

ENTRE EL CONTROL DE PRECIOS Y LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA*

FERNANDO C. ARANOVICH**

RESUMEN

El presente artículo resume el actual conflicto que existe en la República Argentina entre dos normativas: la Ley 20.680 sancionada en 1974 que establece un régimen de control de precios muy estricto, y la Ley 21.556 sancionada en 1989, que regula las conductas antimonopólicas y las concentraciones económicas con una aproximación más moderna.

* Este artículo fue publicado en diario *La Ley*, Año LXX N° 170 del 4 de septiembre de 2006, Director: JORGE HORACIO ALTERINI. ISSN 0024-1636 de Buenos Aires, República Argentina.

** Graduado como abogado de la Universidad de Buenos Aires en 1973, obtuvo un Master en Derecho Comparado otorgado por la Southern Methodist University (Dallas, EE. UU.) en 1982 y fue profesor de Economía entre 1977 y 1997. Ha dictado cursos de posgrado y conferencias sobre derecho de defensa de la competencia en las Universidades Austral, Católica Argentina, Torcuato Di Tella y San Andrés. Ha publicado varios trabajos sobre servicios públicos, privatizaciones, desregulación, inversiones extranjeras y temas relativos al derecho comercial en revistas jurídicas del país y del extranjero y en diversos diarios de circulación nacional. Socio de Marval, O'Farrell & Mairal desde el año 1991, el Dr. ARANOVICH es especialista en Derecho Empresario, Societario y Administrativo.

Este conflicto es analizado en la actualidad por los tribunales a partir de que el Decreto 2284/91 suspendió la obligatoriedad de la Ley 20.680, pero la Secretaría de Comercio Interior insistió en la aplicación de multas a empresas conforme a dicha Ley 20.680. El presente artículo examina los precedentes históricos y jurídicos desde una perspectiva jurídica y económica, así como también hace referencia a experiencias en el extranjero y a ensayos publicados por autores destacados.

El autor, quien es profesor de Derecho Antimonopólico en los Programas de las Maestrías de las Universidades Católica Argentina y de San Andrés y ha sido profesor durante 19 años en la Universidad de Buenos Aires, señala las grandes contradicciones que existen entre los objetivos opuestos tanto de las regulaciones del mercado como de los instrumentos legales aplicables conforme a las mismas.

El artículo examina la jurisprudencia de los tribunales argentinos, incluyendo las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, que confirmó las decisiones de los tribunales inferiores que impusieron multas y otorgaron facultades al Poder Ejecutivo en relación con las normas de control de precios.

Finalmente, el autor enfoca el análisis en las consecuencias jurídicas y económicas que derivan de la contradicción de los objetivos e instrumentos jurídicos aplicados por ambas normativas.

Palabras clave: conductas antimonopólicas, mercados competitivos, protección judicial, regímenes de control de precios, emergencia de abastecimiento.

BETWEEN PRICE CONTROL AND DEFENSE OF COMPETITION

ABSTRACT

This article summarizes the present conflict in the Argentine Republic between two regulations: Law 20,680 enacted in 1974, which sets up a very strict price control regime and Law 21,556 enacted in 1989, which governs with a more modern approach the antitrust conducts and economic concentrations.

This conflict is currently analyzed by Argentine courts since Decree 2284/91 suspended the enforceability of Law 20,680 but the Secretariat of Domestic Trade insisted on the application of fines to companies based upon said Law 20,680.

Legal and historical precedents are examined from a legal and economic perspective and also references are made to foreign experiences and essays published by leading scholars. The author, who is professor of Antitrust Law at the Master Programs in the Argentine Catholic and San Andrés Universities and taught 19 years on Economics at the University of Buenos Aires, points out the great contradictions between the opposite goals of both market regulations and legal instruments applicable thereby.

The article examines the jurisprudence of the Argentine courts including Supreme Court decisions which upheld lower courts decisions imposing fines and granting powers to the Executive regarding price control regulations.

Finally the author focuses the analysis on the legal and economic consequences arising from the contradiction of purposes and legal instruments applied by both regulations and.

Key words: *antitrust conducts, competitive markets, judicial protection, regímenes de control de precios, supply emergency.*

I. INTRODUCCIÓN

Al empezar este breve ensayo tuve la desagradable sensación de realizar una autopsia normativa. Nunca creí que a más de treinta años de sancionada la Ley 20.680 (Adla, XXXIV-C, 2006)¹, llamada de abastecimiento², debería ocuparme nuevamente del tema³.

En los cursos de Derecho de Defensa de la Competencia de los posgrados en Derecho Empresario de las Universidades de San Andrés y Católica Argentina es objeto de estudio la relación entre las normas de defensa de la competencia y otras normas regulatorias de los

1 Adla, XXXIV-C, 2006.

2 Irónicamente la Ley 20.680 es conocida como “Ley de Abastecimiento” cuando, en la práctica, su aplicación dio lugar a un creciente desabastecimiento de productos, mercados negros, evasión de impuestos, corrupción administrativa y desembocó en la primera hiperinflación del siglo XX en la Argentina, popularmente denominada “Rodrigazo” en honor del ministro de Economía, Ing. CELESTINO RODRIGO. Este funcionario, en junio de 1975, liberó los precios formalmente controlados en el marco del plan de “inflación cero” aplicado por el ministro precedente, JOSÉ B. GELBARD. En 1975 los precios minoristas crecieron 183% y en 1976 aumentaron 444%.

3 Puede verse, entre otros, los siguientes artículos: “La legislación antimonopólica y las leyes de abastecimiento como técnicas alternativas de regulación de los mercados”, en *Derecho Industrial*, N° 5, mayo-agosto 1980, pág. 311 (en colaboración con el doctor GUILLERMO CABANELLAS); “Legal Aspects of the Argentine Price Control Regulations”, *The University of Miami, Inter-American Law Review*, Volume 19, Spring 1988, N° 3, 533; “El control de precios y los consumidores”, en *Ámbito Financiero*, octubre 22, 1986; “El control de precios y la clausura de establecimientos”, en *Ámbito Financiero*, abril 9, 1987; “La clausura preventiva en la Ley de Abastecimiento”, en *Información Empresaria* - publicación de la Cámara de Sociedades Anónimas, N° 239, pág. 12; “La parábola de China y los hipermercados”, en *Ámbito Financiero*, julio 7, 2000; “Monopolios y precios: una historia conocida” en *Ámbito Financiero*, enero 31, 2006.

mercados⁴. Ese análisis tenía, hasta muy recientemente, un carácter casi histórico, pues el dec. 2284/91 (Adla, LI-D, 4058), ratificado por la Ley 24.307 (Adla, LIV-A, 79)⁵, suspendió la vigencia de la Ley 20.680 y, con excepción de su aplicación por el decreto de necesidad y urgencia 722/99⁶ (durante una huelga del Sindicato de Camioneros) no había sido aplicada nuevamente.

En efecto, el art. 4° del dec. 2284/91 dispuso suspender el ejercicio de las facultades otorgadas por la Ley 20.680 que sólo podría ser restablecido si mediaba la previa declaración de “emergencia de abastecimiento” por el Congreso de la Nación, sea con alcance general, sectorial o regional.

Como afirma CABANELLAS, en la obra más completa dedicada a la regulación del comercio interior⁷: “el decreto de desregulación 2284/91 con su insincera suspensión de la Ley 20.680 —pues todos sus efectos pueden repetirse a través del art. 2°, inc. c) manteniendo plenamente su vigor— pareciera indicar que vastos sectores de la dirigencia estatal siguen creyendo en la utilidad de estos mecanismos tan típicos de la estructura social y económica del subdesarrollo”.

Las autoridades enfatizan los regímenes de control directo de los precios y la sanción de conductas por infracciones menores y concentran los esfuerzos, reclamos y hasta propuestas legislativas en la construcción de un plexo normativo con las leyes de lealtad comercial y de defensa del consumidor, en primer plano, y adaptando, aun con cierta deformación, la propia ley de defensa de la competencia, casi subordinadamente a las anteriores.

4 Se estudia la vinculación del derecho de defensa de la competencia regulado en la República Argentina por la Ley 25.156 con las normas de control de precios (Ley 20.680), de Lealtad Comercial (Ley 22.802), de Protección al Consumidor (Ley 22.240), de competencia desleal (Código Penal, arts. 159 y 300), y de Grandes Superficies Comerciales (Ley 12.573 de la Provincia de Buenos Aires) (Adla, XLIII-B, 1346; XL-C, 2413; LXI-A, 688), entre otras.

5 Adla, LI-D, 4058; Adla LIV-A, 7.

6 Adla, 1999-C, 2780.

7 CABANELLAS DE LAS CUEVAS, GUILLERMO, “Regulación jurídica del Comercio Interior - Abastecimiento y control de precios”, 2ª ed., Heliasta, 1999, pág. 9.

Ello ratifica la posición dirigista de legisladores y funcionarios que consideran que la mejor asignación de los recursos y distribución del ingreso, la estabilidad de los precios y el aumento de la inversión y de la producción se aseguran mediante controles directos, planificación y sanciones a las empresas.

La persistencia de los legisladores en implantar sistemas de control directo de los precios a partir de septiembre de 1930, salvo breves intervalos lúcidos, se integra con la creencia, o la ilusión, de que el Estado puede remplazar con ventaja a todos los actores en todos los mercados para decidir qué se produce, cómo se produce y entre quiénes se distribuyen los bienes y servicios. Así, varios burócratas, en una suerte de gigantesca matriz insumo-producto pueden adoptar las millones de decisiones que instantánea y permanentemente toma el mercado.

La realidad ha demostrado en muchas oportunidades que esa creencia es infundada y propia de un delirio casi mesiánico.

El decreto 2284/91 fue ratificado por el art. 29 de la Ley 24.307 y hasta la fecha el Congreso Nacional no ha declarado la curiosa “emergencia de abastecimiento”⁸.

