

# **LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA. LAS LEYES ANTIMONOPOLIO Y LA CONSTITUCIÓN NACIONAL**

Por MARCELA BASTERRA<sup>1</sup>

## **I- INTRODUCCIÓN**

En la legislación Argentina en materia de Defensa de la Competencia encontramos algunas normas aisladas desde 1919; en 1923 la legislación antimonopólica tuvo su primera manifestación con la sanción de la ley 11.210. Desde entonces ésta fue varias veces modificada, siempre con la nota común de asignar crecientes responsabilidades al Poder ejecutivo en la esperanza de obtener una mayor efectividad en su aplicación. Pero es recién a partir de las dos últimas décadas que contamos con una legislación destinadas a reprimir las conductas que puedan afectar, limitar o distorsionar la competencia de los mercados y asegurar su buen funcionamiento. Nos referimos concretamente a la ley 22.262 promulgada en agosto de 1980; y al proyecto de su reforma llamado “Ley Antimonopolio”; que cuenta con la aprobación de la Cámara de Senadores desde el 24 de junio último; y ahora con la aprobación de la Cámara de Diputados el 25 de agosto de 1999.

La importancia que se ha comenzado a dar al tema en nuestro país, se advierte también en los demás países de la región; esto se debe a distintos factores de diverso orden- fáctico, valorativo, jurídico, político, etc.- que marcan esta tendencia común: a) la gran cantidad de empresas del Estado, en su mayoría en forma monopólica, y la política de privatizaciones en reemplazo de los gestores estatales; b) la generalización de políticas de desregulación de los mercados, con la consiguiente eliminación de barreras al ingreso y un aumento sustancial de la competencia; c) la creciente liberalización del comercio internacional, y el ingreso en los mercados internacionales de países, regiones o bloques económicos; que genera a los Estados compromisos en materia de liberalización de mercados, a través de acuerdos internacionales o multinacionales; d) la configuración de bloques económicos o sistemas regionales de integración económica que obliga a los Estados a garantizar la

---

<sup>1</sup> Profesora adjunta de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Investigadora regular de la Universidad de Ciencias Empresariales y sociales (UCES)

competencia entre los agentes económicos de diferentes países; e) la apertura a nuevas tecnologías, con el consiguiente ingreso de empresas o capitales, que genera entre otras cosas la necesidad de modificación del marco jurídico que regulan los mercados <sup>2</sup>

En consecuencia con todo esto en la reforma de la Constitución Nacional de 1994 se incorpora el artículo 42 que establece: “ Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho en la relación de consumo, a la protección de la salud, seguridad e intereses económico; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, **a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados; al control de los monopolios naturales y legales**, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

El artículo 43 de la Constitución Nacional que se refiere en el primer párrafo a la **acción de amparo**; en su segundo párrafo establece: “...Podrá interponer ésta acción contra cualquier forma de discriminación y **en lo relativo a los derechos** que protegen al ambiente, **a la competencia**, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley la que determinará los requisitos y forma de organización. Con lo cual parece ser que contamos con los elementos necesarios para poner en marcha la máxima constitucional de evitar los monopolios- si es posible- mediante un control por parte del Estado sobre la defensa de la competencia.

## **II- LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Nº 22.262 Y EL NUEVO PROYECTO DE LEY ANTIMONOPOLIO.**

### **A) LA LEY ARGENTINA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA**

---

<sup>2</sup> CIONFRINI Ernesto. Curso de posgrado sobre “Defensa de la Competencia”. UBA. 1º Cuatrimestre 1999.

La ley 22.262 ha sido sancionada en 1980, y desde entonces ha sido aplicada hasta la actualidad por la Comisión Nacional de defensa de la competencia y por tribunales federales y del fuero penal económico, para los casos de denuncias por prácticas que interfieren en el funcionamiento competitivo de los mercados.

El propósito básico de ésta norma legal es evitar las prácticas anticompetitivas que puedan afectar el bienestar general de la comunidad. En consecuencia; tal como surge de los documentos de la CNDC<sup>3</sup> ; la ley tiene por objeto las conductas y no las estructuras de los mercados; pero en relación a las consecuencias y no a las causas que generan dichas conductas.

De la misma exposición de motivos surge que esta ley tiene tres objetivos fundamentales; a) definir con mayor precisión las conductas reprimidas, para limitar, restringir o distorsionar la competencia, b) instrumentar un procedimiento administrativo, orientado a la investigación de conductas y c) elaborar el marco jurídico adecuado, para asegurar de modo cabal, el correcto funcionamiento de los mercados, o por lo menos tiende a constituirse en un arma eficaz para garantizar la transparencia, el normal desarrollo de un mercado, con el consiguiente bienestar general para consumidores y usuarios.

La ley tiende a regularizar la situación de los mercados nacionales, y que se disponga de un ordenamiento que ponga en manos del Estado normas penales que le habiliten para adoptar la correspondiente actitud coactiva frente a quienes limiten el funcionamiento del mercado

La norma legal contiene 48 artículos; divididos en cuatro capítulos. El primer capítulo se refiere al ámbito de aplicación - artículos 1 a 5-. El segundo se refiere a las facultades de la CNDC y al procedimiento administrativo que debe seguirse en las investigaciones que comprendan la presente ley - artículos 6 a 31-; El tercer capítulo trata de la instancia judicial a la que pueden quedar sometidos los casos de conductas y actos anticompetitivos - artículos 32 a 42-. El capítulo cuarto que contiene disposiciones transitorias y complementarias - artículos 43 al 48-.

Por su naturaleza, la ley argentina de defensa de la competencia es una ley penal, y los delitos que en ella se encuadran son delitos de acción pública. La acción judicial corresponde por lo tanto solo al Estado, que en este caso está representado por el Secretario

---

<sup>3</sup> Comisión Nacional de Defensa de la Competencia; “MEMORIA ANUAL 1997”, pag.13.

de comercio - actualmente Secretario de Industria, Comercio y Minería -, de quien depende la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. La ley establece medidas destinadas a reprimir contravenciones, las cuales son directamente aplicadas en instancia administrativa por el Secretario de Comercio, luego del dictamen de la CNDC; pudiendo ser apeladas ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico de la Capital Federal, o la Cámara Federal correspondiente.

