

La cultura de mercado a través de las interrelaciones de la Constitución italiana y de los principios comunitarios*

CASSETTI, LUISA**

SUMARIO

1. LA DIFICULTAD TEÓRICA DE DERIVAR DE LA LIBERTAD DE INICIATIVA ECONÓMICA PRIVADA LA TUTELA DE LA COMPETENCIA, SEA EN SENTIDO SUBJETIVO COMO EN TÉRMINOS OBJETIVOS
2. LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA OBJETIVA ESTRUCTURA DEL MERCADO EN LAS INTERPRETACIONES DEL DERECHO PRIVADO
3. EL SIGNIFICADO DE LA GARANTÍA DEL MERCADO COMPETITIVO DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL
4. EL ASPECTO DINÁMICO DE LA COMPETENCIA Y LA MOVILIDAD DE LA COMPOSICIÓN DE LOS INTERESES CONSTITUCIONALES EN LA DEFINICIÓN DEL DERECHO PÚBLICO DEL *ANTITRUST*.

1. LA DIFICULTAD TEÓRICA DE DERIVAR DE LA LIBERTAD DE INICIATIVA ECONÓMICA PRIVADA LA TUTELA DE LA COMPETENCIA, SEA EN SENTIDO SUBJETIVO COMO EN TÉRMINOS OBJETIVOS

Una vez analizadas las líneas maestras que guían la interpretación de la garantía constitucional de la libertad económica, resulta oportuno verificar cómo las diversas soluciones teóricas rela-

* El presente trabajo constituye el capítulo II de la obra: *La cultura del Mercato fra interpretazioni della Costituzione e principi comunitari*. Torino: G. Giappihelli editore, 1997, pp. 159-181, que se publica con autorización de la autora. Traducido por Johan Otoyá Calle.

** Investigadora en Derecho Constitucional en el Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho Constitucional de la Universidad de Perugia-Italia.

tivas al contenido y al valor de tal derecho se reflejan en el problema de la legitimación en el ordenamiento constitucional italiano de la tutela de la competencia.

Del análisis sobre el contenido de la libertad de iniciativa económica privada, conducida a la luz del principio fundamental de la inviolabilidad de los derechos, ha emergido la distinción teórica entre derechos inviolables absolutos y derechos inviolables relativos: los primeros describirían el núcleo duro o esencial de la estructura constitucional, en tanto se encuentran unidos al valor supremo de la dignidad de la persona; mientras que los segundos, atañerían a las esferas de las relaciones ético-sociales y a las económicas. Del carácter derivado de esta segunda categoría de derechos relativamente fundamentales, derivaría la imposibilidad teórica de considerar el derecho a libertad como valor y, por tanto, la necesidad que el contenido de los derechos pertenecientes a la esfera de las relaciones económicas conviva con el respeto de los valores sociales, según una proporción dejada en ancha medida a la selección discrecional del legislador. La búsqueda de la esencia de tales derechos, se traduciría en una verificación de las modalidades con las que el legislador especifica un equilibrio entre los muchos principios que definen los contornos de un determinado instituto perteneciente a la esfera de las relaciones ético - sociales y económicas. Tanto en el caso de la familia, como en aquel de los sindicatos o de la empresa, se sostiene que el legislador ordinario, con mayor incidencia que el constitucional, debe respetar las garantías que sirven de base al sistema y se encuentran reconocidas por la Constitución a semejantes institutos.¹

Sobre el fondo de la categoría del derecho inviolable derivado, ha sido posible ubicar el contenido de la libertad proclamada por el primer párrafo del artículo 41:² el significado de la selección explícita rea-

¹ A. BALDASSARRE. *Diritti inviolabili*. Ob. cit. p.36.

² Nota del traductor: Reproducimos el contenido del artículo 41 de la Constitución Italiana, el mismo que se hace mención en distintas partes de este trabajo, así como la respectiva traducción:

«Articolo 41. L' iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l' utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l' attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali».