No obstante la ausencia de dicha declaración, algunos funcionarios del Gobierno Nacional habrían amenazado con la puesta en vigor de esa norma si ciertas empresas no celebraban acuerdos de precios, de apariencia voluntaria, con el compromiso de no aumentarlos por un período determinado.

8 Cabe señalar que salvo un mercado geográfico o de producto específico sería muy difícil fundamentar una declaración de “emergencia de abastecimiento” cuando el propio Gobierno Nacional informa casi diariamente de importantes aumentos en el PBI, la recaudación fiscal y las reservas monetarias. Por otra parte, la política económica cuenta con instrumentos tradicionales y de reconocida efectividad para superar un eventual desabastecimiento de productos transables, como la importación de los bienes faltantes, a cuyo efecto pueden reducirse o eliminarse impuestos a la importación o a las ventas u otorgarse créditos o subsidios si fuere necesario.

El Secretario de Coordinación Técnica, atento la excepción prevista en el segundo párrafo del art. 4° del dec. 2284⁹ dictó la resolución SCT 1/2006¹⁰ que aprobó normas sobre comercialización, intermediación, distribución y/o producción de hacienda vacuna¹¹.

No existe hasta la fecha de escribir este trabajo otra norma que implemente regulación comercial alguna fundada en la Ley 20.680. Es posible que el desprestigio de dicho instrumento legal, unido a la memoria de sus penosas consecuencias en materia de oferta de productos y servicios y aumento de los precios y corrupción¹² haya disuadido al Poder Ejecutivo de solicitar al Congreso Nacional la mencionada declaración de “emergencia de abastecimiento”.

También es posible que, como sostiene MARÍA ANGÉLICA GELLI, el Gobierno Nacional reconozca que “...en las medidas disponibles para concretar los fines de progreso establecido en el art. 75, inc. 19 de la Constitución Nacional, no caben los controles de precios —*suspendidos* por el dec. 2284/91 y la Ley 24.307— ni las sanciones para sus eventuales incumplimientos. Por eso la actual administración —más allá de lo que expresen algunos voceros oficiosos— ha propiciado el acuerdo de precios de referencia, cuya imposición, en

9 Exceptúa de lo prescripto en el primer párrafo del art. 4° del dec. 2884/91 a las facultades otorgadas por el art. 2° inc. c). Esa disposición de la Ley 20.680 faculta al Poder Ejecutivo o a los funcionarios u organismos que determine para “dictar normas que rijan la comercialización, intermediación, distribución y/o producción”.

10 B.O., abril 21 de 2006.

11 El dec. 877/06 (B.O. julio 14, 2006) reorganizó ciertas estructuras y organigramas del Ministerio de Economía y Producción y creó la Secretaría de Comercio Interior cuyo titular es el anterior Secretario de Coordinación Técnica. Este funcionario está a cargo, entre otras tareas, de “asegurar la correcta ejecución y control de la política comercial interna, de defensa del consumidor, la desregulación y la defensa de la competencia”.

12 No se encuentra en la literatura jurídica o económica referencias a hechos concretos de corrupción porque el carácter ilícito de los mismos, la ausencia de pruebas que los corroboren que inculparían al sobornado y al sobornante (dice el proverbio que “se necesita el chanco y quien le dé de comer”) justifican tal ausencia.

cambio, devendría inconstitucional —a más de irrazonable—, dada la experiencia argentina sobre el punto”¹³.

Pese a que hasta la fecha no se dictó norma ninguna que establezca una regulación de precios, excepto la resolución SCT 1/06 ya mencionada, cuyos efectos han sido irrelevantes en el mercado doméstico de la carne vacuna y perniciosos para los productores y la exportación, existe una sensación entre las empresas de que serían sancionadas por las autoridades si aumentan los precios “acordados voluntariamente”.

Si en apariencia las sanciones de la Ley 20.680 no son aplicables¹⁴, ¿de qué sanción se trata entonces?

13 GELLI, MARÍA ANGÉLICA, “Las libertades económicas y el papel del Estado (Acercas de la suspendida Ley de Abastecimiento)”, *La Ley*, Supl. Constitucional julio/2006, pág. 5.

14 La Ley 20.680 en sus arts. 2° y 5° entre otras facultades, autoriza al Poder Ejecutivo Nacional por sí o a través de los organismos que determine (la Secretaría de Comercio bajo el dec. 69/74 y la Secretaría de Comercio Interior según el dec. 4/85 —Adla, XXXIV-C, 2146; XLV-A, 105—) a fijar precios máximos, dictar normas que rijan la comercialización, intermediación, distribución y/o producción, obligar a continuar con la producción, industrialización, comercialización, distribución o prestación de servicios, a fabricar determinados productos, dentro de los niveles o cuotas mínimas, rebajar o suspender temporariamente derechos, aranceles y/o gravámenes de importación, prohibir o restringir la exportación, intervenir temporalmente explotaciones agropecuarias, forestales, mineras, pesqueras, establecimientos industriales, comerciales y empresas de transporte por plazos de hasta 180 días prorrogables, y exigir la exhibición de libros, documentación y declaraciones juradas. En caso de incumplimiento de sus disposiciones, de las normas reglamentarias y de las resoluciones *ad hoc* que dicte la autoridad de aplicación pueden aplicarse multas de hasta \$1.000.000, arresto de hasta 90 días, clausura del establecimiento hasta 90 días, inhabilitación hasta 2 años para obtener o renovar créditos en entidades financieras sujetas a Ley 21.526, decomiso de mercaderías, inhabilitación hasta 5 años para ejercer el comercio, suspensión en el uso de patentes y marcas hasta 3 años y en casos graves remplazo del arresto por penas de prisión de 6 meses a 4 años. En los casos de condena a una persona jurídica, asociación o sociedad, se podrá imponer como sanción complementaria la pérdida de la personería y los directores, administradores y gerentes y miembros (sic) de tales entidades que no (sic) hubieren participado en la comisión de los hechos punibles, pero que por sus funciones debieron conocerlos y pudieron oponerse, serán pasibles, si se les prueba grave negligencia, de las sanciones de multa hasta \$250.000 y 22 días de arresto.

La suspensión es harto sospechosa pues en lugar de haberse derogado la norma, se dispuso solamente su suspensión manteniendo los mismos efectos potencialmente por la vigencia del art. 2 inc. c) que autoriza a “dictar normas que rijan la comercialización, intermediación, distribución y/o producción”.

Ello significa que actualmente la Secretaría de Comercio Interior puede aplicar el art. 2º inc. c de la Ley 20.680 en uso de las facultades generales establecidas por el dec. 877/2006¹⁵, art. 2º, que la autoriza a intervenir en el diseño de propuestas de programas y planes de acción en su jurisdicción, coordinar distintas dependencias en la elaboración y ejecución de políticas y planes solicitados por el Ministerio de Economía en las áreas de su competencia, brindar asistencia técnica y armonizar proyectos de leyes, decretos, decisiones administrativas o resoluciones con políticas y planes vinculados con su competencia, evaluar y asesorar sobre el grado de oportunidad, mérito y conveniencia para la puesta en marcha de políticas y acciones que impacten sobre el comercio interior, asegurar la correcta ejecución y control de las políticas comercial interna, de defensa del consumidor, la desregulación y la defensa de la competencia, evaluar el grado de competitividad en todos los ámbitos de la actividad económica, tipificando las estructuras de costos de los bienes que conforman el mercado, entender en la implementación de políticas y marcos normativos para afianzar la competencia, los derechos del consumidor y el aumento de la oferta de bienes y servicios, efectuar la propuesta, evaluación y control de las políticas y normas tendientes a mejorar la organización de los mercados de bienes y servicios, entre otras facultades.

Si bien la vigencia integral de la Ley 20.680 requiere según el propio dec. 2284/91 una declaración del “estado de emergencia de abastecimiento” por el Congreso Nacional, en la práctica la facultad otorgada al Poder Ejecutivo para dictar normas relativas a la comercialización y producción significa que el Secretario de Comercio Interior puede aplicar ampliamente la Ley 20.680 y, en caso de violarse

15 B.O., julio 14 de 2006.

disposiciones reglamentarias de la comercialización y producción, podrá aplicar también las sanciones previstas en la Ley 20.680.

Por otra parte, el 7 de julio de 1999 el Poder Ejecutivo dictó el decreto de necesidad y urgencia 722/99, publicado en el Boletín Oficial el 8 de julio de 1999, que declaró el estado de emergencia de abastecimiento a nivel general, de conformidad con las previsiones del artículo 4° del decreto 2284/91, y restableció así el ejercicio de ciertas facultades otorgadas por la Ley 20.680.

El dec. 722/99 no ha sido hasta la fecha ratificado por ley del Congreso, conforme lo requiere el art. 99 inc. 3° de la Constitución Nacional, porque la Comisión Bicameral no ha sido tampoco creada. No se dictó ninguna ley ratificando dicho decreto. De allí que la legitimidad del decreto 722/99 sea objetable, aunque por aplicación de la ley 26.122¹⁶, recientemente sancionada, dicho decreto podría ser considerado vigente si se interpreta que no es propio de la materia penal.

Ello porque el dictado de decretos de necesidad se encuentra expresamente vedado por la Constitución Nacional en materia penal y, si bien la Ley 20.680 regula el comercio interior, la misma contiene un gran número de sanciones penales, lo que hace cuestionable la vigencia del dec. 722/99. Además podría considerarse que no puede estar vigente porque la legislación de emergencia necesariamente debe tener vigencia transitoria; ella depende exclusivamente de la persistencia de la situación de hecho que motivó su dictado. Así lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso Peralta¹⁷.

16 B.O., julio 28 de 2006.

17 CS, "PERALTA, LUIS ARSENIO y otro C. Estado Nacional (Ministerio de Economía - BCRA) s/amparo", Fallos 313:1513 (*La Ley*, 1991-C, 158). "Para que la sanción de una ley de emergencia esté justificada es necesario: 1) que exista una situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad; 2) que la ley tenga como finalidad legítima la de proteger los intereses generales de la sociedad y no a determinados individuos; 3) que la moratoria sea razonable, acordando un alivio justificado por las circunstancias; 4) 'que su duración sea temporal y limitada al plazo indispensable para que desaparezcan las causas que hicieron necesaria la moratoria'" (el destacado con comillas simples es propio).

