

**LA TRANSPARENCIA DEL MERCADO,  
UNA EXIGENCIA CONSTITUCIONAL**

*Comunicación de la académica de número María Angélica Gelli,  
en la sesión privada de la Academia Nacional de  
Ciencias Morales y Políticas, el 11 de octubre de 2017*



# **LA TRANSPARENCIA DEL MERCADO, UNA EXIGENCIA CONSTITUCIONAL**

Por la Académica DRA. MARÍA ANGÉLICA GELLI

## **SUMARIO**

1. Fundamentos económicos de la Constitución argentina
2. Acerca del mercado y sus participantes. El hecho y la norma
3. Los contradictores del mercado
  - 3.1. Prevenciones acerca de algunos mercados
  - 3.2. Los detractores defienden sus propios mercados
  - 3.3. Mercados bajo sospecha
  - 3.4. Los enemigos del mercado
4. Las asimetrías del mercado y la defensa de usuarios y consumidores
5. La transparencia de los mercados y cómo obtenerla

\*\*\*

## 1. Fundamentos económicos de la Constitución argentina.

Conviene, en primer lugar, precisar los términos. Antes de definir los fundamentos económicos de la Constitución argentina resulta necesario determinar el sentido en que se utilizará el concepto de «constitución».

Definida como ley suprema, desde una perspectiva positivista la constitución es la ley de base, la ley suprema que organiza el Estado y, en consecuencia, diseña las relaciones entre el poder y los destinatarios de éste. En el sistema de producción de normas jurídicas establece quién o quiénes y mediante cuáles mecanismos se sancionan las normas que rigen múltiples relaciones sociales. No todas, porque por más autoritario o dictatorial que sea el sistema político nunca podrá, en los hechos, regularlo todo. Por otro lado, los sistemas liberales y democráticos *no querrán* regularlo todo sin desvirtuarse a sí mismos. En términos de Kelsen la constitución establece cómo se crea el derecho positivo.<sup>1</sup> Con este significado toda organización social aun la más primitiva y menos estructurada tiene una constitución, siquiera la norma consuetudinaria que indica quien resuelve los conflictos en última instancia y cuál es el orden jerárquico de producción de normas, inclusive en las comunidades con normas poco numerosas y más simples.

En este sentido, la ley de base es neutra al valor o, dicho con más precisión, el análisis de qué es una constitución como ley de jerarquía superior de todo el sistema – aún en las culturas ágrafas- prescinde de la consideración de los valores o disvalores que la informan. La distinción entre norma y valor es metodológica, para reconocer una constitución –o una ley en su amplia acepción- no ontológica. Ello así porque son muy pocas las normas en las que en sustancia es indiferente que se actúe de una u otra manera. Por ejemplo, en la ordenación del tránsito da igual que se disponga la circulación por la derecha o por la izquierda. Sin embargo, como con agudeza lo señaló el Aquinatense “*justo legal es aquello que en principio nada importa que se haga de uno u*

---

<sup>1</sup> Cf. KELSEN, Hans –*Teoría Pura del Derecho*- EUDEBA. Buenos Aires, Argentina.

*otro modo, pero que sí importa una vez establecido*".<sup>2</sup> Aún quienes propician la separación tajante entre derecho y moral al momento en el que defienden una determinada normativa la sostienen en valores, por lo menos al momento de sancionarla. Claro que la sustancia, el contenido de esas valoraciones es lo que, luego, se pone en debate y se confronta.

En suma, la constitución, desde la perspectiva positiva, examina la norma de base vigente en una determinada sociedad global –a la que se denomina, en general, Estado- y se la suele identificar con el texto escrito en los casos usuales en que se la codifica y se la denomina de ese modo. En la República Argentina es el texto de 129 artículos y sus disposiciones transitorias una de las cuales, la primera, es la menos transitoria de todas.<sup>3</sup>

Por supuesto, toda constitución es tributaria de una axiología, de una idea de justicia, de manera expresa o implícita. Eso es lo que diferencia a unas de otras y lo que permite, precisamente, trazar una distinción por el ideario que las configura.

Puede considerarse un ejemplo notorio de la identidad proclamada entre la constitución y el ideario que la sostiene el que proviene de lo que en su hora dispuso el Art.16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en Francia. La disposición no pudo ser más explícita en ese sentido: *“Toda sociedad en la cual la garantía de estos derechos [los que enumera en los artículos anteriores] no está asegurada y la separación de poderes determinada no tiene constitución”*. Podríamos enmendarle la plana a los redactores de esta declaración señalando que, en todo caso, no tendrán una constitución liberal y republicana pero sí una norma de base, una fuente de creación del derecho y un

---

<sup>2</sup> Cf. TOMÁS de AQUINO –*Suma Teológica*- Madrid. BAC, 1956. Tratado de la Justicia. Questión 57. Artículo 2°.

<sup>3</sup> Cf. Cláusula Transitoria Primera, en la que la “Nación Argentina ratifica su legítima e imprescriptible soberanía sobre las islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes, por ser parte del territorio nacional. La recuperación de dichos territorios y el ejercicio pleno de la soberanía, respetando el modo de vida de sus habitantes, y conforme a los principios del derecho internacional, constituyen un objetivo permanente e irrenunciable del pueblo argentino”.

sistema jerárquico de normas. <sup>4</sup> Ello, desde luego, constituye una *descripción* del fenómeno, nunca una *justificación* de cualquier sistema político y jurídico. <sup>5</sup>

Pero, además, se ha dicho que detrás del texto constitucional laten “*los factores reales de poder*”. Se debe al abogado y político socialista *Ferdinand Lassalle* esa caracterización en la que describió otra identidad con estas palabras: “*Los problemas constitucionales no son, primariamente, problemas de derecho, sino de poder, la verdadera Constitución de un país sólo reside en los factores reales y efectivos de poder que en ese país rigen. Y las Constituciones escritas no tiene valor, no son duraderas más que cuando dan expresión fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social*”. <sup>6</sup>

Claro que para *Lassalle* no todos los factores de poder tienen igual peso. La pequeña burguesía y la clase obrera, según el autor, no se levantarían con éxito en defensa de sus derechos políticos pero, si se tratase de sus libertades sin más, si la libertad personal estuviera en juego, la resistencia no se haría esperar. <sup>7</sup>

No es la cuestión aquí discutir la tesis del autor o las conclusiones a la que lleva esa tesis. Pero sí resulta necesario señalar una matización que se puede formular acerca de los factores reales de poder y la constitución. Si bien se mira, el análisis de *Lassalle* pone el foco en la realidad social, en los hechos y su peso sobre lo jurídico. Y en este punto cabe afirmar que la constitución es, también un hecho social. Ello, de dos maneras, sino de tres. En primer lugar, al momento de dictarse la Ley Suprema, las fuentes materiales en términos de intereses y valores se imponen por sobre

---

<sup>4</sup> Quienes se titularon representantes del pueblo francés, según lo interpretaban, no estaban dando un catálogo de derechos para Francia sin para *todos* los hombres y *todos* los ciudadanos y exponiendo “en una declaración solemne, los derechos *naturales, inalienables y sagrados*”.

<sup>5</sup> Los ejemplos de sistemas constitucionales cuestionados por la afectación grave de los derechos y dignidad de la persona human sobran: la esclavitud en EEUU o de la segregación racial en Sudáfrica.

<sup>6</sup> Cf. LASSALLE, Ferdinand -*¿Qué es una Constitución?*- Editado por **elaleph.com**. 1999.

<sup>7</sup> Cf. LASSALLE, Ferdinand, Ob. Citada. Pág. 41 y 42.

las fuentes formales, es decir, los sujetos que la escriben, que dictan la constitución o establecen sus reformas. Estos sujetos constituyentes pueden coincidir con esos intereses e idearios o pueden actuar dominados por ellos. En segundo término, al momento de su interpretación para ser aplicada -a fin de legislar o resolver conflictos por parte de la magistratura judicial- la constitución -aunque se respete la legalidad que ella supone- exhibe los alcances y límites de sus disposiciones. Por otra parte, en tercer lugar, puede suceder que algunos factores de poder acepten formalmente las disposiciones de la constitución sancionada y vigente y, al mismo tiempo, puestas en juego creencias y culturas arraigadas, se las distorsione en los hechos.

Pues bien, la Constitución argentina, el texto normativo de la Ley Suprema, sus 129 artículos actuales, es fruto de un ideario que se ha enriquecido en las sucesivas etapas por las que atravesó y, también es, para bien o para mal, un hecho social, más cerca o más lejos de las normas sancionadas y vigentes. Uno de sus rasgos salientes es el de los controles entre poderes, horizontales y verticales en la terminología de *Loewenstein*.<sup>8</sup>

Esta comunicación -*La transparencia del mercado, exigencia constitucional*- refiere tanto a las disposiciones normativas de la Constitución Nacional -cuya legitimidad de origen y, en general, de contenido no se discute en la República Argentina- como al ideario que llevó a sancionarla. Ideario que plasma los fundamentos económicos en la Ley Suprema -expresos o implícitos- y el papel del Estado en la economía en particular. Porque las instituciones constitucionales también son instituciones económicas.

