

Voces: DEFENSA DE LA COMPETENCIA ~ LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Título: El interés general y la eficiencia económica en la ley de defensa de la competencia

Autor: Otamendi, Jorge

Publicado en: LA LEY 1999-F, 1087

Cita Online: AR/DOC/873/2001

Sumario: SUMARIO: I. Introducción. -- II. La regla de la razonabilidad en el derecho norteamericano. -- III. La Comunidad Económica Europea. -- IV. La ley de defensa de la competencia. -- V. El correcto funcionamiento del mercado. -- VI. Los más recientes dictámenes de la Comisión y el cambio de criterio. -- VII. Conclusión.

I. Introducción

El 25 de agosto pasado el Congreso de la Nación aprobó una ley de defensa de la competencia que derogó la ley 22.262.

Un pilar básico de la ley 22.262 (Adla, XL-C, 2521) era el concepto del interés económico general. El artículo 1° de la ley establecía que se castigaban las restricciones a la competencia de las que resultara un perjuicio al interés económico general. La nueva ley 25.156 (Adla, LIX-D, 3942) ha mantenido el concepto de "interés económico general", en el texto del art. 1°.

Esta calificación del acto prohibido tiene una particular importancia, ya que elimina de nuestro derecho de defensa de la competencia, los actos ilegales "per se". Entonces, el que exista una restricción a la competencia, no significa que exista automáticamente un acto ilegal, prohibido y punible. Esto hace que cada acto restrictivo sea juzgado para determinar si existe peligro de dañar el interés económico general. Después de analizar el acto en cuestión, las circunstancias en que se realiza y su impacto en el mercado, se determina si es ilegal o no. Este criterio es el que se aplica para todos los actos que no son ilegales "per se" en los Estados Unidos de América y en la Comunidad Europea.

La conveniencia de tal elástico criterio es absoluta, a mi juicio, en comparación con el rígido sistema de la ilegalidad "per se". Ello por varias razones. En primer lugar, no obliga a la autoridad de aplicación de la ley, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, a tener que analizar cantidad de conductas de poca relevancia con escaso o nulo impacto en el mercado. En segundo lugar porque admite la procedencia de defensas y justificaciones atendibles para tales conductas, en la medida que la restricción provoque un fortalecimiento o un estímulo a la competencia.

La anterior ley, al igual que la recién sancionada como era lógico, se nutrió, de la legislación y jurisprudencia comparada más rica en la materia, aunque principalmente de la legislación de la Comunidad Europea. Eso no está mal, por el contrario, es bueno aprovechar la buena experiencia ajena. Al volcarse por la ilegalidad de las conductas según el criterio apuntado, se quiso a mi juicio, tomar un poco de ambas. Obsérvese que los arts. 85 y 86 del Tratado de Roma prohíben los actos restrictivos de la competencia y los abusos de posición dominante... "que puedan afectar el comercio...". La jurisprudencia norteamericana al mitigar la Sherman Act con la llamada regla de la razón, estableció que ciertas conductas para ser ilegales debían ser "irrazonablemente restrictivas", abriendo el camino para la legalidad de ciertas restricciones.

El concepto de interés económico general es el resultado de ambos sistemas, y aunque es amplio y puede dar lugar a interpretaciones diversas, es la llave de entrada o de salida para la aplicación de la ley. Permite que en el campo del mercado competitivo se descarten conductas o se condenen conductas siempre en el marco del proceso competitivo. De allí que determinar qué es "interés económico general" sea esencial. En los años que lleva vigente la ley de defensa de la competencia, tanto la Comisión de Defensa de la Competencia, como los distintos tribunales a lo largo del país que en apelación les ha tocado expedirse, han mantenido una cierta uniformidad de criterio, aun cuando no puede decirse que haya habido un rico desarrollo del concepto. Uniformidad que parece haberse quebrado en los últimos tiempos, a juzgar por lo expresado al respecto por dicha Comisión. El objeto de este trabajo es analizar los antecedentes nacionales y extranjeros, de manera de contribuir a delimitar y definir este concepto de manera clara, a la vez que amplia y flexible.

II. La regla de la razonabilidad en el derecho norteamericano

Volvamos a lo que no es irrazonable. Como bien explica Holmes (1), no hay una regla definida y se toman en cuenta "todas las circunstancias". Estas incluyen el intento y el propósito al adoptar la restricción, la estructura y condiciones competitivas de la industria, la presencia de barreras a la entrada de nuevos competidores, y también las justificaciones para la restricción, como eficiencias obtenidas, protección de la clientela y la inducción de fidelidad del distribuidor. Esto se aplica, aclaro, no sólo a los actos comprendidos en la Sherman Act, sino también en la Clayton Act, y en otros estatutos que tratan las conductas anticompetitivas.