Es así que, aun en el caso que se considerara que el dec. 722/99 fue dictado legítimamente y que se encontraba justificado por las circunstancias imperantes al momento de su emisión, no podría sostenerse que su vigencia persiste una vez pasada la situación de emergencia que motivó su dictado, esto es cuando la “emergencia de abastecimiento” hubiera desaparecido.

En consecuencia, no existiendo en la actualidad la situación de emergencia que motivó el dictado del dec. 722/99, aun en el supuesto de que el mismo fuera considerado legítimo, no podría válidamente sostenerse en virtud del mismo la vigencia general de la Ley 20.680.

La jurisprudencia actual de nuestros tribunales coincide con esta posición. Así, la Corte Suprema ha señalado recientemente que el Poder Ejecutivo únicamente puede ejercer facultades legislativas cuando se presente una de estas dos situaciones:

“1) Que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal o 2) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un lazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las Leyes”¹⁸.

Además de la aplicación de sanciones bajo el ordenamiento positivo, lo que no ha ocurrido recientemente, existen vías de hecho que pueden afectar a las empresas si modifican sus precios.

En el recordado caso de la empresa Shell, ante un aumento del precio al público de los combustibles, según expuso el ex-ministro de Economía y Producción ROBERTO LAVAGNA al diario *La Nación*¹⁹, el Poder Ejecutivo solicitó por escrito la aplicación de sanciones. El ex-

18 CS, “VERROCHI, EZIO DANIEL C., Poder Ejecutivo Nacional s/acción de amparo” ED, 1907, pág. 184.

19 *La Nación*, julio 23, 2006.

Ministro de Economía y Producción se habría negado por el mismo medio a sancionarlas y, casi de inmediato, varias estaciones de servicio Shell fueron rodeadas por bandas conocidas como “piqueteros” (cuya actuación por temor recuerda a los temibles “camisas pardas” del régimen nazi) que impidieron la atención a los clientes. Tal presión —o vía de hecho— sin que ninguna acción policial restableciera el orden y garantizara el ejercicio lícito de la actividad comercial de Shell, cesó cuando la empresa petrolera retrotrajo sus precios.

El periodista JORGE OVIEDO comentó en *La Nación*²⁰ que, ante críticas empresarias, la AFIP iniciaría inspecciones integrales de las empresas o cámaras empresarias díscolas con la política oficial. Su resultado oscila entre la formulación de cargos fiscales con intereses y multas por cualquier infracción, aunque sea formal, hasta la pérdida de la exención fiscal para las asociaciones sin fines de lucro.

Otras crónicas de las reuniones entre empresarios, cámaras empresarias y el actual Secretario de Comercio Interior dan cuenta de escatológicos comentarios y actitudes del mencionado funcionario que tienen una finalidad intimidatoria, de dudosa eficacia y perdurabilidad²¹.

II. FUNDAMENTO IDEOLÓGICO DEL CONTROL DE PRECIOS

La perdurabilidad de las normas de control de precios por más de setenta años requiere un análisis del fundamento ideológico (no jurídico) que motiva con tanta persistencia a los legisladores argentinos para insistir con un mecanismo no regulatorio que ha fracasado tantas veces.

20 “No conviene enfrentar al Presidente”, *La Nación*, julio 21, 2006.

21 Así, por ejemplo, el Sr. Raúl Castellano, titular de la Confederación de Entidades de Comercio e Hidrocarburos, declaró: “Moreno nos trató de forma descortés, agresiva y descalificante. El trato que nos dispensó no fue propio de un funcionario público, por lo irrespetuoso e irreverente. Como no correspondía soportarlo, me levanté y retiré, algo que también hicieron quienes fueron conmigo a la reunión” (*Fortuna*, Año II, N° 162, julio 10 de 2006, pág. 28 y siguientes).

Los historiadores de la economía informan sobre controles de precios ya en épocas muy lejanas. JUAN CARLOS DE PABLO explica que “el control directo de precios produce efectos solamente en la medida que tiene alcance, es decir, en la medida que se cumple”²².

JOHN KENNETH GALBRAITH, célebre economista americano que fuera embajador de los Estados Unidos en India durante la presidencia de KENNEDY, dirigió la Oficina de Administración de Precios en la administración de FRANKLIN D. ROOSEVELT.

GALBRAITH abogó a favor del control de precios en situaciones especiales y por períodos cortos²³.

Decía GALBRAITH que “los controles de precios y salarios son probablemente necesarios en una situación de movilización limitada (*se refiere aquí Galbraith a la Segunda Guerra Mundial*). Sin embargo, deben ser usados en condiciones de aproximado equilibrio de la demanda y oferta. *Son complementarios de las medidas fiscales y monetarias que mantienen este equilibrio*. Su función específica y bastante limitada es evitar la interacción de precios y salarios cuando el imperativo de una producción maximizada requiere el uso a pleno de los recursos corrientes, especialmente el trabajo” (el destacado es propio).

Fuera de estos supuestos especiales y del caso excepcional mencionado por GALBRAITH, los economistas e historiadores de la economía han manifestado su rechazo a ese instrumento de política económica y relatado los reiterados fracasos de su aplicación.

No obstante tan contundentes manifestaciones de la doctrina económica, los legisladores y ejecutores de la política económica argentinos han insistido en sancionar normas de control directo de precios en remplazo de regulaciones tendientes a garantizar la libre competencia en el mercado.

22 DE PABLO, JUAN CARLOS, “Control directo de precios”, *Derecho Empresario*, t. II, pág. 97.

23 GALBRAITH, JOHN K., “A theory of price control”, Harvard University Press, pág. 69.

Pese a que los primeros controles de precios empiezan en septiembre de 1930 y por lo tanto son anteriores al golpe de estado de 1943 que derrocó al presidente constitucional CASTILLO y marcó el comienzo de la carrera política de PERÓN²⁴, es durante el gobierno de éste último entre 1946 y 1955 cuando estos controles se manifestaron con mayor crudeza²⁵.

Como afirma RICARDO LÓPEZ GÖTTIG²⁶, “El Golpe de Estado de 1943 no fue una asonada para sustituir gobernantes, sino para implantar un proyecto de dictadura nacionalista, inspirado en los ejemplos de la Italia fascista de MUSSOLINI, la Francia del Mariscal PÉTAIN y la España de FRANCISCO FRANCO. El peronismo se proclamó heredero de este golpe de Estado, tal como lo declararon siempre sus voceros desde 1946 en adelante, que incluso establecieron la fecha del 4 de junio como feriado nacional”.

En el plano económico tal ideología política no podría sino aceptar los criterios totalizadores implantados en la entonces “Europa de Hitler”. ARNOLD J. TOYNBEE²⁷ afirma que si bien nunca llegó a publicarse un plan completo y comprensivo de la organización del Orden Nuevo, la planificación centralizada ocuparía el puesto del liberalismo anárquico y se aseguraría en toda Europa un alto nivel de empleo. La organización corporativa de la vida económica en los estamentos de la alimentación, la industria y el comercio, el trabajo y la cultura se estructuró con la complicidad de los empresarios a quienes se les mostró las ventajas

24 POTASH, ROBERT A., “El ejército y la política en la Argentina 1945-1962. De Perón a Frondizi”, Sudamericana, 1981; LUNA, FÉLIX, “Perón y su tiempo, la Argentina era una fiesta, 1946-1949”, Sudamericana, 1987; ROUQUIE, ALAIN, “Poder militar y sociedad política en la Argentina II, 1943/1973”, Emecé, Buenos Aires, 1982; ROUQUIE, ALAIN, “Autoritarismos y democracia. Estudios de política argentina”, Edinal, 1994; HALPERIN DONGHI, TULLIO, “La República Imposible (1930-1945)”, Ariel Historia, 2004.

25 ALEMANN, ROBERTO T., “Curso de política económica argentina”, t. 2, Alemann S.R.L., 1981, pág. 334.

26 LOPEZ GÖTTIG, RICARDO, “Por qué no 1943”, *La Nación*, julio 22, 2006, pág. 25.

27 TOYNBEE, ARNOLD J., “La Europa de Hitler”, Sarpe, Madrid, 1985, pág. 129 y siguientes.

derivadas para luego someterlos al poder del Ministerio de Economía que designaba a las autoridades de las cámaras empresarias, ministerios y la Oficina del Plan Cuatrienal. La expedición de licencias especiales para vender, adquirir, transformar materias primas y los permisos para distribuir era regla corriente. La ampliación obligatoria del capital de las empresas suscripto por ciudadanos alemanes era otro medio de control.

Dice MAURICIO ROJAS que “La influencia fascista se tornó visible en las ideas de PERÓN sobre una sociedad corporativa - “la comunidad organizada”, como la llamaría, basada en la cooperación, controlada por el Estado, entre los diferentes grupos e intereses de la sociedad”²⁸. Y JUAN JOSÉ SEBRELI²⁹ se pregunta si es posible hablar de una ideología peronista. A su entender la respuesta es negativa, pues el propio PERÓN habría reconocido la influencia de su estadía en Italia y de la conferencia sobre política económica fascista a que asistió en Turín en enero de 1938. El peronismo, a juicio de SEBRELI, puede ser interpretado según los modelos de bonapartismo y fascismo. Se decía anticapitalista, movilizaba las masas con tales consignas y usaba el concepto de “comunidad organizada” de raigambre fascista. Si el nazismo fue una tragedia y el fascismo una comedia, el peronismo —concluye SEBRELI— fue una comedia asaineteada con ribetes de grotesco y momentos de melodrama a la manera argentina.