Pese a ello y dadas las impugnaciones que recibe el mercado, la competencia y la gestión estatal que se pretenda eficaz y eficiente tildándolas de *neoliberales* es apropiado, así lo considero, examinar los fundamentos económicos de la

---

<sup>8</sup> Cf. LOEWENSTEIN, Karl -*Teoría de la Constitución*- Traducción y estudio de Alfredo GALLEGRO ANABITARTE. Colección Demos. Ariel. Barcelona. España. Segunda edición, marzo de 1976. Pág. 149 y ss.

Constitución Nacional a partir de los idearios que la forjaron desde sus orígenes en 1853 y lo que quedó de ellos después de la hasta ahora última reforma constitucional de 1994, siquiera en una muy prieta síntesis. Porque, debe señalarse, esas impugnaciones se efectúan al mismo tiempo en que se valida la Constitución vigente, quizás por lo que resultó de la jerarquía constitucional de los Tratados de Derechos Humanos en 1994 o de algunos *derechos nuevos*, como los reconocidos a los usuarios y consumidores y los derechos y obligaciones del ambiente.<sup>9</sup>

En la primera etapa, la Constitución histórica de 1853 consagró la república democrática en un Estado liberal, en el que la persona fue considerada centro de derechos y responsable de sus actos, precisamente, porque se la suponía un ser libre por naturaleza y se le reconocían derechos anteriores a la formación de la organización estatal. Por otra parte, en esa primera etapa el Estado lo era todo, *menos prescindente*. En la constitución originaria, las disposiciones clave en lo que aquí interesa, fueron las que declararon los derechos económicos para los habitantes; Art. 14 –derechos de trabajar y ejercer toda industria lícita, de navegar y comerciar-; Art. 17 –establecieron las garantías de la propiedad-, las disposiciones que definieron el sistema impositivo y los límites provinciales en materia de tributos, y la cláusula para el progreso del hoy Art. 75, inc. 18 de la Constitución.

En la segunda etapa se incorporó el ideario constitucional del Estado Social de Derecho que, en nuestro país, transitó dos momentos particularmente rípidos y no exentos de controversias atendibles acerca de la legalidad democrática y federal que exhibieron esas reformas. En primer lugar, se sancionaron las reformas de 1949 –en realidad una nueva Constitución en las que se establecieron modificaciones muy intensas acerca del papel del Estado en la economía y, conviene recordarlo, estableciendo mayores atribuciones del Estado nacional en detrimento de las provincias. En segundo término y merced a un proceso en el que se quebró la lógica de la antecedentes pues fue convocado por un

---

<sup>9</sup> Es un modo de leer parcialmente la Constitución Nacional, privilegiando las normas que se comparte y desestimando las demás.



gobierno de *facto*, se incorporaron las reformas introducidas en 1957. Esta última fue la que sobrevivió y dejó su marca en el Art. 14 *bis*.<sup>10</sup>

Por fin, la etapa iniciada en 1994. Surge de ella un Estado responsable por el aseguramiento, en el orden interno, de los nuevos derechos y garantías, algunos en verdad novedosos, otros, en cambio, llevados a la letra constitucional. En el orden interno, la jerarquía constitucional de los Tratados de Derechos Humanos y la jurisdicción internacional -en realidad y con más precisión, la jurisdicción regional- han diseñado lo que hoy se denomina, Estado Convencional de Derecho abriendo planteos en una cuestión todavía abierta y sin consolidar. Por otra parte, se amplió el poder de policía de bienestar establecido en el Art. 75, inc. 19 y, en lo que a esta comunicación interesa -para sorpresa de muchos liberales- se reconoció al *mercado*, por primera vez y de modo expreso, en el Art. 42 de la Constitución Nacional.

Esos tres idearios convergen en la Constitución argentina; definen un sistema político y económico; no están exentos de controversias en su necesaria armonización y muestran, así lo interpreto, una riqueza de alternativas y opciones económicas, en el marco de la libertad y el progreso en una sociedad que es plural.

---

<sup>10</sup> La reforma constitucional de 1949 fue cuestionada en su legalidad por incumplir el proceso establecido en el Art. 30 de la Ley Suprema. La reforma introdujo el concepto de la *función social* de la propiedad (Art. 38); declaró *derechos sociales* -entre los que no se incluyó el derecho de huelga- nacionalizó las fuentes de energía y las puso en manos del Estado Nacional (Art.40). Pero, además, diseñó un Estado que podía *intervenir* -mediante el dictado de leyes- en la economía y *monopolizar* determinada actividad, en salvaguarda de los intereses generales y dentro de los límites fijados por los derechos fundamentales asegurados por la Constitución (Art. 40). En este modelo, el Estado asumía las formas de gestor poderoso y primario de la economía reservando para sí la importación y exportación de bienes. Además, los servicios públicos se declaraban pertenecientes originariamente al Estado y «bajo ningún concepto» podían enajenarse o darse en concesión.

Estas enmiendas fueron abrogadas por el gobierno de *facto* en 1956 quien llamó a una convención constituyente, con ilegitimidad de origen y bajo la proscripción del Partido Justicialista. La principal reforma de 1957 fue la incorporación del Art. 14 *bis* con un rango de derechos sociales mucho mayor que el que estableció la reforma de 1949.

## 2. Acerca del mercado y sus participantes. El hecho y la norma

El mercado es, en primer término, un hecho. Un hecho palpable, tangible, reconocible en cualquier lugar y circunstancia. Pequeño o poderoso, nacional o global.

En el mercado convergen intereses que tienden al equilibrio entre los oferentes y los demandantes, los consumidores y usuarios en la terminología constitucional. Pero, a la vez, confluyen intereses antagónicos entre la pluralidad de quienes ofrecen bienes y servicios, quienes compiten por una porción significativa del mercado y pueden reclamar barreras de entrada para desplazar posibles competidores. También los consumidores y usuarios pueden disputar entre sí, según sea lo que demanden, cómo lo demanden, a quienes lo demanden y, en especial, *a quienes desplacen* para obtener lo que pretenden. Este es, quizás, uno de los aspectos que menos se han examinado ante la opinión pública.

Dicho de otro modo, los mercados son complejos y conflictivos. Y en ellos se vota todos los días, eligiendo y desechando. Sin duda, no ayuda al esclarecimiento de esa complejidad y al arbitraje que debe de ejercer el Estado entre ellos - cada uno de sus poderes en el área de sus respectivas atribuciones - el que se los presente como conflictos ideológicos en defensa de idearios nobles, a fin de dotar de *legitimidad* al interés que se defiende. No se trata, necesariamente, de intereses espurios sino de los que están sostenidos, al menos en parte, por derechos y valores constitucionales pero, no por eso, dejan de ser intereses muy concretos.

Aunque, por cierto, no se trata de una cuestión exclusiva del país, en la República Argentina se suele ser muy creativo a la hora elaborar mensajes que apelan a los sentimientos o a las creencias arraigadas en resguardo de intereses sectoriales. Recuérdese, a título de ejemplo, la «defensa de la mesa de los argentinos» a fin de restringir exportaciones; «el dólar competitivo» para establecer las barreras de ingreso de productos del exterior en defensa, se dice, de

las industrias locales; la «salud de la población» a fin de no pagar patentes farmacéuticas.<sup>11</sup>

En consecuencia de ello, el mercado recibe la atención de las normas jurídicas tal como otras tantas relaciones sociales y, en ocasiones, como sucede en la República Argentina, de la Constitución Nacional. Debe recordarse que como ya se señaló, toda constitución establece una estructura política, social y económica.

De ese modo, en materia económica, y acerca de la Constitución argentina cabe sostener que la histórica de 1853 hizo pie en los valores de la libertad. Fue una constitución liberal pero no individualista. Lo sigue siendo, aunque se le añadieron los valores del constitucionalismo social, la axiología de los derechos humanos y la responsabilidad internacional del Estado por violación de esos derechos. Diría que en esa primera Constitución se aseguró la libertad económica y se exigió responsabilidad de los agentes económicos, con un Estado *árbitro razonable* entre los intereses y gestor del bienestar general.

Pueden señalarse dos ejemplos tempranos –y a mi modo de ver, paradigmáticos– de la aplicación concreta de ese sistema de libertad económica y, a la vez, de responsabilidad empresarial y atribuciones estatales con la finalidad de asegurar el progreso, el bienestar y la salubridad de la población –hoy diríamos, en este último caso, de protección del ambiente– en las sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “*Varios puesteros próximos al Mercado del Centro*” (1866) y “*Los saladeristas Podestá c/Provincia de Buenos Aires*” (1887).<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Cf. DIÉZ PICAZO, Luis –*Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*– 3ª edición corregida y puesta al día. Ariel. Barcelona. España, 1993. Pág. 10 y ss.

<sup>12</sup> Cf. “*Varios puesteros próximos al Mercado del Centro c/Empresario del mismo mercado*”.. Fallos 3: 468 (1866) y “*Los saladeristas Podestá c/Provincia de Buenos Aires*”. Fallos 31: 272 (1887).