En este análisis de las circunstancias, el primer convidado es el mercado. Allí se observará cómo impacta la conducta en cuestión, si hay barreras a la entrada, cuál es el grado de concentración, etc. Se mide cuál es el poder que tiene el mercado quien es acusado de restringir la competencia. Una restricción realizada por quien no tiene una cuota relevante del mercado, no será considerada ilegal. En el conocido caso Dupont de Nemours la conducta en cuestión no fue castigada porque el producto respectivo ocupaba menos del 20 % del mercado relevante.

Otra clase de análisis es la que apunta a las ventajas competitivas que la conducta restrictiva ocasiona. Estas se dan en los contratos de requerimiento o de aprovisionamiento (2). Los contratos de distribución exclusivos si bien restringen la competencia "intra brand", son generalmente aceptados por fortalecer la competencia "inter brand". Los contratos de aprovisionamiento, por los cuales alguien se asegura la venta de toda o gran parte de su producción, y alguien se asegura toda o gran parte de sus requerimientos, constituyen una barrera de entrada a los competidores, quienes tendrán una limitación para comprar o para vender, según sea el caso. Sin embargo tienen la ventaja de asegurar un insumo vital para la industria del comprador, de cuya seguridad pueden depender además importantes inversiones. Lo mismo es aplicable al proveedor de ese insumo.

También hay justificaciones que han impedido declarar la ilegalidad (3). En el caso "Jerrold", un tribunal inferior admitió una cláusula atada porque quien la imponía era un "recién llegado", instituida en el lanzamiento de un nuevo negocio con un muy incierto futuro". Concepto reiterado por la Suprema Corte en el caso "Brown Shoe" al reconocer que quien imponía la cláusula atada era una "pequeña compañía en un intento de entrar en un mercado...". En estos casos, la restricción ayuda al nuevo entrante al mercado, porque lo ayuda a competir con marcas ya establecidas. Desde luego la restricción no será aceptada cuando ya se ha establecido en el mercado.

En las "Guidelines", que en forma conjunta elaboraron el Departamento de Justicia y la Federal Trade Commission, para aprobar fusiones de empresas, se considera "si no fuera por la fusión, cualquiera de las partes de la transacción probablemente fracasaría, provocando que sus activos salieran del mercado". Es decir, que se tiene en cuenta si alguna de las empresas desaparecería, restando un competidor al mercado.

Lo expuesto demuestra algunas razones por las cuales pueden aceptarse restricciones que en otras circunstancias no serían aceptadas. Desde luego, todas ellas, y hay otras, están siempre relacionadas al proceso competitivo. No hay decisiones de la Suprema Corte, en "National Society of Professional Engineers c. United States", fallo citado por Holmes (4), señaló que "contrariamente a su nombre, la regla de la razonabilidad, no abre el campo de inquisición antimonopólica a cualquier argumento a favor de una restricción desafiada que pueda caer en el reino de la razón. En cambio, se concentra directamente en el impacto de la restricción desafiada en las condiciones competitivas". Holmes también señala, que mientras los objetivos sociales no competitivos no han sido acogidos por el más alto tribunal, algunos tribunales inferiores han incorporado estas cuestiones en sus análisis de la regla de la razonabilidad.

III. La Comunidad Económica Europea

En la Comunidad la situación es diferente ya que allí no hay ilegalidades per se. Los arts. 85 y 86, como ya vimos prohíben las restricciones al comercio que puedan afectar el comercio, lo que constituye una primera calificación que deja fuera las restricciones que no afectan al comercio. Pero hay más, el art. 85 que se refiere a las prácticas concertadas que restringen la competencia, excluye la "que contribuya a mejorar la producción o distribución de bienes o a promover el progreso técnico o económico, mientras deje a los consumidores una porción justa del beneficio que resulte, y que no (a) imponga a las corporaciones restricciones concernientes que no sean indispensables para el logro de esos objetivos, (b) permitan a esas corporaciones la posibilidad de eliminar la competencia con respecto a una parte sustancial de los productos en cuestión". Existen además varias normas dictadas por la Comisión de la Comunidad estableciendo la legalidad de ciertas prácticas realizadas en

determinada manera, denominadas "Exenciones". En definitiva, como vemos, hay múltiples situaciones en las que una restricción no es considerada ilegal.