Por su estructura es tanto una ley de fondo, dado que en los artículos 1, 2,3,5 (derogado actualmente) y 41; se especifica el objeto de la ley y se tipifican los delitos; como una ley de forma; ya que desde el artículo 6 al 16 se establece estructura, facultades y funciones de la CNDC; en el artículo 42 se fijan las penas para los delitos. El resto del articulado es de carácter procesal, donde se establecen los procedimientos que se deberán seguir en sede administrativa y judicial.

En relación al tema que nos ocupa -“**Monopolios**”- la parte sustancial de esta ley establece en primer lugar los objetivos de la misma; el artículo 1º dice:“ Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley los actos o conductas relacionados con la producción o intercambio de bienes o servicios, que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia o que constituyan abuso de una posición dominante del mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general”. La ley sanciona, por un lado el abuso de posición dominante, y por otro las restricciones, limitaciones o distorsiones a la libre competencia. Estas conductas aparecen como alternativas, puede darse el primer o el segundo caso, pero el “perjuicio al interés económico general” es una condición necesaria para que se configure una violación a la ley; lo que implica que para que una conducta sea sancionable a través de la presente ley debe, por un lado ser anticompetitiva - distorsión del mercado o abuso de una posición dominante -; y por el otro ser perjudicial para la comunidad.

Se incluye la figura de “posición dominante”, prevista en otras legislaciones contemporáneas, que tiene en cuenta que determinadas conductas anticompetitivas pueden ser consecuencia de decisiones unilaterales fundamentadas en la posición adquirida en un mercado determinado.

Tal situación se presenta en los llamados “**monopolios naturales**”; que serán aquéllos en los cuales dadas las condiciones que deberán hacerse la provisión de bienes y servicios no resulta posible la concurrencia de otros prestadores en competencia. Es una situación típica que es habitual por ejemplo en la prestación de servicios domiciliarios como de saneamiento en los que, dada la complejidad técnica de las instalaciones no permite la concurrencia de más de un prestador en una determinada área. Estos no son punibles en si mismo, pero pueden originar abusos sancionables. También puede darse el caso de “**monopolios legales**” en los cuales no se presentan los inconvenientes técnicos anteriores, son establecidos por el Estado, muchas veces fundamentándolos en economía de escala <sup>4</sup>

Es notable que la norma de marras requiere que las conductas sean de naturaleza económica y que puedan resultar perjudiciales para el interés económico general. Con la potencialidad de un perjuicio se hace referencia a un peligro concreto razonablemente determinable en cada caso particular y no a una simple posibilidad lógica o abstracta de lesión; y con la afectación del interés económico general se dejan a salvo las conductas que puedan aparecer anticompetitivas pero en verdad resulta beneficiosa para la comunidad <sup>5</sup>

No es la existencia de hecho de una posición dominante de un mercado, ni el comportamiento normal de una actividad comercial o empresaria tendiente a ganar mercado, sino que son las distorsiones artificiales, las maniobras dolosas, el ejercicio irrazonable del poder económico, lo que pretende sancionar ésta ley, son las conductas “anormales” que llevan al monopolio. La condición monopólica en si misma representa una composición estructural del mercado, una posición que puede implicar el peligro de que la empresa monopólica ceda a la tentación de imponer condiciones abusivas.

No son pocos los autores que han venido predicando los efectos nocivos de los monopolios, entre ellos los de la “escuela de Harvard”, como **Areeda**; los de la escuela de Nueva York como **Barry Hawk** y **Eleanor Fox**, casualmente los más consultados por la Unión Europea; y los de la “escuela de Chicago” como **Bork**, **Porter** y **Richard Posner**; este es

---

<sup>4</sup> DROMI Roberto y MENEM Eduardo “La Constitución Reformada”, comentada, interpretada y concordada; Ediciones Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1994.

<sup>5</sup> “LEY 22.262 DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA”, Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, pag.3

el “núcleo duro” de la competencia “The american antitrust revolution”<sup>6</sup> **Richard Posner** explica que en relación a las consecuencias del monopolio para la eficiencia hay que tener en cuenta que la producción es menor en el monopolio que en la competencia. El autor lo fundamenta en que el precio del monopolio hace que algunos consumidores cambien a otros productos, que se vuelven más atractivos por el aumento del precio monopolístico. En esta sustitución hay una pérdida de valor. Esto se ve claramente si suponemos que para cada uso del producto monopolizado hay un producto sustituto idéntico de precio menor. El monopolio, entonces hace que algunos consumidores satisfagan sus demandas con otros bienes cuya producción es más cara que el bien monopolizado. El costo adicional constituye un desperdicio para la sociedad<sup>7</sup>

La libre competencia se relaciona estrechamente con el concepto de mercado dado que la competencia sólo es posible en el marco de la interacción entre la oferta y la demanda que define el mercado. Las conductas contrarias pueden afectar esa competencia desde dos aspectos; uno dinámico; el que supone una alteración inmediata de las acciones económicas que dan origen al mercado, o dan lugar a que exista; implica alteración de precios vigentes, volumen de la oferta, etc.; y otro aspecto estructural; el mismo hace a la existencia de la libre competencia en los mercados. Esta situación de dominio por parte de alguna empresa es la que facilita la ejecución de actos que son reprimidos por la ley; tal como imponer modalidades de comercialización, discriminación, negativa de ventas, exigir al comprador de un producto la adquisición de otro como condición necesaria para obtenerlo, imposición de precios. Todas conductas no pasibles de aplicación de esta ley si quienes las cometen están sometidos a una razonable competencia.

El abuso de poder económico puede manifestarse en forma horizontal o vertical, sin agotar la totalidad de conductas anticompetitivas; las primeras; son las aquellas conductas que tienen lugar entre empresas que operan en un mismo nivel productivo, en un mismo mercado; las segundas; son aquellas conductas que afectan a empresas correspondientes a distintas etapas del mismo proceso productivo.

---

<sup>6</sup> CASES PALLARÉS L. Citado por SORIANO GARCÍA, ver cita N° 27.