“*Varios Puesteros*” ya fue citado por mi en la comunicación presentada ante esta Academia en 2015.<sup>13</sup> Me permito recordar el precedente judicial con algunas puntualizaciones adicionales. En el caso, la Corte Suprema confirmó por sus fundamentos una sentencia del juez de la instancia anterior al Tribunal en la que se sostuvo que la libertad de ejercer industria lícita “no importa la inhibición de reglamentar su ejercicio y aún limitarlo por causa de utilidad general, según el [entonces vigente] art. 67, inc. 16 [hoy Art. 75, inc. 18] de la Constitución Nacional, en tanto esta disposición otorga al Congreso la facultad de “promover la prosperidad del país, y el adelanto y bienestar de las provincias por leyes protectoras y por concesiones temporales de *privilegios* y recompensas de estímulos”.<sup>14</sup> El conflicto, en el caso, se había desatado por la prohibición de establecer puestos de venta de productos similares a los que comercializaba el empresario, en un radio geográfico específico que se había concedido al dueño del Mercado, libre de esa eventual competencia, en calidad de *privilegio de estímulo*.

Este privilegio –no derecho, lo enfatizo- se justificó en la atribución de reglamentar lo referido a la seguridad, la salubridad, el ornato, la limpieza y el fomento de la ciudad, objetivos que como surge del debate en el proceso judicial, podía incluir el establecimiento de mercados protegidos. Pero, además, se dijo en la sentencia de grado –que la Corte Suprema convalidó en todos sus términos- que “como dice Colmeiro «en los mercados, el comercio especula, los consumidores se proveen de objetos que la *concurrencia abarata*, y el impulso que dan a los consumos es un estímulo de la producción, y son gran elemento de la vida industrial»”.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> Cf. GELLI, María Angélica –*Educación y Cultura, espejos de la política argentina- completar*.

<sup>14</sup> Cf. consid. 3º de la sentencia de grado en “*Varios puesteros próximos al Mercado del Centro c/ Empresario del mismo mercado*” que la Corte Suprema hizo suyo. Voto de los jueces que conformaron la primera Corte Suprema: Francisco de Las Carreras, Salvador María del Carril, Francisco Delgado, José Barros Pazos y José B. Gorostiaga. *Fallos* 3: 468 (1866).

<sup>15</sup> Cf. consid. 8º de la sentencia de grado en “*Varios puesteros*”. Bastardillas agregadas.

Por su parte, quienes habían demandado -puesteros que pretendían beneficiarse de la densidad de la demanda que proveía la instalación del Mercado- sostuvieron la imposibilidad absoluta de limitar los derechos económicos y alertaron acerca de los perniciosos efectos de la concentración económica que generaba la reglamentación cuestionada, al prohibir, ésta, la competencia que podían multiplicar los puesteros instalados en las inmediaciones del Mercado. Pese a esos argumentos muy liberales, la magistratura judicial entendió que existían motivos razonables para mantener la concesión acordada, aunque ello implicaba para esa actividad específica y en un radio geográfico determinado, según lo interpreto, la existencia de un monopolio legal.

En “*Los saladeristas Podestá*”, en cambio, se había revocado el permiso para mantener la industria de los saladeros en una zona urbanizada con posterioridad y en virtud de la cual se generaba daño a la salud de los pobladores. No obstante, el Estado había tomado la medida de clausura luego de brindar a los empresarios varias oportunidades para adecuar su industria a las necesidades sociales emergentes. Finalmente, la Corte Suprema convalidó, en todos sus términos, la decisión que había tomado la Provincia de Buenos Aires.

En la controversia puede observarse la actuación de varios poderes estatales. Según surge de la sentencia, el gobierno provincial había concedido a los demandantes un plazo a fin de que adecuaran los saladeros a los requerimientos de la salud de la población. Se les exigía, en suma, que aplicaran medidas de higiene pública para que cesara la contaminación. Como la situación no se revirtió, el gobierno les prohibió seguir arrojando desechos al río y, por fin, ordenó la supresión total de faenas de ganado ante la manifestación de los mismos saladeristas acerca de que les resultaba imposible adecuarse a esas exigencias.

El conflicto dio origen a la sanción de una ley en la Provincia de Buenos Aires que dispuso la clausura de los saladeros del Riachuelo por afectar la salud de la población. En consecuencia de esta norma, los actores solicitaron una indemnización invocando *derechos adquiridos* emergentes de la autorización con la que

contaban para operar los saladeros y el principio de confianza legítima en que esos derechos adquiridos se mantendrían.<sup>16</sup>

Resultan muy esclarecedores los argumentos empleados por la Corte Suprema para convalidar la medida provincial. Sostuvo el Tribunal que la autorización para faenar se había concedido “bajo la *condición implícita de no ser nociva para los intereses generales de la comunidad* pues *ninguno puede tener un derecho adquirido a comprometer la salud pública y esparcir en la vecindad la muerte y el duelo con el uso que haga de su propiedad, y especialmente con el ejercicio de una profesión o una industria*. La autorización a un establecimiento industrial está siempre fundada en su presunción de inocuidad y no obliga al gobierno cuando esa presunción ha sido destruida por los hechos, pues en tal caso, el deber que sobre él pesa de proteger la salud pública contra la cual no hay derechos adquiridos, recobra toda su fuerza, y no solamente puede imponer al establecimiento nuevas condiciones, sino retirar la autorización concedida, si éstas no se cumplieran o fuesen ineficaces para hacerlos completamente inocuos”.<sup>17</sup>

El fallo resultó relevante como precedente porque, tal como se expresó en la sentencia, el gobierno provincial había otorgado plazo a los saladeristas para que se adecuaban a las reglas de la higiene dado que los industriales desarrollaban una actividad entonces esencial para el país, como lo era el comercio de carnes. En palabras que consignó la sentencia, el gobierno, antes de la clausura definitiva, había autorizado la reapertura de los saladeros a fin de “evitar que se interrumpiera el envío regular de nuestros productos rurales a los mercados de su consumo, lo que no podría verificarse sin traer un desequilibrio en los cambios, y graves

---

<sup>16</sup> La “confianza legítima” constituye una derivación de la buena fe e implica la obligación del Estado de no ir en contra de los propios actos. Cf. el excelente estudio de COVIELLO, Pedro J.J. –*La protección de la confianza legítima*- Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2004.

<sup>17</sup> Cf. consid. Tercero, Cuarto y Quinto de “*Los saladeristas Podestá c/Provincia de Buenos Aires*”. Voto unánime de los jueces de los jueces José B, Gorostiaga, José Domínguez, Uladislao Frías y Federico Ibarguren. *Fallos* 31: 272 (1887). (Bastardillas agregadas). Examiné la sentencia en MILLER, Jonathan – GELLI, María Angélica – CAYUSO, Susana –*Constitución y Derechos Humanos*- Tomo 2. Buenos Aires, Astrea, 1991. Pág. 1239/47.

trastornos en la primera de nuestras industrias”. Pese a esta circunstancia y en razón de que la afectación grave de la salubridad pública no se acomodó, la Corte avaló la decisión estatal. Se diría que la Corte Suprema utilizó un examen de razonabilidad, siquiera incipiente, por los costos y beneficios del control que realizó.

La sentencia, así lo interpreto, debe leerse con cuidado y considerarse cada vez que se susciten dilemas semejantes. Las decisiones que se tomaron en “*Los saladeristas Podestá*” por parte de los poderes políticos y la magistratura judicial lo fueron bajo los parámetros de la muy liberal Constitución histórica y sin que en ésta existiesen las declaraciones expresas en materia ambiental dispuestas, mucho más tarde, en el Art. 41 de la Ley Suprema.<sup>18</sup>

Por su lado, la reforma constitucional de 1994 a más de declarar derechos y obligaciones en materia ambiental y una nueva distribución de competencias entre el Estado federal y las provincias en esa cuestión- se ocupó, expresamente y por primera vez, del mercado y los controles que deben de efectuar las «autoridades».

El Art. 42 de la Ley Suprema declaró los derechos de usuarios y consumidores en una disposición que, a la vez, estableció una obligación de las autoridades, la de proveer a la *defensa de la competencia contra toda forma distorsión de los mercados*. En consecuencia, sobre las autoridades, sobre todas ellas, incluida la magistratura judicial, pesa la obligación de no distorsionar los mercados con sus decisiones.

Cabe señalar que tal como se dispuso al establecer la garantía del *Hábeas Data* en el Art. 43 de la Constitución Nacional, sucede algo similar con la defensa de la competencia normada en el Art. 42 de la Ley Suprema. En efecto, la protección de los datos personales a fin de resguardar una serie de derechos que podrían

---

<sup>18</sup> El fallo fue invocado, entre otras fuentes, como fundamento de la decisión en un amparo contra la contaminación sonora en las viviendas y edificios públicos cercanos a una autopista. Cf. consid. XIV de “*Barragán, José Pedro y otros c/ Autopistas Urbanas S.A. y otros s/amparo*”. Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA; Sala I (3/10/2003).

vulnerarse con la registración de esos datos, implica el derecho de terceros –con límites y controles, desde luego- a registrar datos y difundirlos. De la misma manera, la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, supone la existencia normada y protegida de esos mercados.

El Art. 42 de la Constitución dispone:

“Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la

“relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses

“económicos; a una información veraz; *a la libertad de elección* y a condiciones

“de trato equitativo y digno.

“*Las autoridades proveerán* a la protección de 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 usuarios.