No quiero extenderme sobre la explicación de lo que no es ilegal, porque escapa al objeto de este trabajo. Sí diré que también en la Comunidad el impacto de la restricción es medido para saber si la restricción tiene un "efecto apreciable". En otras palabras, que se restrinja la competencia en una medida perceptible (5). La Noticia sobre Acuerdos Menores define que quedan fuera de la prohibición los productos o servicios objeto de la concertación que no representan más del 5 % del mercado relevante, y el monto anual de las empresas participantes no exceda los 200 millones de ECU.

IV. La ley de defensa de la competencia

Tanto en los Estados Unidos como en la Comunidad la magnitud de la restricción tiene su papel preponderante, y hay otras razones que también excluyen de la ilegalidad a ciertas prácticas. La ley de defensa de la competencia, contiene su parámetro de aplicación en el interés económico general. Sólo si de la restricción puede resultar un daño a dicho interés, la restricción es ilegal. De esta manera se abandona la ilegalidad "per se", y se somete a todo acto buscando si puede producirse tal daño. Debe señalarse que nada impide que en cualquiera de las regiones referidas, incluyendo a nuestro país, ciertas prácticas sean siempre consideradas ilegales, pero eso no crea la ilegalidad "per se", ni excluye el examen en cuestión.

¿Qué es el interés económico general? A nadie se le escapa que se trata de un concepto amplio que admite muchas interpretaciones. La Exposición de Motivos de la ley 22.262 nos dio una pauta. Decía que: "...con la afectación del interés económico general se deja en claro que es el que sufre al trabarse el funcionamiento de un mercado, de suerte que quedan a salvo las conductas que puedan parecer anticompetitivas pero que en verdad resultan beneficiosas para la comunidad". Lo que nos dijo el legislador es que hay restricciones que son admitidas porque aportan más ventajas al proceso competitivo que el daño que causan. La Exposición de Motivos pudo haber dicho más, aun cuando el texto no fuera vinculante. Pudo haber hablado de restricción apreciable, y no lo hizo. Sin embargo el criterio adoptado permitía una flexibilidad razonable en la aplicación de la ley.

Así como la anterior ley no nos dijo mucho sobre lo que es el interés económico general, tampoco se encuentra mucho en los dictámenes de la Comisión de Defensa de la Competencia, ni en los fallos de los tribunales aplicándola. Sí es preocupante, la tendencia mostrada recientemente, que como veremos más adelante, pretende reducir este útil concepto a una mera ecuación económica.

V. El correcto funcionamiento del mercado

El correcto funcionamiento del mercado ha sido desde siempre identificado con el interés económico general. Si el mercado funciona correctamente, no hay daño para el interés económico general.

Cantidad de dictámenes nos dice que interés económico general y correcto funcionamiento del mercado son prácticamente sinónimos. En un caso en el que se juzgaba una imposición de precios, luego de afirmar que se restringía el funcionamiento del mercado se agregó que "...lo hace con virtualidad suficiente para afectar el interés económico general, que puede resentirse cuando se resiente el funcionamiento del mercado"(6). También se ha dicho "...que este interés se identifica con el mejor funcionamiento de los mercados..."(7). Se ha usado la fórmula: "Cualquier actitud que distorsione este mercado posee virtualidad para afectar el interés económico general, porque éste está protegido mientras el funcionamiento de aquél sea el correcto"(8). En otro caso se dijo que "... el artículo 1° limita su actuación al hecho que ofrezca peligro para el interés económico general, que se ha identificado con las mejores condiciones de competencia en la certidumbre que el interés general se beneficia cuando cuenta con un mercado de esas características"(9). Se dijo también que "el interés económico general está preservado cuando está preservado el funcionamiento del mercado, ya que de este modo se obtienen todos los beneficios que resultan de la competencia; de manera que en el caso contrario, cuando se viene a conspirar contra ella, se afecta el interés económico general protegido por la norma"(10). En la misma línea: "... el interés económico general se preserva en la medida que se preserve el funcionamiento de los mercados"(11), y el interés económico general está protegido en tanto lo está el mercado, porque de su correcto accionar derivan consecuencias beneficiosas para la comunidad..."(12). Hasta se lo ha "identificado" con "las mejores condiciones de competencia"(13).

