

[VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL ESTÁNDAR DE BIENESTAR EN EL ÁMBITO DE LA COMPETENCIA – NOTA DE ARGENTINA]



1. Es para destacar que la propuesta de la presente mesa redonda sea discutir acerca de los estándares de bienestar que son utilizados para la aplicación de la normativa de competencia en las distintas jurisdicciones, sin presuponer que este sea, necesariamente, el estándar de bienestar del consumidor que, es el que comúnmente se asocia con la política de competencia. Entendemos que esto da cuenta de una revisión de este tipo de conceptos que lleva varios años, una discusión que ya se encuentra madura en los ámbitos que reúnen a las autoridades de competencia y que, a diferencia de lo que puede ocurrir en círculos más académicos y teóricos, la experiencia de ejercer la tarea de *enforcement* aporta una dimensión adicional al debate sobre este tipo de criterios, que tienen que ver con lo que es efectivamente contrastable, evaluable, probable con la evidencia que se reúne a la largo de los casos que se tramitan ante las agencias, y un reconocimiento claro de que se utilizan distintos estándares en las diferentes jurisdicciones.
2. En definitiva, el objetivo de las normativas dedicadas a defender la competencia en los mercados y las autoridades que la implementan no es el de preservar la competencia *per se*, sino que, lo que subyace a la idea de mercados más competitivos es el supuesto de que, una mayor competencia aumenta el bienestar general de la sociedad. Cuestionar cuál es el estándar de bienestar es, entonces, reflexionar acerca de los objetivos de la política de competencia, lo que implica comprender su alcance. Estos objetivos pueden circunscribirse a menores precios, productos de mayor calidad, y mayor innovación, o bien, pueden incluir otros fines que pocas veces aparecen como una consecuencia directa de una mayor competencia ni se asocian con la defensa de la competencia, que puede tener que ver, por ejemplo, con mantener los niveles de empleo en un sector productivo o potenciar las exportaciones de ese sector.
3. En Argentina, el bien jurídico tutelado por la normativa de competencia es el del Interés Económico General (IEG). En efecto, la Ley 27.442 de Defensa de la Competencia (LDC) establece en su primer artículo, lo siguiente:

Están prohibidos los acuerdos entre competidores, las concentraciones económicas, 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**. Se les aplicarán las sanciones establecidas en la presente ley a quienes realicen dichos actos o incurran en dichas conductas, sin perjuicio de otras responsabilidades que pudieren corresponder como consecuencia de los mismos.
4. De manera de reflexionar acerca de la definición del IEG y sus alcances en relación con los objetivos que puede tener la política de competencia, esta nota se estructura de la siguiente

manera. En la primera sección se hace un breve recorrido por las normativas de competencia argentina y la introducción del concepto de IEG al cuerpo legal de normas dedicado a proteger la competencia en el país. En la segunda parte, se examina con qué tipo de estándares de bienestar se ha asociado al IEG, y cuáles han sido las interpretaciones que se ha hecho de su definición y alcance desde su institución en 1980 como el bien jurídico tutelado por la LDC. La tercera sección, considera la interpretación que la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) ha hecho más recientemente de la noción de IEG y de qué manera esto ha contribuido a ampliar los objetivos de la política de competencia. Para explorar el nuevo alcance del concepto, se analiza el “Caso Dow”, que abre una nueva página de la jurisprudencia en la materia. La cuarta parte examina una disposición del nuevo reglamento de control de concentraciones económicas que fue recientemente aprobado, la cual se encuentra dedicada a la evaluación de los potenciales beneficios que una operación puede tener sobre el IEG. A modo de conclusión, en la quinta sección se ponderan las ventajas y desventajas del IEG, como bien tutelado por la LDC y, en tanto tal, como el estándar de bienestar que rige la aplicación de la ley.