“La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y

“solución de conflictos, y los marcos regulatorios de competencia nacional,

“previando la necesaria participación de consumidores y usuarios y de las

“provincias interesadas, en los organismos de control”.<sup>19</sup>

La normativa es clave para la interpretación de los fundamentos económicos de la Constitución y se une a las demás disposiciones ya citadas, incorporadas a la Ley Suprema en 1853 y

---

<sup>19</sup> Bastardillas agregadas.



en 1994. El artículo transcrito, aunque no afecta los principios económicos de la Constitución histórica en punto a las libertades reconocidas en esa materia, produjo - puede producir- un gran impacto en el entramado de relaciones económicas. En efecto, la nueva normativa diseñó perfiles diferentes –aunque no antagónicos- de las personas y sus derechos; del Estado –quizás no menos Estado, sino mejor Estado- y de los factores de poder económico.<sup>20</sup>

Va de suyo, también, que el Art. 14 *bis* sancionado en 1957 al declarar los derechos de los trabajadores, de los gremios y de la seguridad social origina, del mismo modo, impacto económico, siquiera indirectamente. Ello en consecuencia de las leyes dictadas o que puedan sancionarse para reglamentar tales derechos o de las interpretaciones jurisprudenciales, como se verá.

Del artículo 42 de la Constitución Nacional, transcrito párrafos arriba surge, en primer lugar, la necesidad de controlar los monopolios legales y naturales, aunque los admite –o los abusos de posición dominante-; de asegurar la defensa de la competencia, y de sancionar reglas claras y permanentes para evitar la *colonización* del Estado por diversos grupos de interés.

Al Art. 42 debe agregarse lo dispuesto en los dos primeros párrafos por el Art. 75, inc. 19 de la Constitución también incorporado en 1994 y que como ya se señaló, amplían el poder de policía de bienestar. Esta norma establece que:

“Corresponde al Congreso:

“Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con

“justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación

“de empleo, a la formación profesional de los trabajadores,

---

<sup>20</sup> He examinado la cuestión en GELLI, María Angélica - *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*. Cuarta Edición, ampliada y actualizada. La Ley, Buenos Aires. Septiembre de 2008. 8ª reimpresión, 2015. Tomo I pág. 505 y 580.

*a la defensa del*

“*valor de la moneda*, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico,

“su difusión y aprovechamiento.”<sup>21</sup>

“Preveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su

“*territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el*

“*desigual desarrollo relativo de provincias y regiones.*

Para estas iniciativas, el

“Senado será Cámara de origen.”

Como se advierte, esta atribución del Congreso federal es de fines. No se indican medios específicos. En consecuencia, se reconoce al Poder Legislativo la posibilidad de elegir alternativas varias y, entre estas, opciones específicas a fin de seleccionar los instrumentos más adecuados para el logro de esos objetivos. Establecer, en suma, políticas conjuntas, alternativas o sucesivas a fin de lograr el bienestar general a través de la legislación que sancione y que usualmente proyecta el Poder Ejecutivo.

La elección de una u otra política tiene efectos sobre el alcance de los derechos económicos porque los «privilegios de estímulo» o «las políticas diferenciadas entre provincias y regiones», por citar sólo dos de las atribuciones del Congreso, pueden interferir en los mecanismos del *mercado* y pueden llegar hasta la creación de *monopolios legales*. En otras palabras, esas políticas nunca resultan neutras para la expansión o limitación de determinados derechos económicos. Las atribuciones referidas dispuestas para procurar el bienestar general, cabe reiterarlo, son conferidas al Poder Legislativo aunque la iniciativa gubernamental trace y proyecte los lineamientos del programa específico que la Administración se proponga desarrollar presentando proyectos de leyes.

---

<sup>21</sup> Bastardillas agregadas.

Los medios elegidos, en consecuencia, deben de armonizarse con los derechos mencionados en el Art. 42 de la Constitución Nacional y, en caso de que la legislación deje espacio para la reglamentación ejecutiva, el poder administrador debe obrar como actuaría un buen gobierno, practicar la *gobernanza*, derecho reconocido por la Carta Europea de Derechos Fundamentales (2000).

La defensa del valor de la moneda que la Constitución atribuye al Congreso, tiene una resonancia especial en la defensa de la competencia porque la desvalorización continua de aquella, desequilibra los mercados y torna en altamente vulnerables a quienes demandan, en esos mercados, con menor potencial económico y, por ende, menor capacidad de arbitraje entre precios. Ya se sabe, la República Argentina ha padecido un constante proceso inflacionario desde mediados de la década del cuarenta, algunos períodos breves de estabilidad de la moneda y dos hiperinflaciones muy breves pero de efectos devastadores sobre la población y la economía. Tal como lo expresó el académico *Solanet* “la inflación galopante no es necesariamente hiperinflación. La característica esencial del fenómeno con esta denominación, es la huída del dinero”.<sup>22</sup> Dicho de otro modo, la hiperinflación produce el rechazo de la moneda nacional. Las causas del fenómeno se discuten pero, al menos, puede coincidirse en que algún efecto importante tiene el déficit fiscal sobre la desvalorización de la moneda y que bajo procesos inflacionarios los mercados se distorsionan sin remedio.

Sin embargo, pese al reconocimiento en la Constitución Nacional y de las obligaciones de las autoridades establecidas al respecto, el mercado tiene contradictores en la República Argentina, como se verá. En algunos suscita sospechas y prevenciones, no sobre todos ellos sino, en mayor medida, acerca de los mercados globalizados, los oferentes concentrados o los que provocan daños ambientales. Otros son los detractores, al mismo

---

<sup>22</sup> Cf. SOLANET, Manuel A. –*La hiperinflación del 89-* Lumiere 1° edición. Buenos Aires. República Argentina. Pág. 13 y 17.

tiempo que defienden su propia posición en el mercado. Por fin, el mercado tiene enemigos, entre quienes lo defienden y entre los que lo combaten.

En este punto, permítaseme un paréntesis. Ya esbozado y en elaboración el análisis que presento, tuve la fortuna de escuchar en este recinto la comunicación del académico *Rodolfo Díaz* acerca de los años noventa en nuestro país. A propósito de la exposición del académico *Díaz* –testigo privilegiado de aquellos años– intervinieron los académicos *Manuel A. Solanet* y *Ricardo López Murphy* en el debate económico que se suscitó sobre la convertibilidad de la moneda y a la posibilidad de que se mantuviera en el tiempo sin desatar la grave crisis que padeció el país con el abandono del sistema. El intercambio de opiniones y fundamentos fue riquísimo. Los académicos *Díaz* y *López Murphy* sostuvieron que era posible, técnicamente, mantener el régimen monetario de entonces. Creí advertir dudas técnicas en el académico *Solanet*. Pues bien, a esas razones estratégicas, de peso, con las cuales ellos nos ilustraron ¿cabría añadir las actitudes y comportamientos sociales, que habían perdido la fe en el Estado para resolver la crisis, aunque fueran inducidos a ello por algunos sectores políticos y económicos? ¿Los hábitos colectivos y las creencias populares, tuvieron algún efecto? Volveré sobre la influencia de estos factores.

### **3. Los contradictores del mercado**

#### **3.1. Prevenciones acerca de algunos mercados**

En la Encíclica *Laudato Sí*, del Papa *Francisco*, se condensan muchas prevenciones acerca del mercado, de algunos mercados y de los efectos nocivos que pueden generar en la sociedad y en el ambiente humano. Pero no he leído allí, una condena en términos absolutos de todos los mercados aunque sí un

interés notorio acerca de ellos.<sup>23</sup> Dada la trascendencia de la voz del Pontífice -no sólo entre los católicos- y el modo en que se arguye, en la República Argentina, acerca de cuestiones de trascendencia para la sociedad en base a su pensamiento, me he permitido examinar lo que dijo sobre los mercados en esa Encíclica, a propósito de su preocupación por lo que denominó la “casa común de todos”.

Si no he contado mal, Francisco se refirió de manera expresa al mercado en catorce de los párrafos del Documento. En alguno de ellos más de una vez.

Los cuestionamientos mayores hicieron foco en dos problemas. En primer lugar, en un bien escaso y esencial para la vida y la dignidad humana: el agua potable y segura y en la necesidad de excluirla, por esa misma razón, de las reglas del mercado. Lo sostiene con estas palabras: “en realidad, *el acceso al agua potable y segura es un derecho humano básico, fundamental y universal, porque determina la sobrevivencia de las personas, y por lo tanto es condición para el ejercicio de los demás derechos humanos*”. Al mismo tiempo, el Pontífice advierte acerca de un fenómeno global que requiere atención y educación: el derroche del agua no sólo en los países desarrollados sino también en aquellos menos desarrollados que poseen grandes reservas.<sup>24</sup>

Debo decir que la directiva no se opone al ordenamiento jurídico de la República Argentina pues la magistratura judicial ya ha declarado que el acceso al agua es un derecho humano. En su consecuencia, se ha dispuesto que el Estado –o el concesionario- no tiene atribuciones para suprimir el servicio por la falta de pago del usuario, si éste no tiene capacidad para sufragarlo.<sup>25</sup> La regla se inscribe en el principio de solidaridad –la justicia social que se

---

<sup>23</sup> Cf. FRANCISCO, Papa –*Laudato Sí: sobre el cuidado de la casa común*– Roma, 24 de mayo de 2015.1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Conferencia Episcopal Argentina. Oficina del Libro. 2015.

