compensación de los daños causados por conductas concertadas mediante la aplicación de multas por parte de la autoridad de defensa de la competencia en Argentina.¹

2. Finalmente, se analizará el rol del daño en las sanciones aplicadas bajo el derecho argentino y los distintos métodos que pueden utilizarse para el cálculo del daño como elemento de determinación de la multa y la relación con su reparación.

2. El derecho argentino y el rol del daño en la aplicación de sanciones por cartelización

2.1 La actual ley argentina de defensa de la competencia

3. La Ley de Defensa de la Competencia N° 25.156 (en adelante “LDC”) fue adoptada en el año 1999 en Argentina y posteriormente reglamentada en el año 2001. Conforme establece su artículo 46 inc. b), 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) ...”.

4. A su vez, de acuerdo a lo estipulado por el citado artículo, las multas deben graduarse sobre la base de los siguientes factores: (1) la pérdida incurrida por todas las personas afectadas por la actividad prohibida; (2) el beneficio obtenido por todas las personas involucradas en la actividad prohibida; y (3) el

* Contribución de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia - Argentina.

¹ Los Decretos 1/2016 y 718/2016 establecen a la Secretaría de Comercio del Ministerio de Producción de la Nación como Autoridad de Aplicación de la Ley 25.156 de Defensa de la Competencia y a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia como órgano técnico en la materia.

valor de los activos involucrados de las personas involucradas en la actividad prohibida al momento de cometida la violación. También se aclara que los montos pueden duplicarse en caso de reincidencia.

5. El artículo 49 de la LDC establece que en materia de imposición de multas, debe considerarse, entre otros factores, el daño causado.²

6. No obstante lo descripto, la normativa de defensa de la competencia en Argentina no contempla un mecanismo de cálculo de la multa en el cual se fije un monto básico respecto del cual se vayan adicionando otros conceptos, tal como ocurre en la Unión Europea.³

7. Durante los últimos 10 años, el sistema de graduación de multas establecido en el marco de la LDC se ha debilitado de forma notable como producto de la alta inflación que experimentó la Argentina en ese período. A modo de ejemplo, al momento en que los montos mínimos y máximos fueron introducidos, equivalían a USD 10 000 de monto mínimo, y USD 150 millones de monto máximo. En la actualidad, el monto mínimo de multa equivale a aproximadamente USD 650, mientras que el máximo es de aproximadamente USD 10 millones. Como consecuencia de lo mencionado, los efectos disuasivo y sancionatorio de la regulación han quedado notablemente debilitados. De allí la necesidad de implementar una reforma legislativa que incluya un cambio o actualización en lo referente a cuantificación de las multas para lograr un mayor efecto disuasorio respecto del cumplimiento de la normativa en materia de defensa de la competencia en la Argentina.

2.2 *El proyecto de modificación de la ley de defensa de la competencia argentina*

8. Se encuentra a consideración del Congreso Nacional un proyecto de ley que surgió de un proceso de consenso y consolidación de propuestas de la CNDC y de legisladores⁴ que habían presentado proyectos de modificación de la Ley de Defensa de la Competencia durante 2016, y que se nutrió de las observaciones y comentarios de especialistas, organismos internacionales y otras agencias de competencia (en adelante el “Proyecto”).

9. En materia de sanciones, el Proyecto establece que las multas pueden alcanzar un tope de (i) hasta el 30% del volumen de negocios asociado a los productos o servicios involucrados en el acto ilícito cometido, durante el último ejercicio económico, multiplicado por el número de años de duración de dicho acto; o (ii) hasta el 30% del volumen de negocios consolidado a nivel nacional registrado por el grupo económico al que pertenezcan los infractores, durante el último ejercicio económico; o (iii) el doble del beneficio económico reportado por el acto ilícito cometido. En caso de poder calcularse a través de más de un criterio de los mencionados, se aplicará la multa más elevada.⁵

10. Esto significa que el cálculo de la multa a imponer según el Proyecto el volumen de negocios (*turnover*) de la empresa infractora se tendrá en cuenta para fijar el tope monetario que podrá imponer la autoridad de aplicación, dejando para normas de menor jerarquía la graduación de las sanciones dentro del

² Los otros factores que debe considerar la autoridad de aplicación de acuerdo con el artículo 49 de la LDC son la gravedad de la infracción, los indicios de intencionalidad, la participación del infractor en el mercado, el tamaño del mercado afectado, la duración de la práctica y la reincidencia o antecedentes del responsable, así como su capacidad económica.