I. 100 AÑOS DE NORMATIVA DE COMPETENCIA ARGENTINA Y LA INTRODUCCIÓN DEL IEG

5. En 1923 se sancionó en Argentina la Ley 11.210, la primera normativa de competencia del país y de la región que, en agosto del corriente año, cumple un siglo. Tanto esta primera legislación, como la segunda, la Ley 12.906, sancionada en 1947, se inspiraron en la normativa norteamericana de persecución a los monopolios. A partir de 1980 se sancionó un segundo cuerpo de normas de competencia que se inspiraron en el Derecho Comunitario Europeo y que, a diferencia de las dos leyes anteriores, se encontraron enfocadas en evitar las distorsiones anticompetitivas que pueden sufrir los mercados.
6. La legislación que inauguró el primer plexo normativo de defensa de la competencia moderno de Argentina, fue la Ley 22.262 de Defensa de la Competencia. En primer lugar, porque creó la autoridad de aplicación de la norma, la CNDC, un organismo que, inicialmente, se encontraba a cargo de la investigación de las denuncias por presuntas conductas anticompetitivas. En segundo término, porque la nueva normativa abandonó el modelo inspirado en la ley estadounidense, dejándose sin efecto el tipo penal persecutorio del monopolio, y adoptó como criterio rector la persecución de conductas distorsivas de la competencia y el abuso de posición dominante. Para que una práctica fuera distorsiva de la competencia, entonces, ya no se requería un poder monopólico, sino que alcanzaba con tener poder de mercado. Es a partir de esta legislación que se introduce el concepto de IEG, cuya afectación, como se establece en su artículo 1º, en una versión iniciática del artículo citado en la introducción correspondiente a la LDC actual, se establecía como una condición necesaria para que la conducta fuera punible conforme las disposiciones de la normativa.
7. La Ley 25.156, que se aprobó en agosto de 1999, si bien mantuvo en cuanto a sus aspectos generales los tópicos de la anterior legislación (la Ley 22.262), se constituyó como el primer cuerpo integral de defensa de la competencia con una definición clara y precisa de su objeto y de los procedimientos administrativos contenidos en ella, al incorporar el control de las concentraciones económicas como un procedimiento específico. La normativa mantuvo como

bien jurídico protegido el IEG, cuya inclusión en la normativa en el primer artículo, como en la anterior, tenía un rol central, apareciendo nuevamente su perjuicio como una condición *sine qua non* para la determinación de los actos prohibidos según la ley. En este caso, también se mencionaba en el capítulo dedicado al control de concentraciones económicas, en tanto, el artículo 7 establecía: “*Se prohíben las concentraciones económicas cuyo objeto o efecto sea o pueda ser disminuir, restringir o distorsionar la competencia, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.*”

8. Finalmente, el derrotero legislativo culmina con la sanción de la Ley 27.442 -la LDC- en 2018. Esta norma vino a mejorar a la derogada 25.156 en muchos aspectos, pero para mencionar algunas cuestiones particulares en relación al IEG, se debe considerar, en primer lugar, que la normativa pasó a distinguir entre dos grupos de prácticas anticompetitivas. El primero, tal como establece el artículo 2, está compuesto por un grupo de conductas que se presume que afectan el interés económico general por ser *absolutamente restrictivas de la competencia* y, que, básicamente se integra por aquellas prácticas concentradas que se conocen como de “núcleo duro”. El segundo, conformado por aquellas conductas anticompetitivas que lo son en la medida que configuren las hipótesis del artículo 1, es decir que, sean prácticas “*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*”.
9. En consonancia con esta definición, se incorporó también la posibilidad de que la autoridad de competencia pueda expedir permisos para la realización de contratos, convenios o arreglos que contemplen conductas incluidas en el artículo 2 de la LDC, en función de que la autoridad encuentre fundamentos para argumentar que dichas prácticas no constituyan perjuicio para el IEG. En este sentido, si bien la LDC tiene una interpretación más dura acerca de los cárteles de núcleo duro (la concertación de precios, la limitación de la oferta, el reparto de mercado, el amañe de las licitaciones y otras compulsas) por considerarlas absolutamente restrictivas de la competencia, también contempla la posibilidad de solicitar a la autoridad una autorización para realizar este tipo de acuerdos entre competidores. El otorgamiento de estos permisos sólo podría justificarse en la medida que el acuerdo en cuestión tenga la potencialidad de generar beneficios para el IEG que más que compensen sus perjuicios.
10. Si bien el cuerpo normativo de defensa de la competencia, iniciado en 1980 y que se desenvuelve hasta la vigente LDC, incorpora el concepto de IEG como estándar para distinguir lo que constituye un acto prohibido y sancionable según la ley, pero en ninguna de las tres normas citadas se establece una definición de dicha noción y una delimitación de su alcance, de manera de encontrar delineados con claridad los objetivos de la política de competencia en la ley que la estructura. Esto tampoco se encuentra explicitado en los decretos que reglamentaron dichas normas. Es por este motivo, que el IEG ha sido y es objeto de debate, y la interpretación de las dimensiones que abarca han ido modificándose a lo largo del tiempo a partir de la jurisprudencia construida a partir de las decisiones de la propia CNDC y por las sentencias de la justicia vinculadas a casos tramitados en la autoridad.