<sup>24</sup> Cf. FRANCISCO, Papa –*Laudato Sí*. Párr. 30.

<sup>25</sup> Cf. “*U.M.T. c ABSA s/amparo*”. Juz. Contencioso Administrativo N° 1 – Dpto. Judicial de La Plata (21 de marzo de 2005). Citar los otros casos sobre contaminación y acceso cercano y el de la Corte Suprema.

deriva de uno de los objetivos de la Constitución Nacional- y de lo dispuesto en el primer párrafo del Art. 75, inc. 19 de la Ley Suprema en punto a la atribución del Congreso de «proveer al progreso económico con justicia social». La solución, desde luego, debe de ir de la mano con el cumplimiento estricto, por parte de los demás usuarios, de la obligación del pago del servicio para concretar el principio de solidaridad y no sólo declamarlo.<sup>26</sup>

En segundo lugar, Francisco considera que el mercado por sí solo no provee el desarrollo y reconviene a los mercados sin reglas a los que incluye entre los «mitos» de la modernidad o al “mercado divinizado, convertido en regla absoluta” que daña lo que es frágil como el medio ambiente”.<sup>27</sup> Con cita del Papa Benedicto XVI controvierte que “el hambre y la miseria en el mundo simplemente se resolverán con el crecimiento del mercado” pues “el mercado por sí mismo no garantiza el desarrollo humano integral y la inclusión social”.<sup>28</sup> Es decir, refuta el criterio del «derrame» del crecimiento sobre todas las personas, en especial sobre los más vulnerables. Dentro de la cultura del relativismo incluye a quienes dañan a la naturaleza y a sus semejantes y proponen “que las fuerzas invisibles del mercado regulen la economía, porque sus impactos sobre la sociedad y sobre la naturaleza son daños inevitables”.<sup>29</sup>

Aunque el punto es controversial –y más allá de la intervención que cabe al Estado para remediar esos problemas con políticas sociales controladas que corrijan las asimetrías- debe recordarse lo que aquí se dijo por los académicos, a propósito de la comunicación presentada por el académico *Adalberto Rodríguez Giavarini* acerca de que al negar, de modo rígido, la teoría del «derrame» se desconoce el hecho notorio de que ese crecimiento

---

<sup>26</sup> Las críticas a los aumentos tarifarios partieron de variados sectores sociales, entre ellos algunos con recursos para afrontarlos.

<sup>27</sup> Cf. FRANCISCO, Papa –*Laudato Sí*. Párr. 210 y 56, respectivamente.

<sup>28</sup> Cf. FRANCISCO, Papa –*Laudato Sí*. Párr. 109.

<sup>29</sup> Cf. FRANCISCO, Papa –*Laudato Sí*. Párr. 123.

global sacó a miles de personas de la pobreza y el subdesarrollo.<sup>30</sup> En esa línea se ha sostenido, y lo comparto, que constituye un error atribuir a la economía global la desigualdad ignorando cuánto crecieron en las últimas décadas los países emergentes y, al mismo tiempo, olvidado los estragos que sobre los más pobres causaron los populismos en América latina.<sup>31</sup>

Por último, una reflexión acerca de la racionalidad instrumental de costos y beneficios que cuestiona el Pontífice,<sup>32</sup> sumado a la defensa de los mercados plausibles y beneficiosos –de pequeños productores– plenos de dificultades y en los que se hace difícil ejercer la libertad económica.<sup>33</sup>

La crítica a la racionalidad técnica de los costos y beneficios tiene en la República Argentina especial repercusión. Baste con señalar el fracaso de la Unidad de Análisis Económico creada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y hoy desactivada. Esa Unidad debía realizar los estudios económicos necesarios y la evaluación de los efectos que podrían producirse en las variables económicas, como consecuencia de las decisiones que eventualmente tomara el Tribunal en los procesos en trámite.<sup>34</sup> No discuto aquí la pertinencia de ese análisis, ni el eventual alcance que debería o no tener, ni la constitucionalidad de examinar los efectos económicos de las decisiones que tome la Corte Suprema desde que el Tribunal debe de resolver casos concretos ajustándose a la ley, salvo que la considere irrazonable. O del eventual desplazamiento de la responsabilidad sobre el contenido de la sentencia que se dicte –no digo que haya sido esa la intención– a fin de obtener una legitimación adicional frente a la sociedad en

---

<sup>30</sup> Cf. RODRÍGUEZ GIAVARINI, Adalberto –*Francisco en la política internacional*– Comunicación privada en la Academia de Ciencias Morales y Políticas. Buenos Aires. República Argentina. 26 de abril de 2016.

<sup>31</sup> Cf. el ponderado análisis de LLACH, Juan J. –*La globalización no tiene la culpa*– Diario La Nación. Opinión. Buenos Aires. 15 de marzo de 2017. Pág. 33.

<sup>32</sup> Cf. FRANCISCO, Papa –*Laudato Sí*. Párr. 190 y 195.

<sup>33</sup> Cf. FRANCISCO, Papa –*Laudato Sí*. Párr. 129.

<sup>34</sup> Cf. Acordada 36/09 CSJN. (9 de septiembre de 2009). Decisión unánime de los jueces LORENZETTI, HIGHTON de NOLASCO, FAYT, MAQUEDA, ARGIBAY y PETRACCHI.

general. Como quiera que sea, la Unidad proyectada por la Corte concitó el amplio rechazo de algunos sectores de la abogacía.<sup>35</sup>

Sin embargo, un análisis de los costos y beneficios de los instrumentos que deben de emplearse o desestimarse por la legislatura, la administración o la magistratura judicial, no se agota sólo en la consideración de esos eventuales costos y beneficios económicos o financieros. Por eso conviene diferenciar qué tipo de costos y beneficios –personales, sociales, por sector afectado, o por sectores entre sí- se tomarán en cuenta para aplicar control de razonabilidad sobre las medidas instrumentadas por cada poder. Me hago cargo que quienes con más amplitud deben de efectuar ese examen son los poderes políticos –legislativo y administrativo-emergentes de las elecciones populares ya que puede ocurrir que una norma legal o administrativa beneficie a un colectivo de personas pero, por la misma sustancia de los derechos que otorga, establezca barrera de entrada de hecho para otros interesados en ingresar a ese colectivo, tal lo sucedido en el pasado con las leyes de prórroga de alquileres o suspensión de los desalojos urbanos.

La cuestión es compleja de resolver y como toda complejidad exige sopesar todas las aristas que presenta el problema. No obstante vale la pena examinarla.

### **3.2. Los detractores defienden sus propios mercados**

Desde luego, las críticas al mercado, a sus mecanismos o eventuales desbordes son atendibles excepto que se las utilicen como *un mecanismo de mercado* para obtener mayores beneficios. En ese caso queda la opción de descubrir el enmascaramiento.

---

<sup>35</sup> Cf. KESSELMAN, Pedro J. - *La Acordada 36/2009 y la jurisprudencia de la Corte sobre derechos humanos sociales*- La Ley. Buenos Aires 29 de junio de 2010. Tomo 2010-D. El autor consideró que ello implicaba la aplicación de un «criterio economicista». Cf., también, CONSTANTE, Liliana B. -*La abogacía organizada se pronunció en contra de la Acordada 36 CSJN del 09/09/09. (La economía y el Derecho. Interdependencias, supremacías y consecuencias)* La Ley Actualidad. Buenos Aires, 22 de julio de 2010.



Suele ocurrir en algunas industrias del espectáculo muy rentables presentadas como contestatarias –que producen seguimiento en amplios sectores sociales y consolidan creencias populares- las que no obstante ello son muy estrictas en la defensa de los derechos de autor y en la percepción de todo lo que ofrecen como complemento de los espectáculos que brindan, expectativas que, desde luego, están amparadas en la ley.

Un caso lamentable puede examinarse a título de ejemplo. Ocurrió en el recital de un conocido músico que terminó muy mal para muchos de los asistentes y de la ciudad en la que se realizó el concierto, en el que lucieron por su ausencia -en un “mar de gente”-, las “medidas de seguridad”, las “guías” y los “accesos claros”, “las ambulancias y puestos de atención médica”.<sup>36</sup> En términos de los derechos de los consumidores protegidos por el Art. 42 de la Constitución Nacional, se careció de la protección a la salud y a la seguridad, con desinterés absoluto por las condiciones de trato digno debido a las personas.

La convocatoria se hizo bajo el lema “las entradas no se agotan”. La frase que deslizaron los productores del espectáculo fue “diseminada a través de las redes sociales por periodistas y seguidores de Solarí [el músico en cuestión] un día antes del show, hoy se extiende como un apuro irrefutable para quienes señalan la *sobreventa de entradas* y la saturación de público en La Colmena como causas directas de la tragedia de Olavarría. «El sold out para mi público no existe, van igual», había dicho el músico en una entrevista que formó parte del documental *Tsunami, un océano de gente* estrenado el año anterior al del recital.<sup>37</sup> Diríamos que los impugnadores del sistema en general y del sistema económico en particular pueden, no obstante ello, exacerbar la demanda en detrimento de la oferta razonable que deben de ofrecer a los asistentes a esos espectáculos, proveyendo una organización cuidadosa de los derechos de esas personas.