<sup>7</sup> POSNER Richard A. “El análisis Económico del Derecho”, -traducción: E. SUÁREZ -, Fondo de Cultura Económica, México, Capítulo IX “La Teoría del Monopolio”, pag.264

**Hawk**<sup>8</sup> hace una clasificación en “horizontal” y “vertical”, pero relacionada a las limitaciones a la libre competencia - cuando al referirse a la libertad de empresas como presupuesto básico del sistema económico americano que es donde se origina la libre competencia, por reunir ese país la doble condición de ser la democracia más consolidada y la economía más potente -; nos dice que dicha libertad de competencia es limitada externamente por tal tipo de derechos que podríamos llamar restricciones “horizontales”, en razón de que tiende a preservar a los demás competidores y al mercado en general a través de ellos. Junto con este tipo de limitaciones y con compleja importancia - no por todos aceptadas - aparecen las limitaciones “verticales” en las que hay que examinar con cuidado el significado de las restricciones y limitaciones a las mismas por razones de competencia. Las prácticas monopólicas también puede llevarse a cabo a través de conductas anticompetitivas “unilaterales”; por ejemplo el caso de las llamadas “acciones depredatorias”; tal sería el caso de imponer una discriminación de precios depredadora; una empresa vende por debajo de su costo en algunos mercados; una vez arrojados sus competidores establece un precio monopólico. Sin embargo los casos confirmados de discriminación de precios depredadores eran realmente poco frecuentes, aún antes de que la práctica fuera ilegal. La razón es que ésta práctica es muy costosa para el depredador, quien incurre en una pérdida presente y sustancial a cambio de ganancias no solo diferidas, sino también pueden ser temporales, ya que una vez expulsados los competidores del mercado y establecido un precio monopólico, nuevos competidores se sentirán atraídos por ese precio y quizá deba repetir la táctica. Así lo explica **Richard A. Posner** al interpretar las leyes antimonopólicas de los EEUU <sup>9</sup>

Nuestra legislación a diferencia de la legislación europea, en general se refiere a acciones unilaterales, puesto que las conductas delictivas no surgen del número de partes intervinientes, sino del tipo de actos realizados para llegar a resultados anticompetitivos. Sin embargo también tiene establecidas conductas anticompetitivas “plurilaterales”, tal el caso de las acciones realizadas a través de terceros- artículo 41, inc.k-; o las acciones

---

<sup>8</sup> HAWK B. “The american antitrust revolution: lesson from the EEC?”, European Competition Law Review, 1988. traducida por J.E. SORIANO GARCÍA en “Derecho Público de la Competencia”, IDELCO, Madrid, España, 1988, pag.43.

concertadas, que son la mayoría de los tipos penales descriptos en otros incisos el artículo 41.

De la ley 22.262, entonces surge la penalización de actos y conductas sobre la base de tres elementos: distorsión de la competencia, abuso de la posición dominante y perjuicio potencial al interés económico general - de terceros -.

El concepto jurídico de “interés económico general” es según Cabanellas un concepto vago y de difícil aplicación<sup>10</sup>; puede identificarse con el concepto económico de “excedente total”, y medirse como la suma del excedente del productor y del excedente del consumidor. Salvo casos particulares, este concepto se maximiza en los mercados perfectamente competitivos y es afectado negativamente por el monopolio.

La idea en la que se basa la definición de excedente del consumidor es que los bienes y servicios consumidos por una persona pueden valorarse a través de sus funciones de demanda por dichos bienes y servicios. Tales funciones de demanda son relaciones que se establecen entre cantidades que el consumidor demanda y los precios que enfrenta en el mercado, lo que también sirve para medir el monto que estaría dispuesto a pagar por cada una de las unidades. La diferencia entre esa disposición al pago y lo que verdaderamente eroga constituye un excedente que el consumidor se lleva, y puede interpretarse como el beneficio que el mismo obtiene por haber adquirido el bien en cuestión. El excedente del consumidor tiene la ventaja de ser un concepto que se define en términos monetarios resultando comparable con el beneficio de la empresa o excedente del productor<sup>11</sup>. El excedente del consumidor es una medida del valor agregado que los consumidores asignan a un producto por encima del precio que pagan por él. A medida que aumenta el precio, los consumidores que no valúan grandemente el producto se pasan a productos sustitutos, mientras que quienes se mantienen fieles al producto obtienen un valor neto menor por sus compras, porque están pagando un precio mayor<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> POSNER Richard A, op. cit N° 6, Capítulo X “Las Leyes Antimonopólicas”, pag. 290

<sup>10</sup> CABANELLAS Guillermo, “Derecho Antimonopólico y Defensa de la Competencia”, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1983, pags.211-313

<sup>11</sup> “Breve análisis económico de la ley argentina de defensa de la competencia”, CNDC, Serie Documentos N°1, pag.5, Buenos Aires 1997

<sup>12</sup> POSNER Richard A, op. cit N° 6, pag.265-266.



El abuso de posición dominante se asocia con la idea de ejercicio del poder de mercado por parte de una empresa o grupo de empresas que tienen una posición monopólica o de liderazgo en un cierto mercado. Este concepto es tomado por la ley argentina del artículo 86 del Tratado de Roma de la Comunidad Europea de 1957. En éste sentido se la interpreta normalmente con una noción más laxa que la del artículo 2 de la ley Sherman de **EEUU** de 1890, para la que es ilegal la “monopolización” de un mercado que en determinados casos puede asimilarse con la simple existencia de una posición de dominio. En cambio en las legislaciones europeas y argentina admiten como lícito que el mercado quede monopolizado por una sola empresa, se penan los abusos que dicha posición dominante puede originar. Si bien la ley 22.262 no da una definición de abuso de posición dominante; surge del artículo 2, en el inciso a) se refiere a posición dominante por parte de una persona o empresa individual; de la cual se requiere que sea la única oferente o demandante, o que sin ser la única, no esté expuesta a una competencia sustancial; y en el inciso b) se refiere a la posición dominante por parte de un grupo de personas o empresas, la cual queda configurada cuando no hay competencia efectiva entre ellas, ni sustancial por parte de terceros.

Los actos y conductas anticompetitivas que no encuadran dentro del concepto de abuso de posición dominante, deben no obstante implicar cierto ejercicio del poder del mercado. Tales prácticas pueden ser unilaterales o concertadas; horizontales o verticales –conceptos que antes mencionáramos- ; así también abusivas; que son aquéllas conductas o actos que implican un ejercicio directo del poder de mercado que se posee, y que generan de por sí rentas monopólicas; y exclutorias son aquellas que restringen la competencia a través de limitaciones u obstáculos que se le imponen a competidores reales o potenciales, que por ende generan rentas y reducen el excedente total de modo indirecto.<sup>13</sup>

La ley tiene un mecanismo “represivo” de sanción de prácticas monopólicas, abuso de posición de dominio, acuerdo entre competidores, etc; pero no impide la concentración de un gran poder de mercado, sino que sólo se preocupa de reprimir los abusos y disuadir prácticas distorsivas que puedan cometerse en el ejercicio de dicho poder. Estos conceptos económicos y tipos infractivos son generalmente tomados de la legislación comparada; lo

---

<sup>13</sup> ver Documento op. cit N° 10 pag. 11, 12 y 20

que no es criticable; pero si lo es sin embargo la escasa definición de los procedimientos, su remisión a los tipos penales y la falta de autonomía del órgano de aplicación, en este caso la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.