II. EL ALCANCE DEL IEG Y LOS OBJETIVOS DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA

11. A partir de la institución de la Ley 22.262 en 1980 y de la introducción del IEG como bien jurídico tutelado por la LDC, en sus decisiones, la CNDC dio cuenta de una interpretación amplia de dicho concepto, asociándolo al bien común de la sociedad, incluso, al beneficio económico del país. En este sentido, el alcance del IEG era el reflejo de una política de competencia en sintonía con otras medidas de política económica más generales, por lo que perseguía objetivos variados que incluían, entre otros, mantener el empleo de un sector o fomentar el ingreso de divisas por exportaciones. Esta interpretación podría considerarse quizás cercana a un estándar de bienestar del ciudadano, aunque también incorporaba consideraciones que hacían al interés público.
12. Un ejemplo de esta interpretación se puede observar en un Dictamen de archivo que la CNDC emitió en 1992, en ocasión de una presunta conducta anticompetitiva en la que la mayor empresa de hidrocarburos de Argentina, Yacimientos Petrolíferos Fiscales (YPF), fue denunciada por celebrar un contrato con las firmas Great Lakes Carbon Corporation (GLCC) y Copetro, para la compra-venta de coque residual, que contenía una cláusula que supuestamente favorecía a la firma (GLCC) para adquirir coque fuera de contrato, igualando el precio del mejor oferente. En dicho Dictamen, la CNDC desestimó el caso argumentando que no encontraba que el contrato generara un perjuicio al IEG:

Desde el punto de vista del análisis económico, el interés económico general es equivalente a la utilidad que la comunidad recibe de la conducta a ser evaluada. Y evidentemente hablar de economía de divisas y otros beneficios como ocupación de mano de obra argentina, abastecimiento de insumos etc., sin haber descuidado el abastecimiento de los compradores locales tradicionales, a través de un contrato que le aseguró a YPF la ubicación de un volumen importante de carbón residual de petróleo en el mercado interno, con saldos productivos destinados a la exportación, que además ha posibilitado el autoabastecimiento y la exportación de coque calcinado relacionado este hecho con un aprovechamiento más racional, útil y ganancioso de los recursos, es hablar consecuentemente de un beneficio recibido por la comunidad y no de un perjuicio al interés económico general.
13. A finales de la década del 90 se modificó esta mirada abarcativa de la noción del IEG, por una más constreñida y asimilable al estándar de bienestar del consumidor. En el documento *Breve análisis de la ley argentina de defensa de la competencia*, publicado en 1997, la CNDC examina en abstracto el concepto de IEG. Después de indicar que, en el contexto de la Ley 22.262, “es un concepto deliberadamente vago y de difícil aplicación desde el punto de vista jurídico”, tiende a identificar el IEG con “el excedente total de los agentes económicos”, para lo cual descompone el análisis en una evaluación del excedente de los consumidores y del excedente de los productores. Observa que la identificación propuesta no puede ser total, pues omite ponderar el bienestar de cada agente económico, lo cual es necesario para llegar a una “función de bienestar” o un “estándar de bienestar total”, que sí, según este documento, podría dar resultados asimilables al IEG.
14. Este tipo de interpretación ha estado presente, también, en ciertos dictámenes de la CNDC. Por ejemplo, en una decisión del 2010, se identifica al IEG con “el interés de la comunidad y