Ese modelo, en un contexto no bélico, fue aplicado y adaptado en la economía doméstica durante el período 1946/1955. ALFREDO GÓMEZ MORALES, Ministro de Finanzas en 1951³⁰, explica que “la economía social justicialista, que repudia al capitalismo como sistema de explotación del hombre por el hombre, considera, como ya hemos repetido muchas veces, que el capital y la iniciativa privada son factores

28 ROJAS, MAURICIO, “Historia de la crisis argentina”, Distal, 2004, pág. 54.

29 SEBRELI, JUAN JOSÉ, “Crítica de las ideas políticas argentinas”, Sudamericana, 5ª ed., pág. 228 y siguientes.

30 GÓMEZ MORALES, ALFREDO, “Política económica peronista”, Escuela Superior Peronista, Buenos Aires, págs. 178, 179.

fundamentales del proceso económico”... En materia de comercio interior el “patrón deberá hacer llegar los productos en cantidad necesaria y a precios justos”, pues “retacear la producción en cantidad o calidad constituye un crimen social”.

La instrumentación de esa política requirió una fuerte intervención del Estado que GÓMEZ MORALES reconoce que “ya estaba perfectamente definida en 1944” y que tuvo carácter preventivo a través del “principio de planificación con la labor del Consejo de Posguerra y que tuvo su magnífica concreción en el plan de Gobierno 1947/51”³¹.

Las referencias del entonces Ministro de Finanzas a las orientaciones del gobierno surgido del golpe militar de 1943 y su correlato con la política del gobierno que integraba, confirman la continuidad ideológica de ambas administraciones.

En el marco de esa política intervencionista, según explica ALEMANN, “la política de precios se encaminó por los controles, los congelamientos transitorios y la fijación de márgenes admisibles al comercio. Abundaron las sanciones y las clausuras”³².

“Reiteradamente, las autoridades ponen en práctica regímenes generales y especiales de regulación de precios, con particular énfasis en los artículos y servicios que componen la llamada canasta familiar, particularmente el pan, la leche, la carne, los medicamentos, el pescado, las flores en el día de todos los muertos, y pocos productos más. Se requieren autorizaciones especiales para subir los precios; se deben presentar prolijos cálculos de costos para justificar los pedidos de aumentos; se reglamentan las traslaciones de ciertos costos a los precios, admitiéndose unos y excluyéndose otros, como por ejemplo, los gastos de propaganda entre 1973 y 1975; se limitan los márgenes admisibles de utilidad; se admiten importaciones competitivas con derechos inferiores; se dirige el crédito hacia las actividades que producen los bienes cuyos precios se controlan; y se aplican sanciones tras un sumario administrativo, con apelación ante el fuero en el penal económico”.

31 GÓMEZ MORALES, ALFREDO, *ibídem*, págs. 34 y 81.

32 ALEMANN, ROBERTO T., “Breve historia de la política económica Argentina 1500-1989”, Claridad S.A., págs. 227, 228.

“La gama tan variada como profusa de los controles de precios define el dirigismo económico en boga mientras las autoridades procuran contener la inflación que ellas mismas alimentan con emisiones monetarias. Éstas generan una demanda efectiva, dispuesta a pagar precios superiores a los oficiales para procurarse los productos y servicios deseados. *El ritmo recurrente de la inflación a partir de 1943 demuestra sin excepciones que, salvo períodos breves, las políticas de contención de los precios han fracasado irremediablemente*”³³ (el destacado es propio).

Quienes se formaron en tal ideología replicaron en cada una de las oportunidades que alcanzaron el poder, el modelo político y económico, las estructuras normativas y las modalidades de implementación propias de un pensamiento autoritario. Los períodos 1958/1962 (Presidencia de ARTURO FRONDISI) y 1989/1999 (Presidencia de CARLOS MENEM) constituirían una excepción a esos parámetros como consecuencia de la participación de legisladores y funcionarios de distinta extracción y formación y de la vigencia de ideas más modernas en política económica.

En un sobresaliente análisis reciente, BEATRIZ SARLO³⁴ bucea en los años jóvenes del Presidente de la Nación para intentar explicar su actitud y sostiene que “en una dimensión subterránea e inconsciente, el desprecio de la política institucional de los años 70 establece una inesperada continuidad en los 90”. Luego de afirmar que para los jóvenes de los años 70 las instituciones (no) debían ser mejoradas sino manipuladas, presionadas, ocupadas y destrozadas hasta remplazarlas por otras que expresaran de modo directo los intereses populares, destaca que la otra cualidad del poder de KIRCHNER es la imposición del miedo. Ese miedo, según SARLO, lo transmite a través de sus funcionarios, o en forma directa a la sociedad y su esencia

33 ALEMANN, ROBERTO T., *ibídem* nota 25.

34 SARLO, BEATRIZ, “Los intelectuales y el país: Kirchner actúa como si él fuera un soberano”, *La Nación*, julio 22 de 2006, pág. 16.

“medularmente peronista” lo incluye en una cultura no institucional, sino carismática y plebiscitaria.

A modo de prieta síntesis, se podría concluir que la base ideológica autoritaria del peronismo, la actitud frente a las instituciones y las propuestas para solucionar los problemas que enfrenta la economía argentina poco se alteran con los cambios del mundo y el paso del tiempo, y condicionan el accionar de legisladores y funcionarios.

III. EFECTOS POSIBLES DEL RESTABLECIMIENTO PLENO DE LOS CONTROLES DE PRECIOS

Hemos visto *supra* que, con excepción de la facultad de dictar ciertas normas relativas a la comercialización, distribución y producción, la vigencia de la ley de abastecimiento está suspendida por el dec. 2284/91.

Tal suspensión sólo puede quedar sin efecto si previamente el Congreso Nacional declara el estado de “emergencia de abastecimiento”. Más allá de lo curioso que resulta dicho concepto, que sólo sería claramente aplicable en situaciones de catástrofes naturales o guerras, es posible anticipar que tal declaración podría sufrir un cuestionamiento de la prensa y de los empresarios.

En efecto, los distintos indicadores económicos³⁵ muestran aumentos en el Producto Bruto Interno en los sectores automotriz, industrias químicas y plásticas, alimentos y bebidas, minería no metalúrgica, tabaco, combustibles, metalmecánica, siderurgia, textiles, papel y cartón con un importante incremento también en la utilización de la capacidad instalada (70,3%).

Además de su contradicción con el nivel de actividad y las reiteradas manifestaciones del Poder Ejecutivo sobre la marcha de la economía, una declaración de emergencia (más) del Congreso deprimiría el ánimo

35 Fiel, Indicadores de Coyuntura, N° 407, julio 2006.

general al anticipar el restablecimiento de la plena vigencia de la Ley 20.680.

CACHANOSKY se refiere a “la sensación de tsunami”³⁶ y advierte que la gente pese al aumento del PBI, de la producción industrial, la disminución de la desocupación, el superávit fiscal, “percibe que esta historia de tener precios baratos internos totalmente desligados de lo que ocurre en los mercados internacionales es un artificio que hemos vivido infinidad de veces y siempre terminó mal. De la misma forma que los controles de precios inevitablemente conducen, más tarde o más temprano, a aguas turbulentas. La gente presume el tsunami, sin saber muy bien por qué lo espera”.

El Gobierno no se atreve a establecer *de jure* un pleno régimen de control de precios mientras confía en el sometimiento “voluntario” de empresarios asustados ante el restablecimiento pleno de la Ley 20.680. No obstante, lo impone *de facto* y lo asegura por el temor, sea a un boicot, al sitio de una banda de “piqueteros”, a una inspección fiscal y, en algún caso, a la aplicación de las sanciones de la Ley 20.680. Ese temor se extiende informalmente y las autoridades estimulan su difusión como un disuasivo deletéreo, con amenazas verbales de sanciones graves que incluyen también los bloqueos del sindicato de camioneros o la detención de los gerentes y directores o las presiones a frigoríficos y supermercados para no adquirir hacienda vacuna en el Mercado de Hacienda de Liniers durante el reciente paro de actividades del sector agropecuario.

En tanto la disuasión por temor funcione, no deberá implementar la vigencia del sistema *de jure* que la faculte a investigar y sancionar, con sentido general. Si lo hace, nos encontraremos con un universo normativo parecido al que se aplicó sin éxito en la primera mitad de la década de 1970 y entre 1983 y 1989.

¿Qué cabe esperar en ese escenario?

La distorsión en los precios relativos será aun mayor. El estímulo al gasto y el desestímulo a la oferta fruto del intervencionismo estatal

36 CACHANOSKY, ROBERTO, “Sensación de Tsunami”, *La Nación* julio 23, 2006, Sección Economía y Negocios, pág. 8.

genera distorsiones en los precios relativos, aumenta la demanda de bienes y servicios con precios controlados y reduce su oferta. Esa combinación, ya experimentada en más de una oportunidad, exige crecientes subsidios, controles y regulaciones; y deberá corregirse en algún momento, gradualmente con el ajuste periódico de las variables económicas o con un cambio brusco que genera tensión social y política y reacomodamientos en la distribución del ingreso.

BRODA³⁷ ha publicado un cuadro, de su elaboración, que es muy elocuente acerca de las presentes distorsiones en los precios regulados frente al Índice de Precios al Consumidor, nivel General:

Distorsión de precios relativos

| | Nivel hoy | Variación % | Precio relativo respecto al IPC general | |
|----------------------------|------------------------|------------------|---|-------------------------------|
| | (case dic. 2001 = 100) | Últimos 12 meses | var. v. dic. 2001 | var. en 2006/08/16 (anualiz.) |
| IPC nivel general | 182,7 | 11,0 | - | - |
| IPC sujeto a acuerdos | 199,3 | 8,2 | 9,1% | -2,8% |
| IPC libre | 181,6 | 14,2 | -0,6% | 4,7% |
| IPC regulados | 134,3 | 1,3 | -26,5% | -6,8% |
| Transporte público | 112,9 | 4,0 | -38,2% | -7,2% |
| Teléfono | 108,0 | -0,1 | -40,9% | -9,7% |
| Electricidad minorista | 118,5 | 0,1 | -35,1% | -9,1% |
| Alquileres | 125,0 | 18,7 | -31,6% | 4,4% |
| Electricidad mayorista | 186,5 | 2,7 | - | - |
| IPM | 278,5 | 12,0 | +52,5% | 0,3% |
| Costo de la construcción | 232,8 | 21,2 | +27,4% | 11,6% |
| Precios implícitos del PBI | 188,3 | 14,7* | +5,1%** | 13,7% |
| Tipo de cambio nominal | 308,1 | 6,8 | +68,6% | -5,1% |

Fuente: Elaboración del autor * al primer trimestre de 2006; ** con relación al IV trimestre de 2001.