## **B) EL NUEVO PROYECTO DE LEY ANTIMONOPOLIO**

La nueva ley antimonopolio fue recientemente aprobada primero por la Cámara de Senadores el 24 de junio del corriente año y posteriormente por la Cámara de Diputados el 25 de agosto; y de no ser vetada por el Poder Ejecutivo se transformaría en la ley derogatoria de la 22.262.

Las notas más sobresalientes del proyecto en relación a la ley anterior está dada por que además de tener un carácter “represivo”; se incorporan mecanismos “preventivos”; los mismos tienden a evitar la monopolización o la excesiva concentración del poder de un mercado en pocas manos, a través de procedimientos de control de fusiones o adquisiciones de empresas, o de grandes contratos de colaboración empresaria. El criterio que fundamenta estos mecanismos de carácter previo a la operación de concentración, no consiste en prohibir las fusiones u operaciones de concentración económica, ni someterlas en su totalidad a procedimientos de autorización, sino solamente se establece la presunción de que dichas operaciones pueden perjudicar el interés económico general, cuando se involucran empresas que detentan un gran poder de mercado y pretenden acrecentarlo.

Es un mecanismo preventivo excepcional, para aquellas operaciones que pueden poner en riesgo las condiciones estructurales de la competencia en los mercados; todas parten de la premisa: para acrecentar las participaciones de mercado hay que ganar clientes, pero no eliminar adversarios a través de su compra o anular la competencia acordando con competidores.

El análisis tanto jurídico como económico que llevarían a prohibir o condicionar una de estas operaciones serían entre otros factores, la dimensión del mercado, la cantidad de competidores, los avances tecnológicos, los desafíos de la importación, etc. Tampoco se pierden de vista los resultados esperados luego de la operación de concentración, y no siempre las concertaciones arrojan resultados negativo, puede ser beneficiosa para la competencia en términos de eficiencia económica, cuando por ejemplo cuestiones de escala

de producción tornarían aconsejable la existencia de una o pocas grandes empresas, y no de muchas medianas o pequeñas que quizá no podrían amortizar inversiones o vender a precios competitivos. Se podrían citar muchos ejemplos; pero uno de ellos sería que en un país como el nuestro no se justificaría la presencia de múltiples empresas siderúrgicas o petroquímicas que requieren grandes inversiones y no tienen un mercado tan amplio como puede ser el norteamericano o el europeo y si la multiplicidad de empresas de telefonía celular<sup>14</sup> En relación a éste último caso bien vale como ejemplo el hecho de haberse permitido la participación de empresas ya establecidas, lo que estaba prohibido en normas previas, y se han otorgado enormes cantidades de frecuencias lo que ha redundado en el fortalecimiento de posición dominante en un mercado clave. Basta con señalar que en los EEUU la aparición de las nuevas tecnologías celulares permitió la incorporación de cinco competidoras más al mercado, mientras que en la Argentina se admiten solo dos<sup>15</sup>. Esto además de implicar un uso ineficiente de las frecuencias, que son un bien público limita a los consumidores en su derecho constitucional – artículo 42- de elegir su proveedor de servicios en un medio auténticamente competitivo.

Estos mecanismos de tipo “preventivos” surgen en su mayoría del análisis del capítulo III del proyecto titulado “De las Concentraciones y Fusiones” -artículos 6 a 16-.

En el capítulo I titulado “De los Acuerdos y Prácticas prohibidas”, al igual que la ley anterior establece las conductas prohibidas, pero en forma sumamente detallada en 14 incisos establecen cuales son las aquellas prácticas; pero a pesar de esa minuciosidad, aclara la norma “...las siguientes conductas entre otras...”, de lo cual surge que es una norma meramente enunciativa, y que aún puede haber más conductas pasibles de ser consideradas “monoplólicas” por el Tribunal de Defensa de la Competencia, en este caso la autoridad competente. En el II capítulo se define a los efectos de la presente ley que se entiende por posición dominante del mercado; pero el concepto no difiere de la ley vigente pues es muy similar.

---

<sup>14</sup> CIONFRINI Ernesto “La Protección de los Mercados y la Competencia en la Constitución Nacional”, - artículo en prensa -pag. 15

<sup>15</sup> Información de “LA NACIÓN”, Buenos Aires 25 de agosto de 1999, pag. 16, “Información General”

Otra nota distintiva, y a mi juicio beneficiosa es que a través de este proyecto se crea el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, capítulo IV “Autoridad de Aplicación” – artículos 17 a 24-; el que tendrá carácter autárquico y podrá intervenir por denuncias y también de oficio ante prácticas antimonopólicas o prohibidas.

Estará integrado por siete miembros que serán designados por el poder ejecutivo previo concurso público de antecedentes y oposición, y durarán en el ejercicio de sus cargos por seis años.

Se crea asimismo el Registro Nacional de Defensa de la Competencia –artículo 23-, donde deberán inscribirse las operaciones de concentración económica prevista en el capítulo III y las resoluciones definitivas dictadas por el Tribunal, el Registro será público.

El Tribunal deberá organizar dicho registro y; es una de sus principales funciones la de autorizar operaciones de gran envergadura; lo que no debemos descartar pueda convertirse en un arma de doble filo; puesto que en los EEUU y en Europa existe el requisito de autorización previa cuando se dan determinadas condiciones de contratación, pero ese control está siempre sujeto a plazos cortos –en nuestra ley se prevén 90 días- , y a un régimen de aprobación prácticamente automático. Para que un sistema de éste tipo funcione se requiere fundamentalmente transparencia por parte de los órganos del Estado. En países con un alto grado de corrupción, burocráticos y con traumas ideológicos, la exigencia de aprobación anterior o posterior puede transformarse en una valla infranqueable para la adquisición o fusión de empresas. Lamentablemente Argentina está entre ese grupo de países.