no el de determinados agentes económicos”, considerando que la autoridad de competencia no debate intereses contradictorios entre partes, sino que protege “un bien de carácter público que no es susceptible de apropiación para los particulares”. En esa misma decisión, también se afirma que el IEG refiere a “las expectativas o a los derechos de contenido económico de una multiplicidad o pluralidad de personas, que son las que constituyen el sector de los consumidores”. Es decir, el IEG oscila entre una interpretación más ceñida al bienestar del consumidor y a una más amplia, cercana al bienestar total de la sociedad o de los ciudadanos.

15. Más recientemente, la CNDC también se dedicó al concepto de IEG en los *Lineamientos para el Control de Concentraciones Económicas*, publicados en 2018. En la Introducción de dicho documento, se indica que una concentración perjudica al IEG cuando:

(...) ella genera o fortalece un poder de mercado suficiente para restringir la oferta y aumentar el precio del bien que se comercializa. Ello es así porque todas las unidades de un bien que se consumen en una economía competitiva de mercado generan un valor positivo neto. La sociedad valora esas unidades consumidas más de lo que cuesta producirlas; de otro modo, los bienes no serían consumidos, puesto que el precio que los consumidores estarían dispuestos a pagar por ellos (el cual refleja la valoración que los consumidores dan al bien) sería menor que el precio que exigirían los productores (el cual, en un entorno competitivo, refleja el costo de producir el bien). Por lo tanto, cuando la oferta de un bien se restringe mediante el ejercicio de poder de mercado, se dejan de consumir unidades que antes generaban un valor social neto positivo, con lo cual la sociedad en su conjunto se ve perjudicada.

16. Esta posición también acerca el concepto de IEG a la noción del estándar de bienestar del consumidor o, a lo sumo, a un estándar de bienestar total, que además de considerar el bienestar del consumidor, también contempla aquel del productor.
17. Los objetivos de la política de competencia que subyacen a esta interpretación del IEG son más acotados y tienen que ver, principalmente con aquello que beneficia más directamente a los consumidores: precios más bajos, mejor calidad de los productos y mayor innovación.

III. NUEVOS CRITERIOS SOBRE EL ALCANCE DEL IEG

18. Durante los últimos años, la CNDC ha iniciado un proceso de revisión del concepto de IEG y con él, una discusión acerca de cuáles son los objetivos de la política de competencia. Podría sostenerse que la noción de IEG que sólo se relaciona con la eficiencia económica y se asimila al bienestar del consumidor o el bienestar total de los agentes económicos es un estándar restrictivo, que desconoce otros elementos de importancia que deberían ser considerados al evaluar un potencial daño al IEG a partir de una operación de concentración o de una conducta, incluso para considerar si, efectivamente se produce un perjuicio o, al incorporar otros factores en la ponderación de los efectos, un beneficio al IEG.
19. En este sentido, la autoridad se ha planteado, qué otros efectos derivados de la realización de una operación de concentración o de la comisión de una conducta, pueden ser considerados a la hora de evaluar el impacto sobre el IEG. Los elementos considerados lo han sido en base al entendimiento de que el concepto de IEG no puede ser construido en un vacío legal, sino que debe ser emplazado sobre los principios e interpretaciones que dimanen de las normas jurídico positivas vigentes en el Derecho argentino. Es decir, los organismos administrativos,

entre los que se encuentra la autoridad de competencia, deberían aplicar un concepto de IEG que esté de acuerdo con los criterios que brinda el sistema legislativo del país, el cual se encuentra conformado por valoraciones respecto a cuáles son las metas económicas que merecen el amparo de los distintos poderes públicos. Leyes tales como las de promoción industrial, inversiones extranjeras, concursos y la legislación financiera e impositiva, en general, suponen una valoración, si bien amplia y flexible, que dan cuenta de las metas económicas a ser amparadas por el sistema jurídico.