37 BRODA, MIGUEL ÁNGEL, “Los desafíos pendientes”, *La Nación* julio 16, 2006, Sección Economía y Negocios, pág. 8.

La “distorsión” medida con relación al IPC revela -6,8% en los precios regulados que llegan al -9,7% en las tarifas telefónicas y al -9,1% en la electricidad minorista.

Es obvio que ese “retraso” en el ajuste de algunos precios se corregirá con violencia, más tarde o más temprano.

IV. CONSTANTES NORMATIVAS DE LOS CONTROLES DE PRECIOS

El régimen regulatorio de los precios ha asumido formas aparentemente distintas a lo largo de más de setenta años de intermitente vigencia, pero existen constantes normativas en las distintas leyes, decretos o resoluciones que lo implementan. Es curioso ver que poco han cambiado las normas sobre precios a lo largo de medio siglo, fuera de las modificaciones de lenguaje u otros cambios adjetivos.

JULIO OLIVERA escribió en 1956³⁸ un excelente análisis de las normas regulatorias de los precios que, más allá de las variaciones circunstanciales de cada régimen, sintetiza en una precisa clasificación las constantes normativas que reiteradamente aparecen en las regulaciones de precios. Tales constantes revelan contenidos relativamente estables de esas normas.

Olivera distingue cuatro grupos:

- 1) las que tienden a garantizar, con relación al bien cuyo precio máximo se establece, la plenitud formal de la regulación que son cláusulas genéricas que cubren las calidades y tipos del producto regulado no incluido en la lista de precios (constantes de integración);
- 2) las que regulan la equivalencia o ecuación económica entre el precio y la unidad de un bien económico, a través del control de la calidad o cantidad de dicho bien (constantes de exteriorización);

38 OLIVERA, JULIO H.G. “Las constantes normativas en el régimen de precios máximos”, JA, t. 1956-II, Doct., pág. 35.

- 3) las que tienen por fundamento evitar las reacciones naturales del mercado cuando el precio fijado induce al decrecimiento de la cantidad producida (constantes de compensación); y
- 4) las que denomina constantes de adaptación porque con un propósito similar a las constantes de compensación, tienden a adecuar el régimen de precios a las tendencias económicas fundamentales.

Las constantes de integración pueden establecer la regla para aplicarlas a los casos no especificados (p. ej. nuevos productos o nuevas marcas), o prevén un mecanismo de márgenes para fijar los precios de los productos no incluidos. Las constantes normativas son las que preservan la calidad de los productos, las modalidades del tráfico mercantil (condiciones de venta, pago, entrega, bonificaciones, servicios adicionales, etc.). Las constantes de compensación tienden a evitar la concentración de la oferta en los productos, especies, calidades o renglones más lucrativos, o a sostener el nivel de producción de las empresas o a obligar al proveedor a ajustarse a la demanda.

Las constantes de adaptación persiguen determinar el comportamiento de los precios ante cierta variación del nivel de los costos. Así disponen que los aumentos de costos sean absorbidos por las empresas productoras, o que puedan trasladarse, total o parcialmente, en forma inmediata o escalonada, al precio de los productos y, en algunos casos, sujeto a decisiones individuales previas.

Como se observa fácilmente todas las regulaciones de precios contenidas en la ley 20.680 caen en alguna de las categorías normativas creadas hace 50 años por el doctor JULIO OLIVERA. Nada nuevo hay en materia regulatoria, por lo que es fácil deducir que también serán similares las consecuencias futuras a las producidas bajo regímenes formalmente diferentes pero que caen bajo el mismo plexo normativo y teleológico.

En mercados competitivos los precios tienden a confluir con los costos de producción. Las interferencias regulatorias generan reacciones que el mercado anticipa o repara de forma explícita o encubierta. Finalmente, cuando los llamados “mercados negros” o el

desabastecimiento empiezan a extenderse, la autoridad regulatoria apuesta al último recurso que es el abastecimiento forzado por medio de la venta forzosa de mercaderías. Tal venta tiene un carácter expropiatorio distinto de la expropiación por razones de utilidad pública, dispuesta por ley e indemnizada que prevé el derecho administrativo.

Si el precio máximo fijado no cubre el costo del bien y una razonable utilidad y éstos no son compensados mediante subsidios, se produce una transferencia de recursos que lleva finalmente a la quiebra de una empresa, de un sector de la actividad económica o de toda la economía, luego de un gradual proceso de desinversión, obsolescencia tecnológica y pérdida de calidad de los productos.

En algunos casos en nuestro país esas situaciones llevaron a la intervención de empresas (como por ejemplo Hilanderías Olmos S.A.) cuya devolución posterior a sus accionistas obligó a la indemnización de los daños y pérdidas de beneficios sufridos.

En la Ley 20.680 esas constantes se materializan en el otorgamiento de facultades amplísimas a su autoridad de aplicación que raramente han sido utilizadas totalmente. Más aun, de haber sido aplicadas, habrían convertido la economía argentina en una economía centralmente planificada, lo que resulta incompatible con las disposiciones de la Constitución Nacional. Malamud Goti sostiene que la Ley 20.680 se caracteriza por “1) una sobreabundante y confusa cantidad de tipos penales en los que predominan los elementos puramente valorativos... 2) la característica intimidatoria de las penas por su falta total de discriminación entre la naturaleza de las diferentes acciones incriminadas y por el sometimiento a procesos cuya naturaleza importan verdaderas sanciones en sí mismos y 3) la reiterativa violación de las garantías constitucionales del debido proceso, de comercio y de propiedad”³⁹.

Pese al uso relativamente limitado de los poderes otorgados a los funcionarios, éstos han aplicado en todos los casos el control de precios, la fijación de márgenes de comercialización, la autorización administrativa previa para la producción y comercialización de nuevos

39 MALAMUD GOTI, JAIME, “Aspectos penales de la nueva ley de abastecimiento (Ley 20.680)”, ED, 57-843.

artículos y las sanciones por la violación al régimen regulatorio dictado en función de la propia Ley de Abastecimiento.

V. LA PROTECCIÓN JUDICIAL

“Frente al riesgo de regímenes totalitarios que persiguen la concentración de las potestades públicas y el correlativo sometimiento del individuo para engrandecer el Estado, la existencia de un poder, institucionalmente independiente, protector de las libertades públicas, aparece como una salvaguardia esencial”⁴⁰.

Si bien la Ley de Abastecimiento prevé que las sanciones aplicadas por su autoridad de aplicación son apelables ante el juez en lo penal económico en la Capital Federal, la jurisprudencia generalizada de la Cámara en lo Penal Económico y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha convalidado reiteradamente las amplias facultades concedidas al Poder Ejecutivo y retaceado la protección eficiente de los derechos a ejercer el comercio y la industria.

FERNANDO AGUILAR y MIGUEL PADILLA, en sendos trabajos, han sostenido que las disposiciones de la Ley 20.680 son inconstitucionales⁴¹; otros autores como CABANELLAS, EKMEKDJIAN y GELLI⁴² también han sostenido que la Ley 20.680 es inconstitucional pero todas esas manifestaciones doctrinarias chocan con los fallos del más alto tribunal que convalidaron la legalidad de la delegación de facultades hecha por el Congreso, incluyendo la de reglamentar cualquier aspecto de la actividad económica (artículo 2º, inciso c de la Ley 20.680).

40 MAIRAL, HÉCTOR A., “Control Judicial de la Administración Pública”. Ed. Depalma, 1984, volumen I, pág. 1.

41 AGUILAR, FERNANDO, “Las normas de precios máximos de bienes y servicios”, *La Ley*, 1984-D, 1276; PADILLA, MIGUEL, “Inconstitucionalidad de la Ley 20.680”, ED, 1985, págs. 112-901.

42 Véase nota 13 supra; y EKMEKDJIAN, MIGUEL A., “Un nuevo caso de violación al principio de división de poderes”, ED, págs. 133-425.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido en repetidos fallos la validez constitucional de las regulaciones sobre el comercio interior dictadas por el Congreso Nacional a la luz de las atribuciones que le confiere el art. 75, incs. 12, 13 y 18. Así, por ejemplo en el caso “Cerámica San Lorenzo ICSA s/apelación multa Ley 20.680”⁴³ la Corte no sólo sostuvo la validez de la Ley 20.680 sino que siguió unánimemente el dictamen del Procurador General de la Nación quien dijo que

“El art. 4° de la Ley 20.680 describe adecuadamente las conductas que harán aplicables las sanciones previstas en el art. 5° y, dadas las características fluctuantes en que se desarrolla la dinámica del proceso económico, no causa gravamen constitucional la autorización que confiere el art. 2° a fin de que el Poder Ejecutivo determine las circunstancias específicas que completarán el marco de la prohibición en punto a la política de abastecimiento”.

Concluyó el Procurador que

“... la delegación por el Poder Legislativo se encuentra delimitada en un ámbito cierto que es el de la reglamentación del abastecimiento de bienes y servicios, a través de la fijación de precios máximos, márgenes de comercialización u otras medidas de similar naturaleza, es decir, no se ha producido la transferencia de potestades privativas del legislador en el poder administrador”.

Si bien la Corte Suprema ha reivindicado su facultad de ejercer el control judicial, en la práctica es poco frecuente que revoque o cuestione las sanciones administrativas.

