

EFICIENCIAS FUERA DEL MERCADO – NOTA DE ARGENTINA



1. En Argentina, debatir sobre la existencia y entidad de potenciales eficiencias fuera del mercado (EFM) implica necesariamente revisar la significación del concepto de interés económico general (IEG), bien jurídico tutelado por la Ley 27.442 de Defensa de la Competencia (LDC), y de los objetivos de la política de competencia. En junio de este año, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) participó en una mesa de discusión del Comité de Competencia dedicada precisamente a discutir acerca de las ventajas y desventajas de los distintos estándares de bienestar, a lo que el IEG y las EFM se encuentran íntimamente ligadas.
2. La tarea de la CNDC, en su papel de autoridad de aplicación de la LDC en Argentina, es la de proteger y promover la competencia bajo la premisa de que se puede alcanzar más bienestar económico a través de una mayor y mejor competencia en los mercados. El resguardo del IEG es el fin último de la política de competencia, y también es el estándar de bienestar que guía la LDC; es el principio subyacente que permite determinar si un resultado particular satisface o no, cumple o incumple con los objetivos de la normativa y así evaluar el resultado de la política de competencia.
3. En este sentido, y en función del debate acerca de las EFM, la discusión que puede plantearse al respecto de esta cuestión se resume en el interrogante de si es la mera restricción a la competencia lo que hace a una práctica anticompetitiva, o si, en cambio, es el daño sobre el IEG que produce una práctica, acuerdo u operación económica, a través de la restricción de la competencia, lo que la determina como tal.
4. Las EFM comprenden aquellos beneficios que pueden derivar de una conducta anticompetitiva, o de una concentración económica capaz de obstaculizar la competencia en un mercado; estos beneficios no son capturados en una evaluación más “tradicional” de impacto de un acto con efectos anticompetitivos, pero en teoría podrían compensar dichos efectos en el mercado afectado, o bien beneficiar un mercado distinto de aquel en el que se produce el daño. Aquí la delimitación del IEG tiene un rol preponderante, ya que permite establecer, en primer lugar, si se producen EFM y, en segundo lugar, sopesar si estas logran neutralizar o contrarrestar un hipotético perjuicio al entorno competitivo.
5. Para analizar en qué medida la evaluación de las EFM son admisibles dentro del marco normativo argentino, y qué antecedentes de conductas y operaciones de concentración económica recientes incorporaron su análisis, esta nota se estructura de la siguiente manera. La primera sección analiza ciertas disposiciones de la LDC, particularmente los artículos referidos a la consideración de los acuerdos entre competidores y sus efectos sobre la competencia, y exenciones que podría expedir la autoridad de competencia, aún ante la evidencia de efectos anticompetitivos. En la segunda parte, se examina el nuevo «Reglamento para la Notificación de Operaciones de Concentración Económica», emitido en 2023, y la

reinterpretación del antiguo apartado sobre «ganancias de eficiencia» en operaciones con potenciales efectos anticompetitivos, ahora denominado «Beneficios de la operación sobre el interés económico general», que incorpora el análisis de ciertas EFM. La tercera sección describe la fusión “Avon/Natura”, objetada por la autoridad en 2022, en la que las empresas plantearon la existencia de ganancias de eficiencia y beneficios al IEG que morigerarían los potenciales efectos perjudiciales de la operación. A modo de conclusión, en la cuarta sección se hace una reflexión sobre el acercamiento de la política de defensa de la competencia al cuerpo normativo que componen todas las políticas económicas de una jurisdicción, que se encuentra implícito en la evaluación de las EFM en el análisis antitrust.