---

<sup>36</sup> Cf. RAMOS, Sebastián –*Drama en Olavarría. Cuando el sold out no existe*- Diario La Nación. Buenos Aires, 13 de marzo de 2017. Pág. 20.

<sup>37</sup> Cf. RAMOS, Sebastián. Nota citada.

### 3.3. Mercados bajo sospecha

Pero aunque no sean impugnados desde perspectivas contestatarias, los mercados pueden estar bajo sospecha. Y aunque en círculos y para sectores diferentes, también pueden establecer o consolidar creencias, en este caso, ideológicas y jurídicas.

En este sentido pueden citarse algunos fallos de la Corte Suprema que se han referido al mercado y lo han considerado con aprensión, aunque las decisiones para los casos concretos se hayan ajustado a derecho. Reitero, aquí, la importancia de los fundamentos de las sentencias, tanto de los que sostienen la decisión específica como de los retóricos que suprimidos no harían perder consistencia al fallo pero que están ahí, algo dicen, o algo quieren decir. Veamos.

En “*Vizzotti*” (2004) se planteó y reconoció la inconstitucionalidad de una indemnización por despido sin causa, que no dejaba mínimamente indemne al trabajador. La Corte sostuvo, en lo que aquí es pertinente, que la finalidad de la ley laboral ante el despido sin causa, es la de indemnizar, dejar indemne, reparar el daño que provoca la ruptura de la relación laboral, desde la realidad de ese daño, porque eso es lo que manda la Constitución por sobre cualquier *consideración de las leyes de mercado*. Hay allí una definición sugestiva –y por cierto controversial– en la que el Tribunal parece adelantarse a las eventuales críticas que la sentencia pudiera recibir acerca de que su decisión empeoraría la situación del mercado de trabajo, del mercado en general y de quienes pretendieran acceder a ese mercado. Para la Corte Suprema, esa consideración no debe prevalecer sobre la legalidad constitucional porque, según dijo, “*el hombre no debe ser objeto de mercado alguno, sino señor de todos*”.<sup>38</sup> El criterio fue reiterado en fallos relevantes, entres otros,

---

<sup>38</sup> Cf. consid. 11 de “*Vizzoti, Carlos Alberto c/AMSA S.A.*”. Fallos 3273677 (2004). Voto unánime de los jueces PETRACCHI, BELLUSCIO, FAYT, BOGGIANO, MAQUEDA, ZAFFARONI y HIGHTON de NOLASCO en Examiné la sentencia en GELLI, María Angélica - “*Los casos ‘Vizzoti’ y Aquino’ y el examen de los efectos de las sentencias*”. Suplemento de Derecho Constitucional. La Ley. Buenos Aires, 23 de noviembre de 2004.

en “*Aquino*” (2004) sobre indemnización por infortunios laborales.  
39

Varios años más tarde, en “*CEPIS*” (2016) la Corte Suprema dispuso la nulidad del aumento del cuadro tarifario del gas para uso domiciliario -que implicaba la disminución de subsidios a ese servicio- con fundamento en que no se habían celebrados las audiencias públicas o al menos alguna forma de participación de los usuarios en esa modificación. En esta decisión, no obstante, se reconoció que la fijación de las tarifas era una atribución del poder administrador.

En uno de los votos de esta sentencia se hizo pie en el cambio cualitativo en la situación de consumidores y usuarios a que dio lugar la reforma de 1994, al reconocerse “las hondas desigualdades inmanentes al mercado y al consumo dada la asimetría real en que se desenvuelve la persona que acude al mercado en pos de la satisfacción de necesidades humanas”.<sup>40</sup>

Pese a ello, resultará interesante considerar a futuro la deriva de voto concurrente del juez *Rosatti* en “*CEPIS*”, en tanto sostuvo que “...es el Poder Ejecutivo, no el judicial, quien debe, si así lo desea, modificar el actual estado de situación [de las tarifas de gas]. Esta Corte no puede discutir la decisión política de convertir un mercado libre en un mercado regulado, o viceversa, pero lo que si debe es considerar la razonabilidad y consecuencias jurídicas de esa decisión”.<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> Cf. consid 3º y 11 de *Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidente ley 9688. Fallos 327: 3753* (2004). Primer voto de los jueces PETRACCHI y ZAFFARONI, quienes citan, respectivamente, la sentencia en “*Vizzoti*” y la encíclica *Quadragesimo Anno* de Pio XI.

<sup>40</sup> Cf. Consid. 17 del primer voto de los jueces LORENZETTI y HIGHTON de NOLASCO y consid. 33 del voto concordante del juez MAQUEDA en “*Centro de Estudios para la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/amparo colectivo*” (*CEPIS*). FLP 8399/2016/CS1 (2016).

<sup>41</sup> Cf. consid. 19 de la concurrencia del juez ROSATTI en “*CEPIS*”.

### **3.4. Los enemigos del mercado**

Las prevenciones, las sospechas y la adjudicación de todos los males económicos y sociales al mercado se ha subrayado, en la República Argentina, en el contexto de emergencias y crisis graves. Esa percepción de cuán nocivos son los mercados tuvo su correlato jurídico en la reglamentación intensa y expansiva de las relaciones comerciales o, directamente, en la supresión de las reglas – diríamos naturales- del mercado.

Aunque no han sido los únicos regímenes jurídicos que siguieron esa línea, pueden citarse como ejemplos de la hostilidad hacia la libertad económica dos de las varias leyes de abastecimiento sancionadas en el país con un desvío alarmante de los derechos constitucionales, no sólo económicos.

En efecto, si se analizan dos de esas leyes prescindiendo, incluso, del nombre que recibieron cada una de ellas –la 20.680 y la 26.991- puede sostenerse que constituyen modelos del tránsito de la regulación extrema en materia el abastecimiento por causas de emergencias económicas, hacia la regulación como instrumento estatal de intervención ordinaria en la economía. Ello así porque la finalidad declarada por la última de esas disposiciones fue la de administrar el “bienestar general”. Dicho de otro modo, lo que se proponía la nueva ley era la concreción de uno de los objetivos del preámbulo de la Constitución Nacional.

La ley 26.991 no aludía a los crecientes problemas económicos existentes al momento de su sanción. De las disposiciones establecidas se deducía que el objetivo de proveer el bienestar general en materia de relaciones económicas y en especial de consumo, debía concretarse por la acción de la burocracia administrativa por medio del control precios. Fue la quimera que sedujo a algún ministro de Economía, la de establecer equilibrios económicos, requiriendo informes y controlando excesos en planillas manejadas desde los escritorios administrativos.

Pero, conviene recordarlo, la regulación del abastecimiento perdura en la República Argentina desde 1939, con dos hitos, la ya mencionada ley 20.680 (1974) y la ley 26.991 de 2014. Tal como se dijo, “la ley de abastecimiento ha sobrevivido a todo”, pasó por la dictadura militar, la restauración democrática, la etapa en la que se propiciaba la reforma del Estado, las denominadas políticas neoliberales -aunque se la suspendió parcialmente en esta época- y permaneció a pesar de la reforma constitucional de 1994 y las garantías surgidas del Art. 42 de la Ley Suprema.

La suspensión de la ley 20.680 se debió al decreto de necesidad y urgencia 2.284/91, de desregulación de la economía. Mediante esta norma se dispuso dejar sin efecto “medidas o actos administrativos que distorsionen los precios de mercado, comercio interior y exterior” y disolver diversos entes reguladores de la economía.<sup>42</sup> En el art. 4º de ese decreto -luego ratificado por el art. 29 de la ley 24.307-<sup>43</sup> se dispuso: “*Suspéndese el ejercicio de las facultades otorgadas por la ley 20.680, el que solamente podrá ser reestablecido, para utilizar todas o cada una de las medidas en ella articuladas, previa declaración de emergencia de abastecimiento por el Honorable Congreso de la Nación, ya sea a nivel general, sectorial o regional. Se exceptúa de lo prescripto en el párrafo anterior las facultades otorgadas por el art. 2º, inc. c)...*”. Esta disposición faculta al Poder Ejecutivo o a los funcionarios u organismos que determine para “*dictar normas que rijan la comercialización, intermediación, distribución y/o (sic) producción*”.<sup>44</sup>

Pero, además, la regulación del abastecimiento ha pasado de ser un instrumento de emergencia típico para adentrarse en las subdelegaciones legislativas permanentes, desvinculadas de las

---

<sup>42</sup> Cf. Decreto 2284/91 (B.O. 1-11-1991).

<sup>43</sup> Ley 24.307 de Presupuesto Nacional para el ejercicio 1994. (B.O. 20-12-1993). Esa ratificación siguió el hábito institucional de efectuar ratificaciones de varios decretos del PEN, en la ley de presupuesto.