En algunos casos la Comisión fue un poco más explícita al vincular el interés en cuestión con la restricción analizada. Así, ante la fijación de precios por una cantidad apreciable de panaderías, dijo "que dicha distorsión tiene entidad para perjudicar el interés económico general, pues todo el público consumidor necesitado de adquirir el producto se encuentra con precios uniformes prefijados y se ve inexorablemente privado de los beneficios que derivan de la libre competencia al carecer de alternativas de compra que le permitan adquirir lo suyo donde se vende más barato"[\(14\)](#). Se ha sostenido que se afecta el interés económico general cuando se excluye indebidamente a alguien que quiere participar en él" (mercado) [\(15\)](#), o excluyen toda posibilidad a los competidores actuales o futuros"[\(16\)](#). O bien en cuanto se procura sustraer la formación de los precios de los mecanismos ordinarios de oferta y demanda"[\(17\)](#). En estos, y en otros casos, el daño al interés económico general, se identifica con la restricción misma, lo cual no es nada clarificante.

Los casos reseñados son todos de los primeros años de vigencia de la ley 22.262. Veamos qué dijeron los tribunales en algunos de los que les tocó decidir en apelación, por esos tiempos. Una interesante reflexión, en un todo de acuerdo con lo establecido en el art. 1° de la ley, la realizó el Fiscal de Cámara, doctor Héctor Orozco, cuando luego de sostener que no había ilegalidades "per se", agregó que "en cada caso, deberá analizarse las particulares circunstancias del régimen de acuerdo a las implicancias en el mercado, para saber si esa conducta es o no beneficiosa a la comunidad"[\(18\)](#). La Corte Suprema de Justicia, en el mismo sentido afirmó que "quedan a salvo --del art. 1°-- las conductas que puedan parecer anticompetitivas pero que en verdad resultan beneficiosas para la comunidad"[\(19\)](#), haciendo propias las palabras de la Exposición de Motivos.

En otro caso se sostuvo "que aunque la ley no defina el sentido y alcance del 'interés económico general', dicho presupuesto, como lo señala la exposición de motivos, 'reviste especial importancia por su marcada influencia en el contexto general de la ley'. Y luego agregó que dicho interés 'integra el concepto de bien común'"[\(20\)](#).

En cuanto al funcionamiento del mercado se ha dicho, citando la exposición de motivos de la ley, que para asegurar su correcto funcionamiento hay que garantizar "la libre actividad de los particulares"[\(21\)](#). También se ha reconocido que el interés económico general está preservado cuando lo está el correcto funcionamiento del mercado [\(22\)](#).

En otro orden se ha dicho "Que el art. 1° de la ley indica las conductas disvaliosas, las que han de ser de naturaleza económica y que puedan resultar perjudiciales para el interés económico en general; circunstancia que no se da en autos, puesto que se trata del interés personal del sancionado"[\(23\)](#).

Yendo a los actos castigados, se ha considerado que era contrario al interés económico general el "establecer un precio uniforme, circunstancia que se ve agravada por cuanto afecta a un producto de primera necesidad"[\(24\)](#). O porque "afecta la estructura de los precios en otras actividades sustanciales --v.gr. la construcción--, más allá de cualquier otro insumo"[\(25\)](#).

El interés económico general ha servido también para no castigar conductas, como cuando se dijo que "la reglamentación de que se trata aparece como una condición necesaria para que funcione eficiente y equilibradamente un sistema de canje de envases el que, como ya se ha visto, es conveniente a los consumidores y a la comunidad en general, debe concluirse que favorece y no perjudica el interés económico general"[\(26\)](#).

Más recientemente la justicia decidió en el sonado caso Clarín [\(27\)](#). El tribunal en este caso resumió lo que entendió eran los dos conceptos que la Comisión había desarrollado sobre el interés económico. Uno era "la identidad entre el interés económico general" y el otro que "el interés económico general es equivalente a la utilidad que la comunidad recibe de la conducta a ser evaluada".

En este caso se juzgaba la conducta de la denunciada que ofrecía descuentos del 15 % a los avisadores en el diario Clarín y en la revista VIVA, en la medida en que éstos no publicitaran en otros diarios hasta un plazo de 15 ó 30 días de publicado el aviso.

El fallo consideró que no se había afectado el interés económico general porque no se había acreditado que la conducta en cuestión "puede producir un perjuicio en el largo plazo sobre las finanzas de los periódicos competidores". Agregó luego que tal interés debe ser entendido como el interés de la comunidad y no el de determinados agentes económicos y que el perjuicio no existía, "pues las bonificaciones ofrecidas no limitan la posibilidad de efectuar publicidad por otros medios (televisión, radio, revistas, etc.), y ni siquiera en otros diarios,

en caso de no estimarse conveniente la exclusividad por quien pretende publicar, por lo que, antes bien, lo ofrecido por la recurrente parece favorecer aquel interés, ante la posibilidad de obtener mejores precios al consumidor por el servicio prestado.

Los casos citados son sólo algunos de los que han sido decididos por los tribunales. Muestran no obstante cómo se ha enfocado el tema del interés económico general, y comprobamos que no hay un apartamiento de la línea argumental de la Comisión.