En el caso Jalife, Elías⁴⁴ la Corte Suprema ratificó que la suspensión de las disposiciones de la Ley 20.680 regulada por el dec. 2284/91 no involucra las facultades otorgadas en el art. 2, inc. c de aquélla, continuando en vigencia para este supuesto particular las normas sobre procedimientos, recursos y prescripción previstas en la citada ley. En

43 Fallos 311:3453.

44 “Jalife, Elías”, *La Ley*, 1994-D, 73.

ese caso la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico había confirmado la sentencia de primera instancia que en un recurso de amparo decretó la nulidad de la clausura preventiva dispuesta por la Secretaría de Industria y Comercio. La sentencia de la Cámara consideró que la intervención de la autoridad de control no se debió al cumplimiento de las finalidades de la Ley 20.680 sino a una infracción a una norma fiscal.

La Corte Suprema se reservó el derecho de control judicial de las decisiones administrativas al establecer que “la circunstancia de que la administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales, en manera alguna puede dejar de lado el control judicial suficiente de los actos administrativos de naturaleza jurisdiccional a que obliga el principio de separación de poderes, ni tampoco puede constituir un justificativo de la conducta arbitraria puesto que es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado⁴⁵.”

La Corte declaró procedente el recurso extraordinario y confirmó la sentencia apelada.

Una interpretación contraria acerca de la vigencia de la Ley 20.680 —que omite considerar la ratificación del dec. 2284/91 por la Ley 24.307— surge del voto del Dr. EDMUNDO HENDLER en la causa “Hairs S.R.L.”⁴⁶, quien dijo que “es insostenible, en nuestro régimen constitucional, que las leyes del Congreso puedan ser dejadas en suspenso por el Poder Ejecutivo” por lo que “el artículo 4° del decreto

45 En el mismo sentido “in re” “Laboratorios Oftalmológicos Argentinos S.A.”, *La Ley*, 1990-C, 10, donde la Sala II de la Cámara Nacional en lo Penal Económico sostuvo que “Si bien el art. 12, inc. c de la Ley 20.680 faculta a la Secretaría de Comercio Interior a disponer clausuras preventivas, la inexistencia de posibilidad recursiva del afectado, impone considerar que el hecho de que se trate de facultades discrecionales no justifica su aplicación de modo irrazonable”. Este fallo ha sido duramente criticado por Virgilio J. LOIACONO (*La Ley*, 1990-C, 10) quien sostiene que “se aprecia un claro desinterés de los jueces en el estricto control de la juridicidad de las actuaciones administrativas” y que “por defecto de posicionamiento filosófico-jurídico frente al caso, el razonamiento del tribunal fue inverso: si no se demuestra arbitrariedad, se trata de ejercicio regular de facultades legales.

46 *La Ley*, 1994-C, 16.

2284/91 suspende el ejercicio de las facultades otorgadas por la Ley 20.680, facultades éstas de las que se encuentra investido el propio Poder Ejecutivo, por lo que la suspensión sólo puede entenderse como una abstención voluntaria que no afecta la vigencia de la ley”.

Los tribunales han tenido, en cambio, una actitud más restrictiva en el caso de clausuras y allanamientos. Cabe recordar con relación a las clausuras las palabras del secretario de Comercio Interior al discutirse en la Cámara de Diputados el proyecto que sería luego sancionado como la Ley 20.680:

“Los funcionarios no están facultados para establecer la clausura preventiva. Es una medida bastante seria el cerrar un negocio como para dejarla al arbitrio de un inspector⁴⁷.

Es posible que la amplísima delegación otorgada indiscriminadamente a los funcionarios para clausurar preventivamente locales comerciales o industriales unida a la sensación de que en muchos casos tal facultad se ejercía abusivamente, hayan inducido a los tribunales a emitir decisiones que cuestionaron el ejercicio de esas facultades y dejaron sin efecto clausuras administrativas. Así, por ejemplo, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Sala A, en los casos “Kwon, Hyuk M.” y “Valenti Especialidades” decidió que “la clausura prevista por el art. 12 de la ley 20.680, por su gravedad y por estar delegada indiscriminadamente en los funcionarios actuantes en la inspección, no puede adoptarse sino en los casos de necesidad claramente justificada” y “requiere la concurrencia de razones específicas para adoptar la medida preventiva citada, vinculadas a emergencias en los abastecimientos o necesidades de la investigación”⁴⁸.

También con relación a la sanción de clausura, premonitoriamente cuestionada por el propio Secretario de Comercio Interior, como vimos *supra*, los tribunales han entendido que el recurso de apelación con solo efecto devolutivo, afecta garantías constitucionales. Así:

47 Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 1974, t. 2, pág. 689.

48 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Sala A, *La Ley*, 1994-A, 120.

“La disposición de la ley de abastecimiento que limita el recurso de apelación de la sanción de clausura aplicada, haciéndolo meramente devolutivo, lo priva de toda eficacia frente a la índole de la sanción aplicada —la clausura temporal de un local de comercio— y choca “con la cláusula constitucional que resguarda la defensa en juicio y consagra el derecho de defensa en juicio y resguarda, implícitamente, la potestad del Poder Judicial en la imposición de sanciones”⁴⁹.

También los Tribunales han protegido la inviolabilidad del domicilio, pues “la garantía de la inviolabilidad del domicilio como ámbito de intimidad y privacidad (art. 19, Constitución Nacional) protege a las personas esencialmente, por lo que exige, en ese sentido, a falta de la orden judicial, un consentimiento expreso de aquellas que han de soportar el ingreso de extraños a su domicilio y que además, se pueden ver perjudicadas por las consecuencias de esa intromisión y registro de su propiedad”. En consecuencia, el Tribunal observando una violación a los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional por la norma del art. 12 inc. b) parte 1^a de la Ley 20.680 en tanto permite el allanamiento por parte de funcionarios encargados de su aplicación, de los locales industriales, comerciales, establecimientos de producción agropecuaria, forestal, de caza, pesquera, minera o auxiliares de éstos sin orden expedida por juez competente declaró su inconstitucionalidad y la nulidad de todo lo actuado⁵⁰.

No obstante, todos y cualesquiera de los precedentes que mencionamos y otros que podrán citarse cuestionando aspectos puntuales aunque importantes de la Ley 20.680, ceden ante la construcción autoritaria del poder estatal que avala el dictamen del Procurador General de la Nación ANDRÉS D’ALESSIO en el citado caso Cerámica San Lorenzo⁵¹ donde sostuvo:

49 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Sala A, *La Ley*, 1993-C, 203 y Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, Sala II “in re” “Dominguez, Aldo F. y otros”, *La Ley*, 1993-C, 23.

50 Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, *La Ley*, 1996-A, 128, “in re” “Solaris Transporte Internacional c. Estado Nacional”.

51 Fallos 311:3453.

“En efecto, si bien es principio fundamental para el mantenimiento e integridad de nuestro sistema de gobierno que el Congreso no puede delegar en el Poder Ejecutivo ninguna de las atribuciones o poderes que le han sido expresa o implícitamente conferidos, sí puede otorgarle autoridad a fin de arreglar los pormenores o detalles necesarios para la ejecución de la ley, siempre que la política legislativa haya sido claramente establecida. En tales supuestos, el Poder Ejecutivo no obtiene una delegación proscripta por los principios constitucionales, sino que, al contrario, es habilitado para el ejercicio de la potestad reglamentaria que le es propia (art. 86, inc. 2°, Constitución Nacional) cuya mayor o menor extensión depende del uso que de la misma potestad haya hecho el Poder Legislativo (Fallos: 246:345; 270:42; 280:25)”.

“El art. 4° de la Ley 20.680 describe adecuadamente las conductas que harán aplicables las sanciones previstas en el art. 5° y, dadas las características fluctuantes en que se desarrolla la dinámica del proceso económico, no causa gravamen constitucional la autorización que confiere el art. 2° a fin de que el Poder Ejecutivo determine las circunstancias específicas que completarán el marco de la prohibición en punto a la política de abastecimiento”.

“Debo agregar que V.E. tiene dicho que el principio de legalidad en materia penal exige indisolublemente la doble precisión de la ley de los hechos punibles y de las penas a aplicar (Fallos: 293:378). Este principio, a mi entender, no se encuentra afectado por el art. 4° de la ley cuestionada porque la detallada enumeración que contiene proporciona pautas bastantes para caracterizar el hecho punible, sin perjuicio desde luego de la función interpretativa que corresponde a los jueces”.

“Por otra parte, comparto el criterio del *a quo* en el sentido de que, en el caso, la delegación por el Poder Legislativo se encuentra delimitada en un ámbito cierto que es el de la reglamentación del abastecimiento de bienes y servicios a través de la fijación de precios máximos, márgenes de comercialización u otras medidas de similar naturaleza, es decir, no se ha producido la transferencia de potestades privativas del legislador en el Poder Administrador”.

MAIRAL sostiene que las normas cuya existencia es desconocida por gran parte de las personas que deben cumplirlas, o cuya vigencia es dudosa por los continuos cambios normativos, o cuyo cumplimiento es difícil o imposible o la sanción puede llevar a la prisión o a la quiebra

o cuando la oportuna intervención judicial para confirmar el sentido o la validez de la norma no puede obtenerse sin correr el riesgo de ser sancionados por su incumplimiento o cuando el control judicial sobre la decisión del funcionario es ineficaz, incentivan el incumplimiento de la norma y aumentan la indefensión jurídica de los particulares⁵².

La Ley 20.680 y las numerosas resoluciones complementarias que ha dictado la autoridad de aplicación participan de todas esas pautas determinantes del incumplimiento y la indefensión. La falta de seguridad jurídica generada es, a su vez, caldo de cultivo de la corrupción y disuasivo o freno de las inversiones privadas.