<sup>44</sup> Bastardillas agregadas.

emergencias económicas a fin de resguardar los derechos del consumo.<sup>45</sup>

Los efectos de esa recurrente intervención no produjeron beneficios sostenibles en el largo plazo para el crecimiento económico, ni garantizaron las libertades, ni la autonomía y el desarrollo integral de las personas. Claro que resulta difícil el control judicial de las medidas intervencionistas considerando las consecuencias que generan, salvo que se admita por los magistrados el criterio de razonabilidad de los costos y beneficios que se obtienen con las intervenciones estables. Ese examen de razonabilidad requiere, necesariamente, de otras consideraciones extrajurídicas, sociales y, por ejemplo, económicas, resistida por amplios sectores en Argentina, como ya se explicó.

Sin embargo, más allá de las normas jurídicas, cabe interrogarse acerca de por qué la sociedad deposita su confianza y cree en la eficacia de los controles de precios por parte de los funcionarios públicos. Por qué mantiene su convicción acerca de que ese control constituye un mecanismo adecuado para resolver problemas tales como la inflación o el desabastecimiento de productos, al margen de las relaciones entre oferta y demanda. Por qué, en ocasiones reclama de los poderes públicos el ejercicio de ese control, pese a los magros resultados que se han obtenido y los resistirían, por caso, si se aplicaran a sus propios negocios pequeños.

Quizás lo que cuesta resolver –y permanece como cuestión controversial- es el papel del Estado referido a las libertades económicas, al desarrollo humano y a las garantías de los derechos del consumo. Porque, desde luego, la Constitución Nacional atribuye al Estado un papel sobre el mercado, cuya existencia reconoce de modo expreso en el Art. 42 –cómo se señaló párrafos arriba- a fin de controlar las distorsiones propias de un mercado imperfecto y las eventuales violaciones de la competencia en la fijación de los precios. ¿Quizás el paternalismo que ponía en

---

<sup>45</sup> Cf. CASTRO VIDELA, Santiago M. y MAQUEDA FOURCADE, Carlos S. –*Tratado de la regulación para el abastecimiento*. Ob. Citada en nota anterior, Pág. 49, 207 y ss. Y 222 yss.

cuestión *Carlos Nino* aplicado a los temas morales, se cierne también sobre las materias económicas?<sup>46</sup>

#### **4. Las asimetrías del mercado, la defensa de la competencia y de los usuarios y consumidores**

Las asimetrías del mercado pueden afectar la competencia y las distorsiones de la competencia perturban tanto a los competidores como a los consumidores y usuarios. Las reglas que debe establecer el Estado para evitarlo –todos y cada uno de sus poderes dentro de sus respectivas atribuciones- deben de estar presididas por el principio de razonabilidad.

En el Estado de Derecho todos los órganos de poder están sujetos a ese principio porque el Estado de Derecho es un Estado de razón. En la Constitución argentina este principio deriva del Art. 28 en tanto la norma dispone que “los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

La disposición establece límites a la atribución reglamentaria del Congreso. En consecuencia, el Poder legislativo no debe afectar el núcleo esencial del derecho reglamentado hasta hacerlo desaparecer en los hechos. Esta prohibición requiere de la elaboración de pautas o criterios objetivos y específicos de control de las eventuales alteraciones de los derechos y garantías constitucionales. A más, el Congreso tampoco debe habilitar reglamentaciones amplias en el presidente de la Nación ni éste extralimitarse en el ejercicio de la atribución reglamentaria.

Por otro lado, el Poder Judicial cuando interpreta las normas para aplicarlas en los casos específicos que debe resolver también está ligado por el principio de razonabilidad. En consecuencia, si lo

---

<sup>46</sup> Cf. NINO, Carlos Snatiago –*¿Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de las “acciones privadas de los hombres”?* La Ley. Buenos Aires, 1979-D-743.

razonable es lo opuesto a lo arbitrario, es decir contrario a lo carente de fundamento o que deriva sólo de la voluntad de quién produce el acto, una ley, reglamento o sentencia son razonables cuando consideran los hechos y las circunstancias y respetan y se fundamentan en el derecho constitucional y convencional vigente.

La Corte Suprema y la doctrina han elaborado criterios de control de constitucionalidad más intensos en materia de derechos personalísimos y más débiles en materia de derechos propietarios o económicos, sobre todo en tiempos de emergencia.

A fin de resguardar el principio operativo de razonabilidad de las leyes, reglamentos y decretos es posible efectuar a) un análisis de causalidad o relación entre los fines de la ley y los medios empleados en ella, y considerarla irrazonable si esa relación no existe; b) un examen de fines y medios, pero con una prohibición absoluta de obligar a contratar bajo cualquier circunstancia o sólo si de esa contratación vinculante se derivan daños concretos; c) una evaluación de proporcionalidad entre los fines de la norma y los medios elegidos para obtenerlos, bajo circunstancias ordinarias o bajo circunstancias de excepción. La norma o acto sería irrazonable si el medio, aunque cumple el fin, lo excede en perjuicio de los derechos o garantías involucrados; un modo de sopesar cuán irrazonable es la medida consiste en medir la duración de ésta en el tiempo; d) una diferenciación entre costos y beneficios sociales –bien común, bienestar general- de las medidas restrictivas de los derechos, incluyendo los costos para los miembros eventuales del colectivo beneficiado con la medida; e) un análisis de ponderación de las normas, intereses y valores implicados en el caso y de los efectos de la aplicación de la norma o de su inconstitucionalidad; f) un control de razonabilidad de las medidas restrictivas, pero a partir de circunstancias de hecho o de derecho sobrevivientes. Aunque puede sostenerse que, en realidad, esta última no es una pauta de control de razonabilidad sino un criterio interpretativo, lo cierto es que este criterio se emplea procurando una armonización razonable de hechos, circunstancias y normas; g) en materia de igualdad, puede evaluarse si a todas las personas o situaciones incluidas en la categoría se les reconocen iguales derechos o se les aplican similares cargas. Se examina la



categoría hacia adentro de ella, para observar si se excluye a alguien, quien, dado los elementos que la componen, debería estar dentro y recibir igual atención jurídica; h) también en materia de igualdad material, pueden emplearse categorías sospechosas de discriminar arbitrariamente para examinar la razonabilidad de las categorías creadas por la norma, considerando elementos como la raza, el sexo, la nacionalidad, la edad, las que, en principio y tal como la doctrina norteamericana lo ha establecido, tienen una fuerte presunción de discriminación arbitraria <sup>47</sup>.

Estas pautas de control de razonabilidad pueden emplearse, también, en la defensa los consumidores y usuarios en relaciones económicas o financieras asimétricas. Tales, por ejemplo las que se anudan en contratos bancarios, celebrados mediante «la adhesión a condiciones generales predisuestas».

Debe considerarse en este punto que la reforma a la Carta Orgánica del Banco Central incluyó, expresamente y entre las “funciones y facultades del banco”, la de “proveer a la protección de los derechos de usuarios de servicios financieros y a la defensa de la competencia [¿en los servicios financieros?], coordinando su actuación con las autoridades públicas competentes en estas cuestiones”. <sup>48</sup> Por cierto, entre las funciones del Banco Central está la de regular y aprobar las decisiones que toman las entidades bancarias y puedan afectar a los ahorristas. Sin embargo, el Congreso quiso ser más concreto al sancionar la ley 26.739 de reformas a la Carta Orgánica del Banco Central y aseguró los derechos de los usuarios de los servicios financieros como se indicó.

---

<sup>47</sup> Me he referido a estas pautas de control de razonabilidad y las he citado en GELLI, María Angélica - *Control judicial de la actividad administrativa en materia de abastecimiento: entre la delegación prohibida y la irrazonabilidad*. Revista de Derecho Público: Control Judicial de la Jurisdicción Administrativa - I. Doctrina. Jurisprudencia. Actualidad. Directores Tomás Hutchinson – Horacio Rosatti. Rubinzal Culzoni. Santa Fe, 2010 - 2.Pág. 72 y ss.

<sup>48</sup> Cf. Art. 4º, inc. h) de la Carta Orgánica del Banco Central según texto de la ley 26.739 (B.O. 28/3/2012).

Esa protección específica a los usuarios del sistema financiero fue invocada por la Corte Suprema para decidir el caso “*Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor*” al mismo tiempo en que se hizo mérito del Art. 42 de la Constitución Nacional, de la ley de Defensa del Consumidor y de las normas aplicables del Código Civil y Comercial, en especial el Art. 1118 de ese Código. En el reclamo colectivo planteado por la asociación se peticionaba la nulidad de la cláusula de un contrato bancario por la que se establecía un canon por el mantenimiento de cuentas en cajas de ahorro y, en consecuencia de esa nulidad, la restitución de lo cobrado por el plazo de diez años. La Corte revocó la sentencia que rechazó el reclamo retroactivo de lo que resultara por el cobro impugnado, desestimó el argumento centrado en el consentimiento tácito por parte de los consumidores y mandó dictar un nuevo pronunciamiento.<sup>49</sup>

La sentencia de la instancia anterior a la Corte Suprema había reconocido que la conducta del banco demandado resultaba cuestionable pues el “cobro por mantenimiento de cuenta” aumentaba al mismo tiempo que disminuían los intereses que la institución pagaba”. Pese a tal afirmación hizo valer el consentimiento tácito de los afectados, rechazó la demanda en ese punto y tomó en cuenta que el Banco Central había aprobado el cargo impuesto por la institución bancaria a sus clientes.<sup>50</sup> Por su parte, la Corte Suprema consideró que la tutela a usuarios y consumidores debe acentuarse en los contratos bancarios pues en la relación jurídica interviene una entidad financiera, altamente profesionalizada en busca de una renta mediante contratos de adhesión, lo que crea “un contexto propicio para las cláusulas y prácticas abusivas”. De ello se sigue que “tanto la legislación como el control judicial juegan un papel preponderante para hacer

---

<sup>49</sup> Cf. consid. 7º, 6º 10 y 11 de “*Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor c/ BankBoston N.A. s/ Sumarísimo*”. CSJ 717/2010 (46-P)/CS1 RHE (2027). Voto de los jueces LORENZETTI, HIGHTON de NOLASCO, MAQUEDA y ROSATTI.