VI. Los más recientes dictámenes de la Comisión y el cambio de criterio

En noviembre de 1995, la Comisión aún mantenía la idea del correcto funcionamiento del mercado. Afirmó entonces "que cualquier mercado para que funcione correctamente debe permitir la libre afluencia y participación de todos los oferentes, en condiciones de libre competencia". Y agregó luego que "el bien jurídico protegido es la libre competencia, y el interés económico general el encargado de velar por el correcto funcionamiento de los mercados"[\(28\)](#).

En 1998 en el caso Clarín recién comentado, encontró que había perjuicio al interés económico porque "la exclusividad tiene un efecto de reducción de la información disponible para los consumidores finales, ya que priva a los lectores de otros diarios distintos del Clarín, de la posibilidad de acceder a la publicidad de aquellos productos que habrían sido publicitados en tales diarios de no implementar AGEA dicha política"; porque la transferencia de rentas entre los otros diarios y Clarín, "necesariamente repercute en las finanzas de los otros diarios y puede hacer que alguno de ellos (los menos rentables o "marginales" en términos económicos) se vean forzados a abandonar el mercado o a reducir su ámbito de aplicación", y porque "potenciales ingresantes al mercado de diarios decidan no entrar al mismo en virtud de que su ecuación económica les resulte poco atractiva o que la escala a la cual deben entrar a producir su producto sea mayor que lo que les permite su capacidad financiera"[\(29\)](#).

En 1997 comienza a modificarse el concepto de interés económico general. En agosto de 1997 la Comisión editó un trabajo denominado "Breve análisis económico de la ley argentina de defensa de la competencia"[\(30\)](#). En este trabajo luego de calificar tal concepto como "deliberadamente vago y de difícil aplicación desde el punto de vista jurídico", se afirma que "desde el punto de vista económico, sin embargo, resulta posible a través del empleo de los conceptos de "excedente del consumidor", "excedente del productor, "excedente total" y "función de bienestar social". Seguramente una visión puramente economicista ha llevado a la Comisión a un camino que no sólo, de no cambiarse, embretará su accionar, sino que además, es contrario a la letra y al espíritu de la ley.

La teoría del excedente del consumidor parte de la base que el consumidor estaría dispuesto a pagar un precio por lo que desea, y si lo que paga está por debajo de ese estimado, entonces la diferencia es lo que guarda el consumidor y constituye el excedente. Luego está el excedente del productor que es la diferencia que obtiene al vender su producto por encima de sus costos de producción. Surge entonces el excedente total que es "la suma de los excedentes que obtienen los consumidores y los productores que participan en el mercado". El excedente total se maximiza en competencia perfecta. Concluyendo el informe con que si una ley busca penalizar los desvíos del paradigma competitivo que sean perjudiciales para el interés económico general, la identificación entre este último concepto con el de excedente total es un buen punto de partida para la interpretación de la norma"[\(31\)](#).

En términos vulgares esta maximización se daría cuando el consumidor compra al precio que esperaba comprar, y el productor vende al precio que le permite tener una ganancia.

Fue en el conocido caso YPF [\(32\)](#) en el que la Comisión consagró el nuevo criterio. En este caso YPF fue condenada a pagar una multa de casi 110 millones de pesos. Se la acusó de haber reducido el abastecimiento de gas al mercado local, por haber exportado al exterior lo que pudo haber ofrecido en el mercado local, lo cual provocó que el precio cobrado localmente fuera más elevado que si la exportación no se hubiese producido. El precio del gas en el mercado externo cobrado por YPF, era más bajo que el cobrado en el mercado local. No es el objeto de este trabajo criticar la decisión en cuestión, aunque debo decir que la misma es más bien un velado control de precios, que una restricción a la competencia.

Para llegar al castigo señalado se manejaron hipótesis económicas. El dictamen describe con exactitud cómo funciona un mercado perfecto. En él, ni la oferta ni la demanda pueden imponer condiciones, ni fijar el precio. El

precio en ese mercado es el precio de equilibrio. Así, nos dice el dictamen, con un precio de equilibrio se maximiza el bienestar social, y "cualquier alejamiento del mismo producirá una caída en el bienestar social neto". Luego asume que una empresa con posición de dominio cobrará un mayor precio, y con toda soltura afirma "que la existencia de una empresa con posición de dominio implica una pérdida de bienestar social, puesto que la misma implica un alejamiento de la cantidad comercializada en el equilibrio competitivo. La conclusión que pone el broche de oro a esta creación teórica es la siguiente: "Esta disminución del bienestar social es precisamente el hecho al que la ley 22.262 se refiere cuando penaliza las conductas que impliquen un "daño al interés económico general". Más adelante agrega que "... el concepto de daño al interés económico general, entendido como la eficiencia económica, se refiere a aquellas circunstancias en las que la acción anticompetitiva o abusiva llevada a cabo resulta en una menor cantidad comercializada que la correspondiente al equilibrio competitivo del mercado en cuestión". Llegamos así a que la restricción a la competencia que produce una ineficiencia económica es contraria al interés económico general.