I. MARCO NORMATIVO: LOS ACUERDOS HORIZONTALES Y LOS PERMISOS ESPECIALES

6. El artículo 1° de la LDC establece que los acuerdos entre competidores están prohibidos siempre y cuando “tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado” y, simultáneamente, puedan resultar en un “perjuicio para el interés económico general”.
7. El artículo 2° de la LCD enumera cuatro tipos de acuerdo entre competidores respecto de los cuales “se presume que producen perjuicio al interés económico general”. Estos casos son reputados como “prácticas absolutamente restrictivas de la competencia”, y calificados como acuerdos nulos de pleno derecho que, en consecuencia, no producen efecto jurídico alguno.
8. Los cuatro casos enumerados en el artículo 2° de la LCD son los que la bibliografía especializada clasifica como carteles de núcleo duro, es decir, aquellos acuerdos horizontales consistentes en contratos, convenios o arreglos que impliquen: a) concertaciones de precios; b) concertaciones de cantidades producidas o vendidas; c) repartos de mercados; y d) concertaciones de posturas en licitaciones, concursos o subastas.
9. Estas conductas pueden ser el objeto del acuerdo en cuestión, o que pueden surgir como efecto de dicho acuerdo. Esta distinción entre objeto y efecto permite hacer una diferencia entre distintos tipos de casos que pueden encuadrarse dentro del artículo 2° de la LDC. Del propio texto de la normativa se desprende que, si un acuerdo horizontal tiene como objeto concertar precios, cantidades o posturas en licitaciones, concursos o subastas, o repartir o asignar mercados, clientes o fuentes de aprovisionamiento, entonces será considerado de manera virtualmente automática como un acuerdo absolutamente restrictivo de la competencia que produce perjuicio al IEG. Asimismo, un acuerdo horizontal cuyo objeto sea lícito, que incluya alguna cláusula o restricción o cuya aplicación genere como efecto alguna de las hipótesis del artículo 2° de la LDC, también podría ser considerado como un caso en el cual se está afectando el IEG.
10. En el artículo 29 la LDC establece que la autoridad de aplicación se encuentra facultada para expedir permisos para la realización de acuerdos entre competidores que contemplen la comisión de alguna de las prácticas anticompetitivas incluidas en el artículo 2° de la normativa, siempre y cuando la autoridad encuentre que dicho acuerdo no implica un perjuicio para el IEG.

11. Siguiendo la distinción entre objeto y efecto de un acuerdo horizontal y lo establecido por el artículo 29 de la LDC, podrían existir acuerdos entre competidores que, aunque su propósito no es restringir la competencia, la aplicación de alguna de sus cláusulas o restricciones conllevan a la ejecución de alguna de las conductas anticompetitivas que verifican alguna de las hipótesis del artículo 2°.
12. En este sentido, cabe considerar la reglamentación del artículo 29, realizada a través del Decreto 480/2018, que establece los prerequisites que los acuerdos entre competidores deberán cumplir para no generar un perjuicio al IEG, los cuales únicamente pueden quedar satisfechos si el acuerdo en cuestión tiene un propósito que no es anticompetitivo. De acuerdo al decreto reglamentario, el acuerdo que se someta a la exención especial deberá reunir las siguientes condiciones objetivas acumulativas:
 - a. Contribuir a mejorar la producción o distribución de bienes y/o servicios;
 - b. Fomentar el progreso técnico o económico;
 - c. Generar beneficios concretos para los consumidores;
 - d. No imponer a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar los objetivos establecidos en los incisos a), b) y c); y
 - e. No ofrecer a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial del mercado que pueda verse afectado.
13. Son las empresas parte de un hipotético acuerdo quienes deben acreditar que este reúne las condiciones enumeradas. Cabe remarcar que las disposiciones reseñadas se interpretan restrictivamente, ya que, para la obtención de un permiso de este tipo se debe probar fehacientemente que el acuerdo en cuestión cumple con todos los requisitos estipulados.
14. Al mismo tiempo, el texto de la norma admite considerar efectos económicos, que no necesariamente deben circunscribirse a la competencia del mercado en el que se produce el acuerdo, por lo que pueden considerarse EFM. Por ejemplo, y en sintonía con la urgencia de plasmar en la agenda de los organismos estatales la dimensión de la sustentabilidad de la producción y comercialización de bienes y servicios, se podría considerar que la producción, distribución y venta de productos más sustentables regulada a través de un acuerdo entre competidores podría ser un factor que compense los potenciales efectos anticompetitivos de dicho acuerdo, aunque aún no hay antecedentes de este tipo en la jurisprudencia argentina.
15. La CNDC se encuentra trabajando en lineamientos para el análisis de acuerdos entre competidores que puedan esclarecer y brindar previsibilidad sobre la interpretación de los dos artículos de la LDC mencionados —concretamente, el juego entre los artículos 2 y 29— y contribuir a una mejor comprensión de cómo podrían ser consideradas las EFM en el marco de un abordaje antitrust de acuerdos horizontales.