En la materia que aquí analizamos ha sido frecuente la ignorancia general de su contenido, la continua variación en su interpretación y aplicación y la imputación de actos de corrupción. La literatura jurídica y económica no contiene referencia concreta a actos de corrupción precisamente por tratarse de actos ilícitos; por lo tanto, no es posible dar cuenta de ellos en el presente análisis⁵³.

También el limitado o tardío control judicial de la actividad administrativa, su alto costo o la lentitud de los procedimientos legales, estimulan la corrupción. MAIRAL cita precisamente el caso de las sanciones puestas en la Ley de Abastecimiento como ejemplo de las normas que dilatan la revisión judicial hasta después del cumplimiento de la sanción, “sea ésta de multa o de clausura, y que recuerdan el disparatado régimen que asombró al personaje de Alicia en el país de las maravillas: primero viene la sanción, luego el proceso y, por último, el delito”⁵⁴.

En síntesis, tenemos hoy un régimen plasmado en la Ley 20.680 cuya vigencia es cuestionable por la aplicación de normas de dudosa vigencia y en eventual contradicción con principios constitucionales y con algunos fallos judiciales. La reciente resolución SCT 1/2006 que interfiere en el comercio minorista de hacienda vacuna, siguiendo al

52 MAIRAL, HÉCTOR A., “Las raíces legales de la corrupción (o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla)” (en prensa).

53 Véase nota 12 supra.

54 Véase nota 52.

dec. 2284/91 y al fallo de la Corte Suprema que declaró vigentes las normas sobre procedimientos, recursos y prescripción previstas en la Ley 20.680, es la primera evidencia de que la autoridad de aplicación podría utilizar integralmente la ley 20.680, aplicar las sanciones allí previstas y obligar a empresas y ciudadanos a recorrer el largo e infructuoso camino judicial para obtener protección de sus derechos.

Los antecedentes jurisprudenciales citados, entre otros, sirven para anticipar que pese a la generalizada crítica de la doctrina, se convalidará otra vez un camino de obstáculos procesales intencionalmente previstos por el legislador, cumplidos por los funcionarios y avalados displicentemente por los tribunales con grave daño a las inversiones, nacionales y extranjeras, al empleo de factores productivos —especialmente el trabajo— y a la propia seguridad jurídica.

VI. CONTRADICCIÓN DE OBJETIVOS

La imperfección de los mercados, alejados del modelo de la competencia perfecta por el incumplimiento del supuesto teórico en que se basa (un gran número teóricamente ilimitado de oferentes y demandantes que compiten entre sí y no pueden unilateralmente modificar el precio del mercado) y por la necesidad de una importante capitalización que responde a las economías de escala, y las imperfecciones derivadas de la regulación de marcas y patentes, han hecho que la competencia monopólica y el oligopolio sean las formas más difundidas.

Es inevitable la concentración —antes y durante la globalización— por la inexorable ley de los rendimientos decrecientes. No obstante, ninguna empresa puede ignorar los precios y producción de sus competidores. En el caso de los llamados monopolios naturales la solución tradicionalmente reconocida es la regulación del precio. El éxito económico y social de la regulación dependerá del acierto de la agencia reguladora en la determinación del costo y la comparación

entre el costo de la regulación y el costo de la fijación del precio por el monopolio⁵⁵.

Las distorsiones producidas por la imperfección de los mercados en los precios, en la asignación de los factores de producción, en el volumen total producido, en los incentivos que motivan a los empresarios y consumidores, en la distribución del ingreso, en la distorsión de las estructuras sociales y en el funcionamiento productivo macroeconómico deben ser evitadas, corregidas o paliadas⁵⁶.

La corrección de dichos desvíos se puede hacer con una mayor apertura a la competencia externa, como hace Chile actualmente. El tamaño del mercado local no justifica ciertas producciones que pueden ser abastecidas desde el extranjero, concentrando los recursos en otras actividades donde la ventaja comparativa actúa en favor de la economía doméstica. Esta política suele complementarse con tratados de integración económica y de libre comercio. Sin embargo, este mecanismo promotor de la competencia se ve limitado cuando los costos del transporte son elevados y en materia de servicios y bienes no transables.

Ya nos hemos referido a los monopolios naturales, generalmente casos de “public utilities”. El control directo a través de agencias reguladoras ha sido el mecanismo elegido por los Estados Unidos de América y por algunos países europeos. En la Argentina, en general, estos monopolios naturales estaban en manos del Estado, a través de empresas públicas, hasta su privatización en la década de 1990. El Estado concentraba los caracteres de propietario y regulador y el público no tenía opción competitiva ninguna ni posibilidad de reclamo.

De todos modos, los monopolios naturales ocupan una proporción reducida de las economías, excepto en el caso mencionado de la Argentina donde la propiedad estatal incluía, además, las

55 HAVENKAMP, HERBERT, “Economics and Federal Antitrust Law”, Hornbook Series, Westlaw, pág. 33.

56 CABANELLAS, GUILLERMO y ARANOVICH, FERNANDO, “La legislación antimonopólica y las leyes de abastecimiento como técnicas alternativas de regulación de los mercados”, Revista del Derecho Industrial, *Depalma*, Año 2, Nos. 4 a 6, pág. 315 y siguientes.

telecomunicaciones, el transporte aéreo, marítimo, por ferrocarril, las televisoras y radioemisoras (parcialmente), la siderurgia, el carbón, el gas, el petróleo, la distribución y comercialización de combustibles, la banca comercial y de inversión, la fabricación de armamentos y un sinnúmero de otras actividades económicas, financieras y culturales.

El control directo de los precios y otras intervenciones en los mercados han sido descritas extensivamente *supra*. Alternativamente, en los Estados Unidos y en la Unión Europea se ha desarrollado con creciente vigor la legislación antimonopólica o de defensa de la competencia que ataca los abusos derivados de cierta conducta empresarial, como la fijación de precios o los acuerdos anticompetitivos y controla algunas estructuras de mercado, como los monopolios, que se considera que disminuyen la competencia y abusan de su poder.

Los acuerdos de empresas competitivas para fijar los precios, limitar la producción o dividir los mercados son considerados conductas ilegales *per se* bajo la legislación *antitrust* norteamericana y también lo son en el derecho argentino siempre que causen un perjuicio al interés económico general.

Las normas de defensa de la competencia también han limitado conductas tendientes al mantenimiento de los precios minoristas, la fijación de precios depredatorios (venta por debajo del costo, generalmente el costo marginal o el costo variable medio), los contratos vinculantes o de ventas atadas, y la discriminación de precios por razones que no obedecen al costo ni a la competencia.

En las tres últimas décadas la política de defensa de la competencia ha enfatizado los casos de control de las estructuras. Esos son casos preventivos donde las autoridades han hecho prevalecer el control estructural sobre el control de conductas. En los Estados Unidos los casos más resonantes fueron las divisiones de las empresas American Tobacco Company, Standard Oil, IBM y AT&T.

En la década de 1980 una nueva tendencia durante la presidencia de REAGAN se ha mostrado escéptica sobre la capacidad del Estado para aplicar la política antimonopolio para mejorar el funcionamiento de las grandes compañías multinacionales. La mayor laxitud de las

directivas aplicables a las fusiones probablemente indujeron la gran cantidad de fusiones y adquisiciones en las décadas de 1980 y 1990.

No existen evidencias definitivas sobre las ventajas del control de las estructuras como medio para asegurar una mayor competencia. Así, algunos economistas han observado que no siempre los resultados se asocian estrechamente a la estructura; algunas grandes empresas como IBM, AT&T, Boeing y ciertos mercados muy concentrados (computadoras, telecomunicaciones, fabricación de aviones) están entre los sectores de mejores resultados pese a que han reducido sus precios en relación a los precios de sectores menos concentrados. Es decir, que no han encontrado evidencia irrefutable de una relación directa entre concentración y precios⁵⁷.

Las mayores críticas a la legislación antimonopólica han partido de la llamada escuela de Chicago uno de cuyos profesores más famosos, RICHARD POSNER, sostiene que

“Las únicas medidas verdaderamente unilaterales por medio de las cuales las empresas pueden conseguir o mantener el poder monopolístico son prácticas como cometer fraude en la oficina de patentes o volar la planta de un competidor, y el fraude y la fuerza están, en general, debidamente castigados en otras leyes”⁵⁸.

CABANELLAS⁵⁹ reconoce que “en materias como el tratamiento de las prácticas verticales, las discriminaciones de precios, y las fusiones y concentraciones, las reglas aplicadas por la jurisprudencia han variado radicalmente en los últimos treinta años, ajustándose en gran medida a las recomendaciones de tal escuela.

57 SAMUELSON, PAUL A. y NORDHAUS, WILLIAM D., “Economía”, McGraw-Hill, 13ª ed., pág. 723.

58 POSNER, RICHARD A., “Antitrust Law: An Economic Prospectus”, University of Chicago Press, Chicago, 1976, pág. 212.

59 CABANELLAS, GUILLERMO, “Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia”, Heliasta, 2005, pág. 87.

En la Argentina la legislación antimonopólica ha sido poca y escasamente aplicada. Mientras que desde 1930 se dictaron cientos de leyes, decretos y resoluciones dirigidas al control directo de los precios, sólo se sancionaron cuatro leyes en esa materia: ley 11.210⁶⁰ en 1923, Ley 12.906⁶¹ en 1946, ley 22.262 (Adla, XL-C, 2521)⁶² en 1980 y la norma vigente ley 25.156 (Adla, LIX-D, 3942)⁶³ en 1999.

No es el propósito de este trabajo un análisis en detalle de cada una de las normas aplicables en la materia⁶⁴. No obstante en términos generales se puede apreciar que la ley 11.210 estaba encaminada a reprimir los monopolios e incluía conductas y enumeraba en el art. 2° los actos de monopolio. Fue modificada por el decreto-ley 15.810/46⁶⁵ que dio base a la Ley 12.906 en diciembre de 1946. Esta norma sancionaba varias conductas con una gran vaguedad de definición y su aplicación estaba a cargo del Poder Ejecutivo que luego de realizar las investigaciones sumariales podía denunciar o querrellar a los presuntos responsables.