Son varias las críticas que se le pueden hacer a esta simplificación del concepto en análisis. La primera de ellas es que es imposible saber cuál es el precio de equilibrio. Es más, es imposible que éste se dé, ya que no se conoce mercado que funcione perfectamente. Con lo cual, la Comisión tendrá que actuar con arbitrariedad para determinar cuál es ese precio. Y desde luego es más difícil aún saber cuál es el precio al que estaría dispuesto a comprar o dejar de comprar el consumidor. E igualmente difícil es saber a qué precio dejará de vender el productor. ¿Cuántos casos hay en el que este último, para mantener un mercado, vende a pérdida durante un tiempo, con la esperanza de recuperar la pérdida en un futuro cercano? ¿Y qué pasa con el bienestar social cuando ese productor se equivoca y se funde, provocando un daño a los ahorristas que poseen acciones de esa empresa?

En ninguna parte de la ley se dice lo que la Comisión le hace decir. No es cierto que la ley hable o se refiera a la "disminución de bienestar social". La ley sólo enuncia el caso ya visto de las conductas que parezcan anticompetitivas, pero que en realidad contribuyen a la competencia. El bienestar social, es un concepto al que si bien todos propendemos no es el objeto inmediato de esta ley.

El concepto de eficiencia económica es vacío y, tomado como objetivo de la ley de defensa de la competencia puede dar lugar a arbitrariedades sin límite. Significa que la Comisión les dirá a los agentes económicos cómo deben actuar para ser eficientes. Puede suceder que se castigue a quien tiene una posición de dominio por no fabricar con insumos de mejor calidad y más caros, para que el consumidor tenga su excedente, o bien porque no distribuya en ciertas zonas obligando al consumidor a trasladarse, con mayor gasto, a lugares más lejanos. Como se puede advertir, el enfoque puede dar lugar a cualquier cosa. La Comisión no es un organismo creado para determinar cómo deben tomar sus decisiones los que actúan en el mercado. La Comisión vela para que el mercado funcione en las mejores condiciones competitivas posibles. Pero lo hace evitando que existan restricciones a la competencia. No puede hacerlo diciéndole a los productores cómo deben fabricar, ni a qué precio deben vender.

La eficiencia económica podrá ser una consecuencia del correcto funcionamiento del mercado. Digo podrá, porque es un concepto teórico sólo valedero luego de asumir que se dan ciertas variables en un ámbito de competencia perfecta. El concepto de interés económico general va mucho más allá de este objetivo. La tarea de la Comisión no es vigilar que exista eficiencia económica. Para eso está el mercado. La Comisión debe velar para que quienes participen en el mercado lo hagan dentro de ciertas pautas que marca la ley. Básicamente la ley impide que alguien evite de alguna manera que otros puedan competir libremente. Eso es todo lo que puede y debe hacer la Comisión. Pero no puede decir cómo tiene que operar una empresa ni cómo tiene que comprar el consumidor, y mucho menos establecer cuál es el precio al que debe efectuarse una transacción.

Como bien señalan Areeda y Kaplow (33), "el concepto de eficiencia es, al mismo tiempo, poderoso y débil: poderoso porque es indiscutiblemente la condición mínima necesaria del equilibrio de un sistema económico, débil porque es sólo uno de muchos valores considerados importantes por nuestra sociedad". A esto apunta el concepto de interés económico general, que es mucho más amplio que el concepto de eficiencia económica. Como dije antes, puede haber casos en los que la eficiencia económica quede relegada porque se admite una restricción en ciertas condiciones. Cuando no tiene "efectos apreciables", usando la terminología de la Comunidad Económica Europea, o cuando la conducta restrictiva es un estímulo de la competencia, tal como lo reconoce la Exposición de Motivos.

Al sostenerse que el interés económico general es la eficiencia económica se confunde el sentido mismo de la ley. La ley no ha sido diseñada para que las empresas sean más eficientes. Cabría aun preguntarse por qué no también para que el consumidor tenga apetencias más razonables y compre al precio de "equilibrio". La función es otra, y parte de la base innegable de la libertad de mercado. La ley sólo establece bases para evitar la restricción, y sólo en ciertos casos, pero nunca para que se tomen decisiones suplantando al que actúa en el mercado.