<sup>50</sup> Cf. consid. 11 y 9º, respectivamente, de “*Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor*”.

operativo el derecho previsto en el Art. 42 de la Constitución Nacional”.<sup>51</sup>

El fallo es modélico y como puede advertirse permite un equilibrio entre derechos y establece responsabilidades, a fin de evitar abusos mediante cláusulas predispuestas sobre las que no le es posible negociar al consumidor.

## **5. La transparencia de los mercados y cómo obtenerla**

El control de conductas eventualmente abusivas, la defensa de la competencia entre oferentes, el establecimiento de reglas generales en ese sentido y, por ende, el acotamiento de las conductas discrecionales de la administración que cabe a las autoridades, constituyen presupuestos de la transparencia de los mercados para evitar distorsiones. A ello debe de unirse el derecho de acceso a la información pública –ley dictada en 2016 en la República Argentina- y el control estatal sobre los enmascaramientos de los precios de los productos, el desconocimiento de éstos por parte de los consumidores por mecanismos impuestos por los oferentes que dificulten la competencia.

He ahí las dos líneas que favorecen la transparencia de los mercados. En primer lugar, el derecho de acceso a la información pública, relevante en materia de acceso y libre circulación de datos económicos, particularmente oscurecidos en la administración *Fernández de Kirchner* cuyo hecho icónico fue el desmantelamiento del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC).

---

<sup>51</sup> Cf. consid. 7º de “*Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor*”.

El desatino, la política de ocultamiento de los datos reales de la inflación y de la pobreza, entre otros, desplazó hacia los agentes sociales la prestación de la información que el Estado se negaba a brindar. Con las limitaciones de un servicio que no contaba con los recursos técnicos del ente público intervenido.

La reacción oficial no se hizo esperar. Varias consultoras que emitían índices de inflación para conocimiento de sus clientes –pero tomaban estado público- fueron sancionadas con multas muy altas por violación del art. 9 de la ley de Lealtad Comercial y, una de ellas por infracción al Art. 21, de esa disposición -no responder a los requerimientos que se le habían efectuado-. Sin embargo, en todas las controversias, se hicieron lugar a los recursos presentados por los afectados, se dejó sin efecto la multa y, en algunos casos, hasta se impusieron las costas del proceso al Estado.

Vale la pena referirse a los fundamentos esgrimidos por la Cámara de Apelaciones en el caso “*Latin Eco S.A.*” para dejar sin efecto la multa impuestas por la Dirección Nacional de Comercio Interior.<sup>52</sup> “La ley de Lealtad Comercial, tiene como fin resguardar la buena fe en el ejercicio del comercio y la protección de los consumidores para que puedan acceder a una información fidedigna, método idóneo para el cumplimiento de los deberes constitucionales del Estado”. Las leyes de Lealtad Comercial, de Defensa del Consumidor y de Defensa de la Competencia tienen como fin asegurar las buenas prácticas comerciales, la transparencia y libre concurrencia en el mercado.

Aunque la Cámara no declaró, en principio, la incompetencia de la Dirección Nacional de Comercio Interior para intervenir en el caso, consideró que aunque la empresa multada brindara servicios de consultoría, lo que la consultora hacía al presentar los informes de variación de precios no constituía publicidad o propaganda, porque su objetivo no era favorecer la colocación de bienes en el mercado. En consecuencia, no existía “relación de consumo”. Dicho de otro modo, la actividad de las consultoras estaba fuera de las normas que se les pretendía aplicar,

---

<sup>52</sup> Cf. “*Latin Eco S.A. c/DNCP*”. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. Sala II. 30 de abril de 2013.

ellas no habían efectuado publicidad engañosa, mediante inexactitudes u ocultamientos que indujeran al error, engaño o confusión. Según lo entiendo sólo habían informado supliendo, de ese modo, lo que mal hacía el Estado.

En síntesis, la transparencia del mercado requiere el derecho de acceso irrestricto a la información pública, información que incluye a los servicios públicos otorgados en concesión aunque esos no constituyen –como tantos otros- sujetos obligados a mantener una página informativa en la red, lo que se denomina «transparencia activa». De todos modos la ley 27.275 de Derecho de Acceso a la Información Pública implica un paso adelante, más allá de las críticas que se le han formulado.<sup>53</sup>

Por otra parte, permanece la doctrina de la Corte Suprema en “*CIPPEC*” (2014) de particular importancia acerca de la obligación de informar por parte del Estado sobre las políticas sociales que implementa y, agregó, de efectos económicos claros.

En el caso, la asociación demandante había requerido al Ministerio de Seguridad Social, en 2008, los datos referidos a los beneficiarios, los intermediarios y los distribuidores de planes sociales; la aplicación y ejecución de esos planes sociales según el presupuesto; y el alcance territorial del programa.<sup>54</sup> La negativa del Estado para informar fue original, aunque inconsistente. Alegó el derecho a la privacidad de los beneficiarios, garantizados en la ley de *hábeas data*; la protección de datos personales, presuntamente sensibles *por el contexto* y, por ello, susceptibles de generar estigmatización y discriminación. Como se recordará el Ministro de Economía de entonces, argumentó que no exhibían los datos para «no estigmatizar a los pobres».

---

<sup>53</sup> Examiné la ley 27.27 en GELLI, María Angélica -*Ley de acceso a la información pública. Los principios, los sujetos obligados y las excepciones* –Revista Jurídica Argentina La Ley. Buenos Aires, 27 de septiembre de 2016.

<sup>54</sup> *CIPPEC c/ Estado Nacional – Ministerio de Desarrollo Social*. Fallos 337: 256. C.S. C. 830. XLVI (2014).

Una respuesta contundente a esos argumentos corrió por cuenta de uno de los votos en “*CIPPEC*”: “La transparencia, no la opacidad beneficia a los vulnerables. Ayudarlos no es ignominioso, la ignominia es pretender ocultar a quienes se asiste, pretendiendo que impere el sigilo en el ámbito de la canalización de los fondos públicos. Fondos que, parece innecesario aclarar, no son del Ministerio sino de la sociedad toda”.<sup>55</sup>

La Corte rechazó el argumento al advertir que la Administración no obraba de buena fe porque las personas jurídicas -organizaciones sociales que distribuyen los planes- no tienen datos sensibles referidos a la privacidad y olvidaba el deber del Estado de «transparencia y máxima divulgación».<sup>56</sup>

Por fin, el deber de transparencia pesa también sobre los oferentes en el mercado. Uno de esos informes clave es el precio cierto de los productos, en ocasiones distorsionado por los tan atractivos sistemas de promociones o descuentos que pueden resultar poco claros, rotar en continuas mutaciones que dependen – los descuentos- de cuestiones aleatorias, como los días de la semana, el número de productos que se adquieran, la edad de los compradores o los acuerdos que los oferentes celebren con los emisores de las tarjetas de crédito o las entidades bancarias. Claro que los consumidores –la demanda, en suma- puede aceptarlos y aún preferirlos. Cabe al Estado, entonces, controlar si, en realidad, detrás de esos beneficios no existen acuerdos entre competidores poderosos para capturar el mercado.

En suma, según lo interpreto, la defensa de la competencia, los derechos de los consumidores y la transparencia del mercado integran los objetivos del orden público económico, definido “como la previsión de equilibrio de las fuerzas económicas en el marco social. Es la síntesis de los muy diversos intereses que concurren en el marco institucional de una *economía de mercado*. En este sentido, y mediante la protección de la propia competencia,

---

<sup>55</sup> Cf. consid. 6º del voto en concurrencia de los jueces “ARGIBAY y PETRACCHI en “*CIPPEC*”.

<sup>56</sup> Cf. consid. 21 y 22 del primer voto integrado por los jueces LORENZETTI, FAY y MAQUEDA, en “*CIPPEC*”.

se tutelan los intereses de los competidores y de la propia economía nacional”.<sup>57</sup> Es una descripción ajustada al sistema adoptado por la Constitución Nacional, en el que se armonizan y equilibran los intereses en juego, respetando los derechos personales y sociales.<sup>58</sup>

---

<sup>57</sup> Cf. Cf. PIROVANO, Pablo A. -*El orden público como excepción de la ejecución de sentencias extranjeras. A propósito del caso “Claren Corporation”*- El Derecho 28/5/2014. (Bastardillas agregadas).

<sup>58</sup> He examinado el alcance constitucional del orden público económico en GELLI, María Angélica - *El Orden Público Constitucional*-. Revista Jurídica Argentina La Ley. Buenos Aires, Argentina. 11 de noviembre de 2015.