La ineficacia de la Ley 12.906 se materializó en la sanción de la Ley 22.262 que adoptó un enfoque novedoso siguiendo a la legislación española y de la actual Unión Europea. La limitación, restricción o distorsión a la competencia y el abuso de posición dominante, siempre que exista un perjuicio al interés económico general, son las dos figuras centrales de esta norma. La Exposición de Motivos de la Ley 22.262 resaltó la obtención de una mejor utilización de los recursos productivos,

60 Adla, 1920-1940, pág. 110.

61 Adla VII, pág. 21.

62 Adla, XL-C, pág. 2521.

63 Adla, LIX-D, pág. 3942.

64 Al respecto puede verse, entre otros: CABANELLAS, *ibidem*, nota 59, t. 1, pág. 88 y siguientes. AFTALION, E.R., "Monopolio, concentración de empresas y sociedades multinacionales", *La Ley*, 1969, t. 133-1162; DROMI, R., "Competencia y monopolio", 1999; FARGOSI, H.P., "Apostilla sobre la ley de Defensa de la Competencia", Adla, 1980, Boletín 31, pág. 8; OTAMENDI, JORGE, "Presupuestos básicos para la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia", *La Ley*, 1981-B, pág. 905.

65 Adla VI, 607.

el evitar distorsiones en la distribución del ingreso nacional y el asegurar el libre funcionamiento de los mercados *sin necesidad de recurrir a la intervención directa en la economía*. Su aplicación se reservó a un organismo administrativo, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia y en la esfera judicial otorgó competencia a los jueces en lo Penal Económico en la Capital Federal y a los jueces federales en el resto del país.

En 1999 la Ley 22.262 fue remplazada por la Ley 25.156 que sigue, con una técnica legislativa más confusa, la estructura de la ley derogada. La nueva norma incluyó el control de las concentraciones económicas y por su veto parcial por el decreto 1019/99⁶⁶ la competencia judicial se otorgó a la Cámara Federal que aplica los Códigos Penal y Procesal Penal en cuanto sean compatibles con esa ley⁶⁷.

La creación más novedosa de esa norma es el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, encargado de aplicar sus disposiciones. Desafortunadamente, en una clara muestra del desinterés de los funcionarios por contar con un organismo independiente que aplique la Ley 25.156, a casi siete años de su promulgación, el Tribunal no ha sido creado y el único concurso iniciado para seleccionar sus miembros nunca fue completado.

El aseguramiento del bienestar general y del interés económico general en varios dictámenes de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia ha sido identificado con el funcionamiento de un mercado libre y competitivo. La existencia de un mercado libre y competitivo sirve para asignar racionalmente los recursos entre distintas actividades económicas, mejorar la distribución del ingreso y proteger al consumidor, sin que este último pueda ser un objetivo o meta excluyente, como han decidido los tribunales estadounidenses y los organismos europeos.

Desde la sanción de la Ley 25.156 la actividad de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia que está a cargo de la

66 Adla, LIX-D, 3942.

67 Ley 25.156, art. 56.

aplicación de la Ley 25.156 hasta que se cree el Tribunal, no ha sido muy intensa.

Los cuadros siguientes muestran el total de concentraciones económicas y sumarios por conductas anticompetitivas en los períodos allí mencionados:

| Concentraciones económicas analizadas por la CNDC entre septiembre de 1999 y diciembre de 2005 (382 concentraciones económicas)* | | |
|--|-----|---------|
| (a) Operaciones aprobadas | 358 | (93,7%) |
| (b) Operaciones condicionadas | 21 | (5,5%) |
| (c) Operaciones prohibidas | 3 | (0,0%) |
| (d) Total de operaciones objetadas por la CNDC | 24 | (6,3%) |

* Información publicada por la CNDC en su memoria correspondiente a los años 1999 - 2000 - 2001 y 2002 - 2003 y 2004 disponible en www.mecon.gov.ar/cndc/memoria00/indice.htm, y sobre la base de carpetas disponibles para el público en la CNDC pero no confirmada por la misma CNDC.

| Estadísticas sobre el análisis de conductas entre septiembre de 1999 y diciembre de 2004 (134 conductas)* | | |
|---|----|----------|
| (a) Casos sancionados | 12 | (8,96%) |
| (b) Casos desestimados | 60 | (44,78%) |
| (c) Casos donde se aceptaron las explicaciones | 55 | (41,04%) |
| (d) Casos donde se aceptó compromiso de las partes | 7 | (5,22%) |

* Información publicada por la CNDC en su memoria correspondiente a los años 1999 - 2000 - 2001 y 2002 - 2003 y 2004 disponible en www.mecon.gov.ar/cndc/memoria00/indice.htm.

El número de casos examinados confirma el relativo desinterés de las autoridades por aplicar este instrumento, aun cuando esta legislación

“sólo puede ser efectiva en la medida en que actúa sobre casos relativamente aislados y patológicos⁶⁸.

Ya hemos señalado que existe notoria contradicción en los fundamentos que inspiran a los legisladores que dictaron la Ley de Abastecimiento y quienes sancionaron la Ley de Defensa de la Competencia.

Ambas normas integran lo que se denomina el derecho económico, cuyos límites no son tan precisos como los de otras ramas jurídicas. Ello no tiene mayor relevancia que su ubicación expositiva, sin consecuencias prácticas. Sin duda alguna, ambas regulaciones integran el derecho penal económico, aunque sea más evidente la integración de la primera al derecho administrativo económico y la exorbitancia de la segunda al campo del derecho penal.

La Ley 20.680 parte del supuesto de que los objetivos mencionados se obtienen a través de un control directo del sistema productivo, sea fijando los precios, los volúmenes de producción o cualquier otra variable económica. Se trata de una norma dirigista que, en lugar de sancionar conductas ilícitas, faculta a su autoridad de aplicación a legislar complementariamente en forma muy amplia y hasta sancionar no sólo conductas prohibidas sino también conductas obligatorias.

Las atribuciones emergentes de esta norma son mucho más amplias que las previstas en la Ley 25.156 de Defensa de la Competencia porque permiten a la autoridad de aplicación regular y dirigir toda la actividad económica y sancionar toda violación a la ley, a sus disposiciones reglamentarias y a las resoluciones que dicte en uso de las facultades que le otorga el art. 2°.

Es notorio y casi una verdad de Perogrullo que mientras en Estados Unidos y Europa la legislación antimonopólica constituye un instrumento legal y eficaz de política económica aplicada en un marco de independencia administrativa y judicial, en la Argentina, así como en otros países menos avanzados, no existe real convicción entre los

68 CABANELLAS, G. y ARANOVICH, F., *ibídem*, nota 56.

legisladores y funcionarios acerca de la utilidad de este mecanismo de protección de la libre competencia⁶⁹.

Generalmente, como hemos visto, en la Argentina se prefiere utilizar controles directos que otorgan a las autoridades de turno una facultad clarividente y mesiánica para regular por sí solas todos los mercados. Tal actitud se apoya en el desinterés de la propia sociedad en la materia, en su apoyo periódico a proyectos, planes e ideas de alto grado de personalismo que ignoran la importancia de las instituciones, su juego democrático y su control recíproco y balanceado como valores fundamentales del progreso en las sociedades modernas.

69 En el contexto de una política de defensa del mercado libre, los organismos que la aplican pueden analizar casos emblemáticos por la grave repercusión que las estructuras o las conductas anticompetitivas tienen sobre la economía en general y con sanciones ejemplificadoras. A ello parece referirse CABANELLAS cuando menciona “casos patológicos”. Un ejemplo son las sanciones aplicadas por un tribunal federal de Manhattan, New York en el caso “USA v. A. Alfred Taubman”. Se investigó a las empresas de subastas de arte Sotheby’s y Christie’s, acusadas de conspirar para acordar precios, comisiones y condiciones de venta. Taubman, un octogenario, presidente y accionista de Sotheby’s, cumplió 12 meses de cárcel en la prisión federal del Rochester Federal Medical Center, de Minnesota, sin privilegio ninguno y pagó una multa de US\$ 7.500.000. La ejecutiva Diane Brooks fue sentenciada a tres años de prisión en suspenso y una multa de US\$ 350.000 (MASON, CHRISTOPHER, “The Art of the Steal”, Berkley Brooks, 2004, pág. 360).

En la Argentina, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia sancionó recientemente a las empresas cementeras Loma Negra S.A., Cementos San Martín S.A., Petroquímica Comodoro Rivadavia S.A., Cementos Avellaneda S.A. y Juan Minetti S.A. por prácticas anticompetitivas (colusión para distribuir mercados geográficos y compartir información confidencial sensible) con multas que en total ascienden a \$310.000.000. El monto de la sanción es el más alto en valores absolutos y con relación a la facturación de las empresas involucradas, pues en el caso YPF (actualmente Repsol-YPF) la sanción por abuso de posición dominante en el mercado del gas licuado fue de \$110.000.000, siendo la facturación muchas veces mayor que la de todas las empresas cementeras. El monto de la sanción revela una actitud política persecutoria confirmada por la difusión insólita dada a la sanción a través de los medios de comunicación.

Nótese que la Comisión Europea impuso una sanción en el caso de las vitaminas por similares razones, que no excedía del 1% de las ventas de los laboratorios involucrados (Comp/E-1/37512, OJL6/1, noviembre 21, 2001), mientras que la multa impuesta por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia a Loma Negra llega al 27% de sus ventas.

Las normas sobre control de precios y defensa de la competencia son excluyentes y contradictorias: los objetivos, instrumentos, sanciones y hasta el fundamento jurídico y económico se oponen. A ello se agrega hoy la incertidumbre derivada de la vigencia total o parcial de la Ley 20.680 y, en su caso, de la posibilidad de que una conducta sea investigada y sancionada bajo dos normas distintas, lo que lleva al sistema jurídico en materia de derecho económico a una tensión inconveniente.