II. EL NUEVO REGLAMENTO PARA LA NOTIFICACIÓN DE OPERACIONES ECONÓMICAS Y LOS BENEFICIOS AL IEG

16. El 6 de julio de 2023 entró en vigencia la Resolución 905 de la Secretaría de Comercio del Ministerio de Economía, que aprobó el nuevo *«Reglamento para la Notificación de*

Operaciones de Concentración Económica», derogando la Resolución 40 de 2001 de la ex Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor, por medio de la cual se había establecido la «*Guía para la notificación de operaciones de concentración económica*» y dos formularios estándar para la notificación de las operaciones, denominados formulario F1 y formulario F2.

17. En consonancia con la LDC, cuya última actualización se realizó en 2018, el nuevo reglamento establece que el análisis de una concentración económica puede realizarse —de manera excluyente— a través de dos tipos de procedimiento: el Procedimiento sumario (PROSUM) y el Procedimiento ordinario.
18. En una operación de concentración que se analiza bajo el PROSUM, las empresas notificantes están obligadas a proporcionar únicamente la información y documentación exigida por el formulario F0. Dado que los formularios funcionan de manera acumulativa, al tramitar bajo el Procedimiento ordinario, las empresas deben presentar la información requerida tanto en el formulario F0 como en el formulario F1. Eventualmente, el análisis de la operación bajo el Procedimiento ordinario puede demandar la presentación del formulario F2.
19. El F2, en este sentido, es un formulario excepcional, que se solicita cuando la CNDC estima que la operación de concentración tiene alta probabilidad de conllevar la adquisición o refuerzo de poder de mercado de las empresas que se combinan. Los requisitos de información aquí se concentran en confirmar esa hipótesis, como también sondear cualquier circunstancia que pueda atenuar la conclusión preliminar sobre riesgos a la competencia (por ejemplo, la existencia de beneficios al IEG).
20. El F2 dispuesto por la regulación anterior —vigente entre 2001 y 2023— contaba con una sección dedicada a las ganancias de eficiencia. Aquí las empresas que hubieran notificado una operación de concentración económica que la CNDC considerara potencialmente problemática podían informar aquellas ganancias que surgieran como resultado de la transacción y fueran capaces de ser transferidas a los consumidores en Argentina. En este sentido, las ganancias de eficiencia podían tener un impacto positivo o neutro sobre la evaluación de la operación por parte de la autoridad. A continuación, la CNDC debía evaluar, en qué medida estas ganancias podían atenuar el efecto negativo que la operación tenía sobre la competencia y el daño al IEG.
21. El apartado establecía que sólo serían consideradas como ganancias de eficiencia aquellas que surgieran directamente de la concentración y que no pudieran ser alcanzadas sin ella, no pudiendo invocarse como ganancias de eficiencia derivadas de la concentración aquellas reducciones de costos que no representaran un ahorro real de recursos y, en cambio, derivaran del mayor poder de negociación de la empresa concentrada como consecuencia de la operación.
22. Las ganancias de eficiencia a ser consideradas eran aquellas que surgieran de operaciones de concentración que permitieran mantener la cantidad, la calidad y la variedad de los productos ofrecidos mediante la utilización de una menor cantidad de recursos, o aumentar la cantidad, la calidad o la variedad de los productos ofrecidos mediante la utilización de los mismos recursos, o bien, reducir los costos financieros y/o aumentar las posibilidades de acceso al mercado de capitales. Además de acreditar la existencia de estas ganancias de eficiencia, las

partes involucradas en la operación también debían dar cuenta de cómo serían transferidas a los consumidores en Argentina los ahorros resultantes de las eficiencias logradas gracias a la concentración en términos de precio, calidad y cantidad producida.