Viendo el costado positivo; aquí se advierte nuevamente el carácter “preventivo” de la norma. Además creo que deberíamos apuntar que se prevé un mayor Control, al haber una autoridad de aplicación determinada, con carácter autárquico tal como surge del artículo 17 y con amplias facultades establecidas en 18 incisos del artículo 20; tales como vetar fusiones de empresas y bancos, verificar el abuso de posición dominante, promover acciones ante la justicia y dictar su reglamento interno; ello además de imponer las sanciones previstas en el proyecto.

Las sanciones están previstas en el capítulo VII –artículos 46 a 51- y se refiere a multas que oscilarán entre \$10.000 y \$ 150.000 para quienes realicen las prácticas prohibidas; Las que

se elevarán a \$ 1.000.000 diarios cuando las empresas no cumplan con la obligación de notificar al Tribunal de toda fusión de empresa que supere el 25% del mercado relevante; o cuando el volumen del negocio supere los \$200 millones en el país; o \$250 millones en el nivel mundial - artículo 8-.

Uno de los temas del proyecto que suscitó mayores controversias es la modificación que introdujo la Cámara Alta al original enviado por la Cámara de Diputados de la supresión del artículo 58, en el que se establecía que la presente ley no será aplicable a las empresas periodísticas; modificación finalmente acatada por la Cámara Baja; puesto que el proyecto fue aprobado tal como lo enviara el Senado sin modificaciones. Consideramos que en nada peligra la libertad de prensa -argumento sostenido por quienes pensaron correcta la incorporación de dicho artículo-; puesto que tan cara libertad, esencial en un sistema republicano goza de suficiente protección constitucional en los artículos 14 y 32; y en los Tratados Internacionales incorporados a la Constitución Nacional.

Esta nueva ley traería aparejado importantes beneficios, sobre todo en mérito al Control y porque con esta ley ha salido a la luz la conveniencia del control previo de las concentraciones y fusiones por parte de la autoridad competente.

En los países más desarrollados rige desde hace varias décadas leyes antimonopolios; porque las consideran fundamental en el desarrollo de su economía; a modo de ejemplo el Departamento de Justicia de los Estados Unidos multó recientemente a los laboratorios farmacéuticos Roche y Basf, en US\$ 725 millones, por concertar los precios de las vitaminas A, B2, B5, C, E, y betacaroteno. Según pudo comprobarse, ambas empresas se reunían cada mes para repartirse el mercado. Fue la multa más alta aplicada en los EEUU por prácticas monopólicas hasta la fecha.<sup>16</sup>

La mayoría de los países del mundo que tienen una legislación específica en materia de defensa de la competencia han incorporado a ellas mecanismos de previo control, de manera similar a lo planteado en el presente proyecto. El pionero en la materia fue **EEUU**, que en 1914 se sanciona la “ley Clayton” en la que se prevé el control previo de fusiones y concentraciones empresariales; sin embargo fue perfeccionada en 1976 por la

---

<sup>16</sup> “LA NACIÓN”, Buenos Aires 20 de junio de 1999, pag.7, “Información General”

“ley Hart-Scott-Rodino” en la cual además se prevé la notificación previa de dichas concentraciones y fusiones a cargo de la División Antitrust del Departamento de Justicia y de la Comisión Federal de Comercio. Estos organismos a su vez elaboraron reglamentos y normas con los pasos a seguir en dicho procedimiento. La idea básica del procedimiento estadounidense de control previo es que las empresas que van a encarar una operación de adquisición o fusión cuya envergadura económica supere ciertos límites, deberán poner en conocimiento a las autoridades correspondientes encargadas de evitar los monopolios.

En la **legislación Europea** los procedimientos son muy similares al sistema americano en cuanto a sus procedimientos; pero distintos en su naturaleza jurídica. Se encuentra legislado a través del reglamento N° 4064/89 del Consejo de Europa, el que le confiere a la Comisión Europea no sólo facultades investigativas sino también que tenga poder de decisión respecto de las concentraciones y fusiones que tengan “dimensión comunitaria”. Este poder abarca la posibilidad aplicar sanciones tales como desautorizar una adquisición o fusión, separar empresas o activos agrupados y aplicar multas a las entidades involucradas. Las operaciones son definidas como de “dimensión comunitaria” por el volumen de negocio de las empresas involucradas y por el hecho de que más de un Estado miembro de la comunidad se encuentre significativamente afectado por la operación en cuestión.

En **América Latina** hay legislaciones que contemplan un sistema de control previo para las concentraciones y fusiones más importantes; tal el caso de **Brasil** –ley 8884 de 1994-; incluye un capítulo dedicado al control de actos y contratos, en el cual se sientan las bases de un sistema de notificación de las concentraciones y fusiones a cargo del Consejo Administrativo de Defensa Económica; también cuando las operaciones sobrepasan un determinado monto.

En **México**, la ley federal de competencia económica de 1992 contiene un capítulo dedicado a las concentraciones. El mismo dispone que la comisión federal de competencia tiene facultades de investigación y sanción de dichos actos y crea un procedimiento de control previo que es obligatorio para las operaciones que excedan determinado monto establecido en la ley.

En **Canadá** rige la “Federal Competition Act” de 1985 una legislación un tanto particular porque es una combinación de la legislación americana y la europea, ya que utiliza dos

organismos de aplicación que se encargan respectivamente de evaluar las concentraciones y fusiones – Director de investigaciones y pesquisas-; y de decidir a cerca de su legalidad – Tribunal de Competencia-. Es distinta a las otras legislaciones también en cuanto a lo escueto de sus procedimientos y que no establece límites mínimos de notificación para las empresas intervinientes. Otro caso de separación parcial entre el órgano de investigación y el de aplicación de la ley de Competencia es en **Sudáfrica**, donde la primera de dichas funciones las realiza la Comisión de Competencia; y la segunda el Ministerio de Industria y Comercio<sup>17</sup>

La ley 22.262 de Defensa de la Competencia vigente en Argentina desde de agosto de 1980, - hasta que entre en vigencia la nueva ley- no prevé un esquema explícito de control previo o posterior de las concentraciones y fusiones empresarias, la ley parece pensada para resarcir daños ocurridos efectivamente y no para solucionar problemas estructurales de mercado; lo que ha hecho que prácticamente no hayan existido procesos relacionados con las concentraciones y fusiones, ni tampoco resoluciones.