20. En función de este criterio, una evaluación sobre la afectación del IEG, además del bienestar de los consumidores, podría incorporar nuevas dimensiones al considerar los efectos de una operación de concentración económica o una conducta sobre: la productividad, tanto en el sector directamente afectado o en otros a él vinculados; el nivel técnico o la difusión de los conocimientos técnicos en el sistema productivo; la distribución geográfica de la producción y de la población; el comercio internacional y la obtención de divisas a través de exportaciones y; los niveles de empleo.
21. Una de las oportunidades que esta CNDC tuvo para dejar sentado este nuevo criterio al respecto del IEG, fue en el Dictamen que se emitió en el marco de una investigación originada de oficio, a partir de la declaración de la empresa Dow que manifestaba su intención de abandonar el país y cerrar su planta productiva de Puerto General San Martín, situada en la provincia de Santa Fe. En dicha planta se produce principalmente polioxi propilenglicol y éteres glólicos, ambos insumos críticos para algunas industrias estratégicas de Argentina, como la automotriz, la fabricación de colchones y electrodomésticos.
22. La CNDC evaluó la incidencia y el posible impacto que esa decisión podría tener sobre el IEG, teniendo en cuenta que la empresa era la única productora del polioxi propilenglicol y con capacidad de abastecer casi el 100% del consumo aparente nacional. Los insumos producidos en esa planta eran de suma relevancia, ya que la empresa contaba con preponderancia en la producción y abastecimiento del producto no solo en Argentina, sino también a nivel regional en el ámbito del Mercado Común del Sur (Mercosur).
23. En ese marco, la CNDC consideró que la interrupción de las actividades de la unidad productiva podría constituir una restricción de la oferta respecto del escenario en que las instalaciones en cuestión fueran adquiridas por otra firma competidora, garantizando el abastecimiento del insumo elaborado en el país en condiciones de mayor competencia de las que surgirían del cierre de la planta. Por otra parte, se evaluó que, desde el punto de vista del acervo productivo nacional, el desmantelamiento de una planta en operaciones redundaría en una disminución de las capacidades de producción del país, en la pérdida de fuentes de trabajo e impactaría negativamente en el balance de divisas sectorial.
24. En su Dictamen, la CNDC analizó las implicancias que la decisión de la empresa podría tener sobre el IEG, entre cuyos elementos constitutivos se encuentran la productividad, el nivel técnico, la distribución geográfica de la producción nacional, el comercio internacional, el empleo y el bienestar de los consumidores. Se consideró también que el concepto de IEG no tiene un contenido único e invariable y que mejores condiciones de trabajo, un medioambiente más sano, un mejor nivel educativo, un menor desempleo, una mejor distribución del ingreso, son elementos que coadyuvan al bienestar de la población y a su interés económico. En

función de la evidencia recogida, la CNDC entendió que, al eliminar los activos necesarios para producir los insumos en cuestión, Dow hubiera reforzado su poder de mercado proveniente de su planta de Brasil, produciendo una afectación al IEG que devendría irremediable.

25. En ese contexto, se ordenó una medida cautelar de no innovar para que la empresa no alterara ni modificara los activos productivos de la planta —cuyo cierre había anunciado— salvo que la acción llevada adelante tuviera como fundamento su mantenimiento, reparación o mejora y hasta tanto se resolviera la cuestión de fondo del expediente.