VII. Conclusión

La interpretación tradicional permite una adecuada aplicación de la ley. Admite las restricciones que aporten al correcto funcionamiento del mercado, como los contratos exclusivos, y también la de no castigar restricciones con escaso impacto en el mercado, ya que éstas no han de afectar su correcto funcionamiento. Con esta fórmula, podemos tomar lo que la legislación comparada ha aceptado, sin atarnos a fórmulas estrictas, que en esta materia no tienen sentido.

Desde luego, que para llegar a una interpretación de este concepto en el sentido señalado, debe tenerse una visión elástica. Esta visión parte de la premisa de que en el sistema no hay restricciones ilegales "per se". Y si no las hay es porque algo las diferencia, ya que son todas restricciones. Una diferencia está en que no deben atentar contra el correcto funcionamiento del mercado, según se ha aceptado. Obviamente no puede sostenerse que toda restricción atenta contra el correcto funcionamiento del mercado, porque de hacerlo estaríamos transformando a toda restricción en ilegal, y esto no es lo que la ley establece.

Por tanto, no queda sino entender que el correcto funcionamiento del mercado es una definición que admite restricciones a la competencia. En otras palabras, el mercado funciona correctamente a pesar de dichas restricciones. El término "correcto", no es absoluto ni estricto. Es más bien un objetivo y reconoce que hay imperfecciones, que no merecen la atención de las autoridades, sea por su impacto poco relevante, sea por los beneficios al proceso competitivo que aporta. Tal vez hubiera sido mejor usar el parámetro de la razonabilidad de la jurisprudencia norteamericana, que tiene una más fácil interpretación a la hora de aceptar justificaciones. De todas formas, nada impide que se entienda en nuestro país que una restricción razonable no afecta el correcto funcionamiento del mercado.

Para terminar, opino que las razones que se acepten para justificar una restricción deben estar siempre limitadas al proceso competitivo. Estas restricciones serán aceptables porque tarde o temprano beneficiarán a la competencia. Quedan fuera las razones de otra índole, como ser la preservación de empleos, construcción de obras públicas o hasta mejorar el paisaje. Las cuestiones ajenas al proceso competitivo, si cabe, serán resueltas por otras leyes. Si así no fuera, se cometería un grave error que llevaría a la autoridad de aplicación a resolver sobre cuestiones que le son y le serán ajenas. El bien jurídico protegido por la ley de defensa de la competencia es la competencia tal como su nombre lo indica. Esta es una ley que sólo le preocupa que el sistema competitivo funcione lo mejor posible. No es una ley que vele por mayores ganancias de los empresarios, menores precios para los consumidores, mayores salarios, menor desocupación o por cualquier otro objetivo. El único objetivo es defender la competencia, de las demás cuestiones se ocupan otros organismos. Y esto es claro a mi juicio aun cuando el beneficiario último de la correcta aplicación de sus normas y de un más perfecto proceso competitivo es el público consumidor, o a veces, también uno o más competidores.

No debe olvidarse que, tal como lo dije al principio, el concepto de interés general es la llave de entrada, o de salida, a la ilegalidad. Si el concepto se amplía sin límite pueden incluirse o excluirse conductas por las más variadas razones a pesar de que la competencia en el mercado respectivo siga funcionando igual de mal, o igual de bien.

Al hablar de interés económico general, estamos hablando del daño al proceso competitivo, al correcto funcionamiento del mercado.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723).

(*)El artículo publicado con fecha 7 de diciembre de 1999 titulado "El interés general y la eficacia económica en la ley de defensa de la competencia", se refirió a la ley 25.156 antes de recibir las observaciones del Poder

Ejecutivo que quedaron firmes. En lo que hace a este artículo cabe destacar que la mencionada ley mantiene el concepto "interés económico general" y no "interés general". Aun cuando para el contenido del artículo esto es irrelevante, cabe efectuar la aclaración para no causar confusión al lector.

(1)HOLMES, William C., "Antitrust Law Handbook", West Group, 1999.

(2)Me refiero con más detalles a estos casos y a lo decidido en los tribunales norteamericanos en "Las relaciones comerciales y las restricciones a las competencias", p. 50 y sigtes., Ed. Abeledo Perrot, 1978.

(3)Ver op. cit., "Las relaciones...", p. 30 y siguientes.

(4)HOLMES, op. cit. p. 321.