La apertura económica de Argentina en los últimos años y la desregulación de los mercados que muy lentamente ha comenzado hace que se torne una necesidad imperiosa contar con una legislación antimonopólica similar a la de los países más civilizados del mundo. Por otra parte si uno de los fundamentos de las privatizaciones es evitar los monopolios del Gobierno, que se han demostrado perversos, es necesario el reaseguro de que no se produzcan los mismos monopolios pero en manos privadas. Quizá es una prueba de ello que el tratamiento de la nueva ley, se vio acelerado con la compra de la empresa “YPF” por parte de la empresa petrolera española “Repsol”. Esta operación, ha sido sin duda la de mayor envergadura en su sector en la historia argentina, ha sido muy cuestionada por diversos sectores que temen un monopolio extranjero en un mercado tan sensible como el de los combustibles. Si bien las leyes no son retroactivas y no sería aplicable a dicha operación; Repsol no quedará exenta de controles una vez que se apruebe la ley y el Tribunal podrá imponer condiciones para evitar los aspectos distorsivos de la competencia . Incluso como el Tribunal tiene facultad de intervención ante la justicia, podrá solicitar a un

---

<sup>17</sup> “El Contril Previo de las Concentraciones y Fusiones y la Defensa de la Competencia en los mercados”, CNDC, Serie Documentos N° 2, pag.12-17

juez que la empresa sea desconcentrada o dividida si se prueba que asume una posición dominante en el mercado; de acuerdo al artículo 8 del proyecto.

El Ministerio de Economía se anticipó a la ley y ha comunicado a Repsol que, tras la toma de YPF, deberá cumplimentar un programa de venta de activos destinados a acotar su participación de mercado en la industria petrolera nacional<sup>18</sup>

De modo que este proyecto en discusión viene a mi entender a suplir una necesidad que ha sido consecuencia de los cambios operados en nuestro país en el ámbito económico, cambios que por otra parte no resultan efectivos si no van acompañado de éste tipo de leyes. “Privatización, debe significar competencia entre empresas por el derecho a prestar el servicio acompañada de un importante control gubernamental; generalmente requiere de desregulación, para evitar estas concentraciones de mercado; y la desregulación debe requerir de mayores y serios esfuerzos de parte de los gobiernos para aplicar y hacer efectivas las leyes antimonopólicas”<sup>19</sup>. Considero por las razones expuestas que es fundamental en esta etapa de la realidad económica argentina una ley de esta naturaleza.

### **III- LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL.**

“La idea de un “sistema” fundado en la propiedad privada y en el mercado es lo que se conoce como sistema liberal o de economía de mercado y que fuera identificado por Duverger como el correlato lógico con el sistema democrático, de forma tal que el uno en lo económico, y el otro en lo político, se fundamenten en la libertad”<sup>20</sup>; idea a la cual adscribieron los primeros constituyentes.

La constitución argentina 1853/60 no contenía definiciones en materia económica sobre la adopción del sistema de economía de mercado. El mismo surge de la interpretación de algunas de sus disposiciones, más aún si hacemos una interpretación “originalista”, surge claramente en la obra “Sistema económico y Rentístico de la Confederación Argentina” de quien fuera el principal mentor de la Constitución Nacional; Juan Bautista Alberdi; quien

---

<sup>18</sup>“LA NACIÓN”, Buenos Aires 24 de junio de 1999.

<sup>19</sup> ACKERMAN Susan Rose “Desregulación y Privatizaciones en los Estados Unidos. Críticas desde un enfoque progresista”, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Buenos Aires, abril de 1996, pag.45.

<sup>20</sup> DUVERGER Maurice, “Instituciones Políticas y Derecho Constitucional”, Ariel, Barcelona, Citado por DALLA VÍA Alberto en “El mercado en la Constitución”, ED, 17 de agosto de 1999.



en su otra gran obra “Bases” sostuvo que si se liberaban las trabas a la actividad económica, florecerían las industrias, las ciencias y las artes. Pero debía para ello consolidarse un gran espacio e incrementar la población. No deben existir trabas a la libre circulación de los bienes en el territorio de la Confederación<sup>21</sup>

La conformación de un solo mercado desde el punto de vista económico tiene su base en la Constitución de los EEUU; la adopción de un modelo de libre circulación interior de personas bienes y mercaderías; el reconocimiento único de las aduanas nacionales trajo aparejado la eliminación de las “barreras interiores”; características del proteccionismo colonial. El país se constituyó como una unidad económica, más allá de las distintas economías regionales.

La Constitución cumple una función integradora, que también se proyecta sobre el ámbito económico. El principio de unidad económica, es una resultante de la constitución, y no jurídicamente algo anterior a ella. La inclusión de normas en la constitución dirigidas a regular las conductas económicas de los agentes que participan de dicha actividad, hacen aparecer esta función de integración, especialmente perceptible: por cuanto la constitución contiene reglas sobre el orden y el proceso económico, y en tanto que ella es única y vincula a todos por igual; establece un marco jurídico unitario para la disciplina de la actividad económica.<sup>22</sup>

Esta interpretación resulta necesaria si partimos de la base que la competencia está insertada en un contexto normativo al que se deberán ajustar los agentes económicos, siendo la Constitución Nacional y los valores por ella sustentados la norma fundamental de dicho ordenamiento a la que deberán ajustarse las demás normas.

En los artículos 9, 10, 11 y 12 la norma constitucional ha procurado la conformación de un solo espacio económico sentando el principio de libertad de circulación interior y el de la eliminación de las aduanas interiores, estableciendo que existen solo “aduanas exteriores”, conforme surge del artículo 10. El artículo 14 consagra entre los “derechos que gozan los habitantes de la nación...; el de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y

---

<sup>21</sup> ALBERDI, Juan Bautista “Bases”, Colección Esquemas Políticos, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1981.

<sup>22</sup> DALLA VÍA Alberto R. “Derecho Constitucional Económico”, Capítulo “El Mercado como Sistema Constitucional de Intercambio de Recursos”, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, septiembre de 1999.

comerciar ,de transitar por el territorio argentino”. También es parte de éste contexto el artículo 19 in fine al establecer que “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”; este conocido principio de legalidad, es también susceptible de ser aplicado a los derechos económicos. El artículo 20 prevé estos derechos para los extranjeros, como para asegurárselos en caso de no quedar suficientemente claro al ser enunciados para los “habitantes” en el artículo 14. En la norma del artículo 26 se establece la libre navegación de los ríos interiores.