23. El F2 propuesto por el nuevo reglamento incorpora una reinterpretación del antiguo apartado de ganancias de eficiencia, ahora denominado «Beneficios de la operación sobre el interés económico general». El nuevo apartado prevé que las empresas notificantes indiquen las ganancias de eficiencia que surgen de la operación de concentración y el modo a ser transferidas a los consumidores, en los mismos términos establecidos en el F2 aprobado en el antiguo reglamento, pero agrega la posibilidad de identificar 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.
24. En este sentido, el nuevo reglamento contempla, para el caso de las fusiones que pudieran suponer problemas de competencia y que, por ende, podrían ser objetadas por la CNDC, una instancia formal en la que las partes involucradas en la operación puedan informar a la autoridad de ciertos beneficios económicos producto de la transacción que constituyen EFM, puesto que no se trata de efectos positivos directamente vinculados con la competencia, ni exclusivamente relacionados con el mercado afectado por la operación.

III. LA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA NATURA/AVON

25. Si bien el nuevo «Reglamento para la Notificación de Operaciones de Concentración Económica» entró en vigencia en julio de 2023, en la fusión Avon/Natura, que fue objetada por la CNDC en agosto de 2022, las partes plantearon la existencia de EFM producidas por la transacción.
26. En el Informe de Objeción¹ emitido por la CNDC, se analizó la adquisición de la empresa estadounidense de cosméticos, Avon, por parte de la firma brasileña dedicada a la comercialización de productos de belleza y cuidado personal, Natura. Ambas se caracterizan por canalizar la mayor parte de su comercialización por medio de la venta directa o por catálogo a través de revendedoras.
27. En función del análisis realizado por la autoridad, se concluyó que la operación generaría efectos horizontales en varios segmentos del mercado de productos de belleza y cuidado personal, generaba riesgos competitivos en el mercado de cosméticos de color, en el que las

¹ La figura del Informe de Objeción fue introducida por la LDC sancionada en 2018. Se trata de un instrumento inspirado en el «*Statement of Objections*» de la legislación comunitaria europea en materia de competencia. Es un documento en el que la autoridad de defensa de la competencia argentina realiza una evaluación preliminar del impacto de una operación de concentración económica, y en el que se plasman las preocupaciones específicas que podrían derivarse de dicha operación en función de sus efectos sobre la estructura de un mercado determinado.