³ Guidelines on the method of setting fines pursuant to article 23 (2) (a) of Regulation No 1/2013.

⁴ Diputado Nacional por la provincia de Córdoba, Mario Negri (UCR-Cambiamos) y la Diputada Nacional por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Elisa Carrión (Coalición Cívica – Cambiamos).

⁵ Proyecto de Reforma de la Ley de Defensa de la Competencia, artículo 57 (b).

límite permitido y considerando a una serie de criterios, entre los que se encuentran el daño causado, el beneficio obtenido y otras variables tales como el efecto disuasivo y la duración de la práctica.⁶

11. El Proyecto también establece que, en caso de no poder efectuarse el cálculo mediante los criterios establecidos en los puntos (i), (ii) y (iii) citados anteriormente, la multa podrá ser de hasta una suma equivalente a los 200 millones de Unidades Móviles. Las “Unidades Móviles” tal como están definidas en el “Proyecto” son valores de referencia que permiten ser actualizados para evitar que la inflación afecte de forma sustancial los valores de las multas en moneda local, como ocurre en la actualidad.⁷

12. En conclusión, el Proyecto se propone solucionar algunos de los problemas que presenta la imposición de multas por parte de la autoridad de competencia en la actualidad, por un lado, generando mayor previsibilidad en cuanto a los criterios y la metodología para la determinación de las sanciones, y por otro lado, evitando la desvalorización de las multas como resultado de la inflación y la falta de disuasión que ello trae como consecuencia.

13. En lo referente al daño causado, el Proyecto lo incluye como uno de los parámetros a tener en cuenta al momento de graduar la multa, para su consideración por parte de la agencia al momento de su cuantificación.

3. Multas en casos de carteles: la experiencia argentina

14. 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 Ley N° 25.156.

15. 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.⁸

16. Si bien en la graduación de las multas se combinan los criterios establecidos en los artículos 46 y 49 de la LDC, citados anteriormente, existen en la jurisprudencia de la CNDC ciertos casos considerados “graves” en los que la autoridad de competencia ha realizado el cálculo de la multa tomando elementos del derecho comparado.

⁶ El artículo 58 del Proyecto Establece los siguientes criterios: el daño causado a todas las personas afectadas por la actividad prohibida; el beneficio obtenido por todas las personas involucradas en la actividad prohibida; el efecto disuasivo; el valor de los activos involucrados al momento en que se cometió la violación; la intencionalidad, la duración, la participación del infractor en el mercado; el tamaño del mercado afectado; la duración de la práctica o concentración y los antecedentes del responsable, así como su capacidad económica. La colaboración con la autoridad de aplicación en el conocimiento o en la investigación de la conducta podrá ser considerado un atenuante en la graduación de la sanción.

⁷ El Proyecto establece en su artículo 89 que la Unidad Móvil será la unidad de cuenta a los efectos de dicha normativa. Asimismo, establece su valor inicial en la suma de quince (15) Pesos Argentinos, la que será actualizada automáticamente en forma anual, utilizando la variación del índice de precios al consumidor (IPC) que publica el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC).

⁸ La Ley N° 22.262 también contemplaba multas del tipo penal para aquellas conductas que constituyeran delitos y debían ser aplicadas por un juez a instancia de la Autoridad de Competencia. No obstante, en la práctica ese tipo de sanción nunca fue aplicada por no existir casos que fueran llevados a instancia penal.

17. En el “caso del oxígeno líquido”⁹ se ha considerado como “base” para el cálculo un porcentaje sobre la facturación de las empresas involucradas, de acuerdo a los respectivos estados contables, pero solamente en aquella parte correspondiente al mercado afectado. Luego, a ese monto “base”, se le adicionó un porcentaje en función del volumen de ventas de las firmas que conformaron el cartel. A su vez, un segundo porcentaje adicional resultó de tomar en cuenta para cada firma el porcentaje de ventas (a través de licitaciones) que superaron determinado nivel de precios, considerado como un “umbral” por encima del cual el precio resultaba claramente abusivo. Finalmente, un porcentaje adicional de incremento del monto “base” fue adicionado por tratarse el producto objeto del cartel de un insumo (oxígeno líquido) utilizado en el sector salud. El monto total de las multas aplicadas alcanzó la suma de AR\$ 70 millones.