Con la reforma Constitucional de 1994; este principio se vigoriza y actualiza en determinadas normas como el artículo 41 que establece la regulación federal del medio ambiente en cuanto a los denominados “presupuestos mínimos”; el artículo 42 en cuanto hace referencia la modelo de competencia y al protección de usuarios y consumidores, con una redacción en la cual es notoria que alude a la economía de mercado; el artículo 43 en lo que se refiere a la acción de amparo extendiendo la protección de la misma a los derechos que protegen la competencia.

El artículo 75 entre las atribuciones del Congreso contiene determinadas cláusulas que son acordes con ésta interpretación; así los incisos 1 y 2 al ratificar la competencia del congreso de la nación para legislar en materia aduanera y fiscal; del inciso 13 surge la denominada “cláusula comercial”; del inciso 18 la denominada “cláusula del progreso” y del inciso 19 la “Cláusula del nuevo progreso; o del progreso económico con justicia social”.

**Alberto Dalla Vía**, siguiendo a **Julio Olivera**<sup>23</sup> nos dice que del conjunto de todas estas normas enunciadas desde la constitución originaria hasta la última reforma, surge con claridad que la intención del constituyente ha sido la de diseñar un solo mercado en el territorio de la Nación. Se trata del principio constitucional de la integración económica.

Estas normas guardan una estrecha relación entre si y se relacionan en forma coherente con otras que conforme al principio de unidad de interpretación; y dentro de un sistema de normas como es la constitución nacional permite inferir los valores inherentes a ella.

La competencia está especialmente protegida en los artículos 42 y 43, ambos incorporados en 1994 en el capítulo segundo “Nuevos Derechos y Garantías”.

---

<sup>23</sup> OLIVERA Julio H.G, “El Modelo Constitucional de la Integración Económica”. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Anticipo Anales Año XXXIII segunda época. N° 26.

En el artículo 42 queda establecido expresamente el deber por parte del Estado de “defender la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados y control de los monopolios naturales o legales”. Estas disposiciones son perfectamente armónicas dentro del ámbito de libertad económica y de libre iniciativa privada que asegura nuestra constitución; porque estos derechos reconocidos en la presente norma no escapan al principio general que es aplicable a todos los derechos plasmados en la constitución; y es que el ejercicio de los derechos puede ser “razonablemente” reglamentado; conforme surge del juego de los artículos 14 y 28 de la constitución nacional.

El ámbito de libertad de comercio, de iniciativa, de industria, de competir, etc. es regulado por la constitución y por el conjunto de leyes, decretos y normas jurídicas; o sea que el ejercicio de los derechos de libertad económica puede ser reglamentado, y dicha reglamentación debe lograr que el ejercicio de los derechos de unos no menoscabe el ejercicio de los derechos de otros.

La importancia que se ha dado aquí al ordenamiento jurídico, haciendo abstracción del mayor o menor grado de cumplimiento por parte de los particulares o del Estado, está dada en que es éste el que determina los grados de libertad y de competencia en los mercados: si la legislación establece fuertes regulaciones o requisitos para la instalación de comercios o de industrias -“barreras a la entrada”-, o se estipulan controles sobre los precios -precios máximos-, o sobre las cantidades o lugares de producción -cupos, distribución del mercado por regiones-, los grados de libertad económica y de competencia en un mercado serán disminuidos, tal como ocurrió durante algunos períodos en nuestro país.

Asimismo, si el sistema impositivo o de otorgamiento de subsidios, beneficios o promociones coloca a algunos agentes en situación de ventaja con respecto a otros con quienes va a competir, el punto de partida no será el de una estricta igualdad formal entre agentes económicos sino el de posiciones fácticas y jurídicas diferentes. No nos olvidemos que el Congreso por atribuciones otorgadas en el artículo 75 inciso 18 “cláusula del progreso”, puede sancionar “leyes protectoras...otorgar concesiones temporales de privilegio y recompensas de estímulo”; y por el inciso 19 “cláusula del nuevo progreso”; debe “proveer al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía

nacional...; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones” .

Estas consideraciones tienen como finalidad entender a la competencia como un proceso económico regulado por el derecho, que no debe concebirse en abstracto, que puede ser distinto en los diferentes sectores de la economía, y que no está sujeta a reglas o parámetros uniformes e invariables; antes bien es un proceso dinámico –en lo fáctico y en lo jurídico– cuyos límites grados y alcances pueden ser generales o estar determinados para cada sector económico, tanto por las reglas jurídicas que rigen en él como por la actividad que desarrollan las autoridades públicas en cada caso determinado <sup>24</sup> .

El artículo 42 C.N plantea la necesidad por parte del Estado del ejercicio de un control en la defensa de la competencia, evitando los monopolios naturales y legales. Entendemos por monopolio a aquella situación que se verifica en el mercado cuando por la actuación preponderante de un operador del mismo, por decisión de la autoridad, la competencia se encuentra suprimida o acotada, de tal forma que determina condiciones rígidas en la oferta de bienes y servicios. Pudiendo ser los mismos naturales o legales – conceptos que ya mencionáramos- según la norma constitucional de 1994.

Quizá aquí visualizamos con claridad la sustitución de un Estado protector por un Estado regulador, pero dicha regulación no debe estar orientada a sustituir al mercado y a la competencia; sino más bien a promoverlos. Es necesario por tanto que todos los procesos de privatizaciones importantes vayan acompañados de un marco regulador de la actividad privatizada. Importantes juristas como **Forsthoff** en Alemania y **Pound** en el mundo anglosajón, se preocuparon ante la posibilidad de potenciación del poder del Estado como consecuencia de la demanda de prestaciones en previsión existencial, y el peligro que ello puede importar en relación a la libertad individual. **Daniel Bell** al calificar a nuestra sociedad como “The Communal Society” la caracteriza en tres principios: a) El aumento en alcance y número de los “bienes públicos”, comprados por el gobierno con carácter general para todo el pueblo; b) la extensión de las “externalidades”; la necesidad de controlar internalizando en lo posible, dichos costos, ha originado una considerable extensión a los poderes gubernamentales; c) el reconocimiento de una igualdad radical de las personas y el

---

<sup>24</sup> CIONFRINI Ernesto op. cit. n° 13, pag. 12 .

derecho de cada una de ellas a un “mínimo vital”; - trabajo, protección contra el desempleo, salud, educación, vivienda digna, jubilación -; esos derechos sociales y económicos que están reconocidos con mayor o menor alcance en todas las constituciones modernas. El reflejo de ésta “Communal Society” sobre el Estado es según el autor claro: mayor control público, mayor regulación y un Estado de prestaciones a través del cual se desea obtener una redistribución de los resultados del proceso económico. En la mayoría de los países, la legislación ha separado un conjunto de actividades que con el nombre de servicios públicos, actividades reglamentadas, actividades de interés general o nombres parecidos, se hallan “disciplinadas” y sometidas al poder público, sujetas a regulaciones.<sup>25</sup>

Todas las sociedades tienen determinadas actividades públicas, que si bien varían en los distintos países y en distintas épocas en general son comunes tales como los servicios de transportes, comunicaciones telefónicas, medios de comunicación – radio, televisión-, servicios de electricidad, abastecimiento de agua, gas, actividades relacionadas con la urbanización – viviendas -, actividades asistenciales, de sanidad, bancarias, crediticias, etc. Estas actividades o las empresas que las brindan necesitaran de una regulación con miras a establecer las relaciones entre ellas y el Estado.