- empresas pasarían a tener una participación de mercado del 40%, y el mercado de fragancias masivas, en el que la participación conjunta ascendería a 53,7%.
28. Si bien los niveles de concentración resultaron elevados en estos segmentos específicos dentro de la cartera de productos de ambas empresas, Natura y Avon plantearon ante la CNDC la existencia de ciertas ganancias de eficiencia y otros beneficios al IEG que generaría la operación, las cuales podrían morigerar los potenciales efectos perjudiciales de la transacción.
 29. En efecto, las empresas involucradas informaron a la CNDC que, a raíz de la operación, la producción de ciertos artículos que antes se importaban o se fabricaban en terceristas locales, pasaría a internalizarse en la planta de Avon en el país, ubicada en la provincia de Buenos Aires, lo que implicaría inversiones en la Argentina para aumentar la elaboración local de productos, reduciendo las importaciones, la demanda de divisas, los costos de transporte y generando empleo directo e indirecto en el país. Además, las notificantes dijeron proyectar inversiones en desarrollos de materias primas, que también contribuirían a reducir las importaciones y generar beneficios para el empleo local.
 30. Puntualmente, Natura ha indicado que la relocalización de la producción de fragancias de las empresas en una planta local, implicaría el incremento de un 24,4% en la capacidad productiva de la planta. Esa capacidad adicional se destinaría a sustituir importaciones de terceros países en un 14% y a internalizar la producción de *tollers* locales en un 86%.
 31. Con relación al empleo, con la ampliación de capacidad, las empresas informaron haber contratado 74 personas en forma permanente y 150 personas en promedio en forma eventual y, proyectado ampliar aún más la contratación de personal en Argentina.
 32. En síntesis, las empresas involucradas indicaron que la operación generaría ciertas EFM, las cuales comprenden la generación de empleo, el aumento de los ingresos, la sustitución de importaciones y el aumento del nivel de inversión.
 33. Al momento de emitirse el Informe de Objeción, la CNDC no contaba con datos que permitieran medir los nuevos puestos de trabajo en relación con el personal contratado previamente. Consultadas sobre la inversión constatada y su relación con los planes previos, las notificantes declararon haber realizado hasta agosto de 2021 el 40,4% del total proyectado y, respecto a la sustitución de importaciones y el ahorro de divisas, indicaron que el 14% de la capacidad ampliada destinada a sustituir importaciones no había generado aún dicho ahorro, por encontrarse en la etapa de testeos y lotes piloto para la aprobación de las manufacturas en la planta de Buenos Aires.
 34. En este sentido, en el contexto en el que se emitió el Informe de Objeción, el impacto de la operación sobre todas estas variables —inversión local, aumento de la capacidad instalada, sustitución de importaciones, desarrollo de proveedores locales, ahorro de divisas e incremento del empleo— permanecían como potenciales y/o en status de evaluación buena parte de las proyecciones. La incertidumbre respecto a los planes presentados no permitió a la CNDC afirmar que la concentración fuera a involucrar un beneficio efectivo sobre el IEG en los términos planteados por el nuevo reglamento de notificación de operaciones de concentración económica. En dicha instancia, la CNDC convocó a las empresas a que acrediten los efectos verificados y a verificarse en las variables propuestas, identifiquen cómo

repercuten sobre el IEG y acrediten su cumplimiento actual y/o a futuro para que dichos efectos pudieran ser tomados en cuenta por esta autoridad.

35. En la actualidad, la CNDC se encuentra aún en instancia de negociación con las partes para determinar si, efectivamente estas ganancias de eficiencia y beneficios sobre el IEG compensan los potenciales efectos anticompetitivos que pudiera tener la fusión Natura/Avon.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

36. La evaluación de las EFM como parte del análisis de los efectos económicos de una conducta presuntamente anticompetitiva o una operación de concentración económica con un impacto anticompetitivo en ciertos mercados, implica una mayor interrelación de la política de defensa de la competencia con el cuerpo de políticas económicas que puede llevar a cabo un estado nacional, unión comunitaria o comunidad autónoma para mejorar el bienestar social general.
37. Las normas de competencia y su aplicación no se desarrollan de manera aislada, sino que es deseable que estas se encuentren en armonía con las demás normas jurídicas vigentes en una jurisdicción determinada, de forma de mantener coherencia con las metas económicas planteadas por estas normas, cuyo amparo por parte de los distintos poderes públicos se plantea como objetivo.
38. Las variables que hacen al bienestar social pueden mutar a lo largo del tiempo, y si el bienestar es el objetivo de la política antitrust, esta debe encontrarse receptiva a estas modificaciones. Un claro ejemplo de esto es la importancia que ha adquirido la dimensión de la sustentabilidad en las normativas que regulan la producción y comercialización de bienes y servicios, fenómeno del que no está exento las normas de competencia. En este sentido, el marco normativo argentino y la jurisprudencia se ha ido actualizando en los últimos años para dar lugar un abordaje más amplio sobre los efectos de aquellos actos que suponen un daño a la competencia, incorporando a las EFM a la matriz de evaluación, con el objetivo último de preservar el IEG.