18. En el “caso del cemento”¹⁰ se sancionó a las principales empresas productoras de cemento en argentina por repartirse el mercado a nivel nacional por aproximadamente veinte años y se impusieron multas por un total de aproximadamente ARS 310 millones.¹¹ En dicha oportunidad, las multas fueron calculadas teniendo en cuenta la aplicación del criterio del “beneficio ilícito obtenido”, sin que fuera posible calcular el beneficio ilícito de manera directa.¹² En esa oportunidad, la CNDC estimó que el beneficio ilícito no podía haber sido inferior al 1 % de la facturación actualizada de las empresas involucradas durante el período analizado y aplicó ese monto para el cálculo de las multas.

19. Por su parte, en el caso de las “gelatinas medicinales”¹³ fueron sancionados ciertos laboratorios por la realización de prácticas concertadas en licitaciones convocadas por hospitales públicos desde el año 2005 hasta el año 2007, imponiéndose multas por un total de ARS 20 millones.¹⁴ En este caso se tuvieron en cuenta el valor de los activos y la facturación de las empresas involucradas, el volumen del negocio involucrado, el tamaño relativo de las firmas en el mercado, la gravedad y duración de las prácticas anticompetitivas, una estimación de los efectos nocivos en el bienestar de la población, las características del producto en cuestión y su incidencia específica en el bienestar de la salud, teniendo también en cuenta el mérito de la responsabilidad de las empresas infractoras frente al ilícito.

20. A su vez, al graduar la multa, se tuvieron en cuenta una serie de ponderaciones especiales más allá del beneficio ilegalmente obtenido, en relación al respaldo financiero de las firmas, la probabilidad de “escape” u “ocultamiento” de las firmas investigadas al momento de llevar adelante una conducta colusiva, el costo social generado por la colusión en un mercado de interés público y la disuasión para que este tipo de prácticas se lleve a cabo. El conjunto de estos factores agravantes implicó un incremento del 25 % en el valor de la multa.

4. El daño y su reparación

21. En términos de diseño del sistema legal para la defensa de la competencia, las acciones de ejecución privada tendientes a la indemnización y reparación de los daños y perjuicios causados como consecuencia de la realización de actos o conductas anticompetitivas son un elemento importante, dado que

⁹ Dictamen CNDC N° 510 del 8 de julio de 2005.

¹⁰ Dictamen CNDC N° 513 del 25 de julio de 2005.

¹¹ A la fecha del presente, aproximadamente USD 19 millones.

¹² Este criterio ya había sido utilizado en el caso del Gas Licuado de Petróleo contra YPF, pero en ese caso se había sancionado un abuso de posición de dominio y no un cartel.

¹³ Dictamen CNDC N° 986 del 25 de noviembre de 2015.

¹⁴ A la fecha del presente, aproximadamente USD 1 275 000.

constituyen un elemento disuasivo adicional a las sanciones que son propias de la autoridad de competencia.¹⁵

22. En la Argentina, el artículo 51 de la LDC contempla la posibilidad de que las personas físicas o jurídicas que hayan resultado damnificadas por los actos prohibidos por la ley puedan ejercer una acción de resarcimiento de daños y perjuicios conforme al derecho común, ante el juez competente.¹⁶ Sin embargo, hasta el momento esta posibilidad no ha sido utilizada hasta el momento en casos de carteles.¹⁷

23. El Proyecto de reforma de la LDC, 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*).¹⁸

5. Conclusiones

24. El derecho argentino no escapa al principio general en materia de responsabilidad civil que establece que quien causa el daño debe repararlo. Sin olvidar la limitación en relación a los montos de la multa máxima aplicable según se ha descrito, el marco normativo vigente provee de facultades suficientes a la autoridad de aplicación a la hora de establecer las multas por violación a la LDC, estableciendo ciertos criterios de ponderación que también se encuentran presentes en el Proyecto.

25. Por su parte, 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,¹⁹ 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.

26. 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. Si bien existen posiciones doctrinarias en cuanto a que la responsabilidad civil por daños causados por actos anticompetitivos es una consecuencia jurídica que deriva de un comportamiento realizado en un ámbito de mercado²⁰, 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.

¹⁵ Trevisán, P. (2015), “Reparación de daños por infracciones a las normas de competencia. La Unión Europea y la Argentina”, *La Ley* 2015-A, 27 de febrero, en adelante Trevisán (2015).

¹⁶ Ley N° 25.156, artículo 51.

¹⁷ 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.

¹⁸ Proyecto de Reforma de la Ley de Defensa de la Competencia, artículo 64. El artículo 65 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.

¹⁹ Trevisán (2015).

²⁰ De la Vega García, F. (2001) “*Responsabilidad civil derivada del ilícito concurrencial. Resarcimiento del daño causado al competidor*”, Madrid: Civitas, pp. 56 y 57.