Por otra parte entre dichas empresas puede darse una competencia lógica y leal; o bien que alguna de ellas ostente una posición dominante en el mercado erigiéndose en monopolística. La ley para cumplir con la máxima constitucional pensamos que debe distinguir el control que se deberá realizar en aquellas actividades que se ejercen monopolícamente de aquellos los servicios realizados en condiciones de competencia; puesto que en éste último caso rigen los principios de libertad de contratar, libertad de ingreso de nuevos prestadores y servicios substitutivos, asimismo como la libertad en los precios y tarifas. Siendo de esta manera el Estado solo deberá limitarse a realizar el control respectivo sobre la salubridad, la seguridad, la preservación del ambiente, que se respeten los derechos de usuarios y consumidores y se cumplan las normas de lealtad comercial. En cambio cuando una de dichas actividades se brinda en forma de monopolio es necesario que el Estado amplíe la

---

<sup>25</sup> DALLA VÍA Alberto R. “El Rol del Estado en la Defensa de la Competencia”, “Leyes Reglamentarias de la Reforma Constitucional”, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 1996, pags. 162-

esfera de control hacia los caracteres de la prestación, la calidad y sobretodo si se trata de precios justos.

El norma del artículo 42 de la Constitución Nacional es clara y prevé expresamente la obligación del Estado de defensa de la competencia contra cualquier forma de distorsión del mercado y del control de los monopolios. En definitiva se trata de asegurar un mercado transparente, en el que el consumidor pueda tener variedad de opciones, y de lograr que el Estado cumpla con esta obligación sancionando leyes que contengan reglas de juego claras y definidas. Eludir esta responsabilidad sería tanto como aceptar que la competitividad entre empresas en un combate sin reglas, lo que traerá aparejado un grave perjuicio para el interés general.

La nueva ley antimonopolio será una ley reglamentaria del derecho constitucional plasmado en dicha norma. La que por otra parte ha sido acogida por la jurisprudencia tanto Federal como Local dando amplitud a su alcance; a modo de ejemplo en un reciente fallo del Tribunal Superior de Neuquén “Othaz Miguel A. C/ Municipalidad del Neuquén”- sentencia del 30 de junio de 1998- se establece que: “El principio de concurrencia que integran los principios inherentes a la defensa de la competencia del artículo 42 Constitución Nacional, resulta plenamente aplicable a las relaciones entre los particulares y el Estado en el ámbito de la contratación administrativa. Así la elusión del procedimiento de licitación pública (cuando la concurrencia es posible) constituye una forma de distorsionar el mercado”<sup>26</sup>

Esta norma se complementa con el artículo 43 en el que se contempla la acción de amparo colectivo, para el caso en que alguien se considere “afectado” en éste derecho pueda hacerlo valer ante los tribunales, ya sea por si mismo, por medio de una asociación que propenda a esos fines o a través del defensor del pueblo.

Según **José Eugenio Soriano García**<sup>27</sup> la tesis que minusvalora la defensa de la competencia como elemento fundamental de las potestades del Estado coincide necesariamente con la tesis que considera que el Estado no es una institución y que,

---

<sup>26</sup> “LA LEY” Doctrina Judicial, 1999-1, pag.227

<sup>27</sup> SORIANO GARCÍA José Eugenio, “Derecho Público de la Competencia”- Monografías Jurídicas- IDELCO, Madrid, España, 1998, pags. 62-64

consecuentemente la libertad de empresa no es un derecho fundamental en el que aquella se refleja individualmente. Aquellos que consideran al mercado obra del azar con base en el albedrío de los operadores económicos, lo que sería equivalente a una “selva económica”, prevaleciendo la ley del más fuerte o el más predador, rechazan la competencia condenándola precisamente por considerarla causal del salvajismo mercantil. Por lo tanto rechazan la utilización de la acción de los poderes públicos para la implantación fijación y exigencia de las leyes de defensa de la competencia.

La defensa de la Competencia sin embargo es uno de los principios guía de la actuación del Estado; “el mercado es una institución, como tal solamente generable allí donde existen poderes estatales consolidados que tienen como función, justamente, preservar el mercado, el orden público económico y fijar límites a la libertad de empresa..”<sup>28</sup>

Consideramos que la Defensa de la Competencia es un instrumento clave para el buen funcionamiento del mercado; así lo entendieron nuestros constituyente, y así afortunadamente parece ser un tema del que van tomando conciencia los juristas. Rompiendo de esta manera, a través de la legislación de esta materia en gran cantidad de países del mundo, con una tradición monopolista de siglos.

Hay una nueva cultura que exige que el Estado haciendo uso de su poder administrador, vigile el comportamiento de los agentes económicos para lograr que éstos compitan entre sí, con miras a ofrecer a los ciudadanos mejores precios, calidad y servicios; al mismo tiempo que se promueve la innovación tecnológica. Sin embargo para hacerse con el mercado no es la ley del “todo vale”, hay que competir de manera “leal”, respetando ciertos límites. Esta es precisamente la razón de ser de un régimen de defensa de la competencia, que pensamos que en el contexto actual además deberá proyectarse en el plano regional; en nuestro caso en el Mercosur.

La defensa del mercado como genuina institución con lugar propio en un Estado de Derecho es precisamente el fin principal del Derecho Público de la defensa de la competencia.

---

<sup>28</sup> SAINZ MORENO F. “Orden Público Económico y Restricciones de la Competencia” RAP, nº 84, p. 557; ver Soriano García, op. cit, pag.74