(5)BELLAMY, Cristopher y CHILD, Graham D., "Common Market Law of Competition", p. 244, Sweet & Maxwell, Londres, 1973.

(6)Ver, entre otras: "Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de oficio c. Colegio Oficial de Farmacéuticos y Bioquímicos de la Capital Federal", dictamen del 27/4/82; "Sociedad Propietarios de Panaderías de Santa Fe", dictamen de 7/4/83.

(7)"Staff Médico S.A. denuncia c. Federación Médica de la Provincia de Buenos Aires", dictamen del 22/9/82.

(8)"Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, de oficio c. Cámara Inmobiliaria Argentina", dictamen del 18/8/81.

(9)"Caja Nacional de Ahorro y Seguro y Automóvil Club Argentino denuncia c. Posdata S.R.L." dictamen del 22/2/82.

(10)"Ifrisa S.R.L. denuncia c. Yacimientos Petrolíferos Fiscales Sociedad del Estado y ECSAL S.A.", dictamen del 11/3/82.

(11)"Unión General de Tamberos denuncia c. Cooperativa Popular de Electricidad de Santa Rosa Ltda.", dictamen del 10/5/82.

(12)"Asociación Sureña de Empresas Fúnebres de la Provincia de Buenos Aires denuncia contra varias cooperativas", dictamen del 14/6/82.

(13)"Caja Nacional de Ahorro y Seguro y Automóvil Club Argentino denuncia c/ Posdata S.R.L.", dictamen del 22/2/82.

(14)"Sociedad Propietarios de Panaderías", dictamen del 7/4/83.

- (15)"Antonio Humberto Savant denuncia c. Matadero Vera", dictamen del 8/2/82.
- (16)"Staff Médico S.A. denuncia c. Federación Médica de la Provincia de Buenos Aires", dictamen del 22/9/82.
- (17)"Comisión de Defensa de la Competencia, de oficio c. Cámara de Flete a Instante", dictamen del 17/11/81.
- (18)"Colegio de Farmacéuticos y Bioquímicos de la Capital Federal", Cámara en lo Penal Económico de la Capital Federal, sala III, opinión del 17/6/82 y fallo del 18/10/82.
- (19)C 306 XX Colegio de Martilleros Públicos del Departamento Judicial de Mar del Plata, del 31/10/85.
- (20)"Asociación Sureña de Empresas de Pompas Fúnebres de la Provincia de Buenos Aires", Cámara Federal de Bahía Blanca, fallo del 8/3/85 (La Ley, 1985-A, 629-37.116-S).
- (21)"Acindar Industria Argentina de Aceros S.A. denuncia c. Somisa Soc. Mixta Siderúrgica Argentina", Cámara en lo Penal Económico de la Capital Federal, sala I, del 22/10/82.
- (22)"Arenera Puerto Nuevo S.A. s/defensa de la competencia", CNPenal Económico, sala III, del 31/5/88 (La Ley, 1989-A, 164).
- (23)"Oscar Isidoro Segal, denuncia c. Billone y otros", Cámara en lo Penal Económico de la Capital Federal, sala B, del 3/9/96. Ver también "Puigmarti y Cía. S.A."; "Ford Argentina; Volkswagen Argentina S.A."; "Autolatina Argentina S.A. s/defensa de la competencia", CNPenal Económico, sala B, del 9/3/98, LA LEY, 1988-E, 369.
- (24)"Centro de Industriales Panaderos s/apelación ley 22.262", CFed. Bahía Blanca, del 15/10/85.
- (25)"Altamirano, Miguel s/denuncia Empresas Areneras", Cámara Federal de Rosario, sala A, del 19/3/92, LA LEY, 1993-A, 132.
- (26)"A Gas y otros c. Agip Argentina S.A.", CPenal Económico, sala II, del 12/3/92 (La Ley, 1993-A, 52).
- (27)CNPenal Económico, sala B, 9/11/98, "Editorial Amfin S.A.", La Ley, 30/7/99.
- (28)"Oscar Roberto Roca y Stella Maris Corti, denuncia c. Círculo Médico de Misiones", dictamen del 6/11/95.
- (29)"Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, Editorial Amfin S.A., denuncia contra Arte Gráfico Editorial Argentino, S.A. (AGEA S.A.)", del 18/5/98.

(30)Serie Documentos Año 1 - Número 1, p. 4.

(31)"Breve análisis...", p. 7.

(32)"Comisión de Defensa de la Competencia actuación de oficio c. YPF", dictamen del 19/3/99.

(33)AREEDA, Philip y KAPLOW, Louis, "Antitrust Analysis", p. 8, Boston, 4ta. ed., 1988.