IV. BENEFICIOS DE LA OPERACIÓN SOBRE EL IEG DE ACUERDO AL NUEVO REGLAMENTO DE CONCENTRACIONES

26. El 16 de mayo de 2023, la Secretaría de Comercio del Ministerio de Economía aprobó el nuevo "Reglamento para la Notificación de Operaciones de Concentración Económica". Entre las actualizaciones incorporadas, se encuentra el rediseño de los formularios de notificación, que establecen los requisitos de información que precisa la CNDC para el análisis de cada caso.
27. El reglamento prevé un nuevo apartado del formulario F2 —que se exige toda vez que una operación de concentración económica despierta preocupaciones en lo referido a la competencia de algún mercado, y la CNDC debe elaborar un Informe de Objeción para señalar dichas preocupaciones previo a la emisión de la decisión final— dedicado a valorar si la operación supone algún beneficio para el IEG que compense el perjuicio que conlleva. Esto implica una reinterpretación del antiguo apartado de "ganancias de eficiencia", ya que considera, no sólo una cuantificación de dichas ganancias, sino también la ponderación de los efectos de la transacción sobre un amplio conjunto de elementos.
28. En efecto, el formulario prevé que las partes indiquen los beneficios que la transacción podría tener sobre variables agregadas como la generación de empleo, los ingresos, la sustitución de importaciones, el nivel de inversión, el cuidado del medio ambiente y las políticas de género, entre otras. Asimismo, requiere la identificación de parámetros, mediciones y/o proporciones que permitan determinar el cumplimiento de tales beneficios y su sostenibilidad en el tiempo.
29. El reglamento, que entrará en vigor el 5 de julio de este año, es la primera directiva emitida por la CNDC que formaliza una interpretación del IEG en un sentido más amplio. Esto es de importancia significativa, en tanto brinda mayor certidumbre acerca de los parámetros que considera el estándar de bienestar y su alcance, así como claridad sobre cómo cuantificar el daño (o el beneficio) sobre el IEG.

V. CONSIDERACIONES FINALES

30. Tal como hemos explorado a lo largo de la presente nota, el bien tutelado por la LDC en Argentina es el IEG, el estándar de bienestar cuyo perjuicio (o beneficio) determina en qué medida una conducta o concentración económica que reduce la competencia en uno o varios mercados, resulta contraria a la ley.

31. Como ya fue mencionado, la LDC no dispone de una definición de este estándar, así como tampoco lo hace el decreto que reglamenta la norma. En este sentido, se trata de una noción jurídica que, en principio, podría resultar abstracta y difusa. Sin embargo, su inclusión en la normativa desde 1980 ha garantizado que haya más de 40 años de jurisprudencia que han delineado su alcance. Si bien su interpretación se ha ido modificando a lo largo de las décadas, los cambios no fueron abruptos ni caprichosos: desde una primera etapa más cercana a un estándar de bienestar total o, incluso, del ciudadano, a una larga etapa asociada al estándar de bienestar del consumidor, para más recientemente volver a una visión más amplia, que incluye atributos que no solo se vinculan con la eficiencia de los mercados, el precio, la calidad de los productos y el desarrollo innovativo, sino también con los mercados laborales, el comercio exterior, la distribución del ingreso, entre otros.
32. El IEG, entonces, es un estándar flexible que admite este tipo de adaptaciones, para abrirse a objetivos menos directos en su afección unívoca al consumidor, y más enfocados en un mejoramiento del bienestar general de la sociedad, alineando a la LDC con este fin fundamental. Ahora bien, cualquier otro estándar de los considerados también admiten cierta maleabilidad, por lo que esto no es exclusivo del IEG.
33. Si bien los elementos que pueden comprender al IEG y, por tanto, pueden subyacer como objetivos a LDC no surgen más que de otras normativas del derecho argentino, y se encuentran en línea con éstas, desde la CNDC comprendemos que se trata de una noción compleja, que incluye una variedad de factores. La introducción de un apartado dedicado a la evaluación de los beneficios que puede reportar una operación sobre el IEG en la nueva regulación para la notificación de operaciones de concentración económica forma parte de los esfuerzos de la autoridad por producir pautas que permitan una mayor previsibilidad en la comprensión de los alcances del estándar de bienestar y potencien la implementación de un criterio que comprenda al IEG como un estándar completo, en armonía con otras políticas enfocadas a mejorar el bienestar de la sociedad.