«Artículo 41. La iniciativa económica privada es libre.

lizada por los Constituyentes respecto de un sistema basado en la libertad, incluso en el campo de las relaciones económicas, se expresaría en la definición de un contenido que, como hemos visto, comprende cuanto menos la selección en atención al destino del capital entendiéndola como comprensiva de las valoraciones relativas a la ventaja y a las perspectivas económicas que aquella solución podría comportar.³

Dentro de esta reconstrucción teórica no ha sido aún posible cumplir el paso lógico de la libertad económica a la libertad de competencia: a pesar de su carácter como núcleo propio de la libertad de iniciativa económica privada; en efecto, Baldassarre tiene excluida la posibilidad de construir alrededor de ello un concepto de libertad de tipo relacional. Es decir, estaría rebosante la atribución de una función positiva autónoma a una garantía que únicamente opera en una relación de tipo horizontal o mejor en las relaciones intersubjetivas. La única forma de garantía admisible en el ordenamiento constitucional italiano sería, por tanto, de tipo indirecto: tal garantía operaría, es decir, funcionaría a través de la tutela del individuo en tanto se enfrenta a las formaciones monopolísticas; por lo tanto, operaría a través de una garantía de los presupuestos permisivos de la libertad de iniciativa económica.⁴ Junto a la dificultad de construir una libertad de competencia

No puede desarrollarse en contra de la utilidad social o en modo que conlleve daño a la seguridad, libertad o dignidad humana.

La ley determina los programas y los medios de control a fin de que la actividad económica pública y privada pueda ser dirigida y coordinada a los fines sociales».

³ V. *Amplius*, parte II, cap. I.

⁴ Así BALDASSARRE, A. *Iniziativa economica*. Ob. cit., 602, nota 59. ZITO, A. «Mercato, regolazione del mercato e legislazione antitrust: profili costituzionali», *Jus*, 1989, 219, basa la tutela de la vida privada de las formaciones monopolísticas en el principio de igualdad extendido a las relaciones interprivadas, en violación de la cual nacen y se consolidan las concentraciones de poder económico privado. De ese modo, sobre la base del artículo 3 sería posible localizar la apertura constitucional de la libertad de competencia entendida como la tutela de la formación de concentración de poderes privados y por lo tanto de la posición de fuerza (ventaja) que aquellos están en capacidad de ejercer respecto de los particulares. El hecho que el desequilibrio entre individuo y poder no derive de un poder público, incluso de la concentración de poder privado (sobre el mercado) no invalida tal interpretación extensiva del artículo 3 a las relaciones interprivadas. Tal posición se refiere a la imposición de MARONGIU, G. «Interesse pubblico e attività economica», *Jus*, 1991, 91, que reconoce en las Constituciones económicas contemporáneas, la clara tendencia hacia criterios de eficiencia, los cuales deberían ser interpretados a la luz de los valores de la igualdad y la

en términos subjetivos no parecería tampoco fundada la interpretación en influencia objetiva de la defensa de la competencia: la acusación de «conceptualismo» dirigida por Baldassarre a la interpretación provista por la doctrina mercantil se basa justo sobre la dificultad de leer en el reconocimiento de la libertad de iniciativa económica privada, una garantía extensa a la estructura del mercado y por lo tanto a una precisa selección de los Constituyentes para el modelo económico de mercado.⁵

libertad. Por el contrario, en sede privada la unión entre competencia e igualdad ha sido utilizada por ROTONDI, M. «Il valore giuridico del principio della libera concorrenza e l'oggetto della cd. Azione di concorrenza sleale», en Estudios en Honor de A. Cicu, Milán, 1951, vol. II, 327, con la finalidad de excluir que la libertad de competencia fuese del objeto de un derecho público subjetivo haciendo entender que los efectos de la competencia se manifestaran sin limitaciones naturales o estatales: más bien seríamos precisos si hablásemos de igualdad frente a la competencia, o mejor dicho de la uniforme aplicación a todos los agentes dentro de los límites, sea de derecho privado como de derecho público, ubicados en la competencia.

⁵ La crítica realizada por BALDASSARRE, A. *Iniziativa*. Ob. cit., 593, nota 35, se refiere en particular a la reconstrucción de MARCHETTI, P. G. *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, Padova, 1969, pp.75 y ss. Sobre aquella véase la ampliación contenida en el parágrafo 2.

Sobre el uso de la noción objetiva de mercado tenemos el análisis de TRIMARCHI BANFI, F. *Organizzazione economica ed iniziativa privata e organizzazione economica ad iniziativa riservata negli articoli 41 e 43 della Costituzione*, en Pol. Dir., 1992, 3 y ss. Mucho ha sido el recorrido interpretativo de la doctrina alemana que, sobre la base de algunas decisiones fundamentales en materia libertades económicas, ubican la cobertura constitucional de la libertad de competencia y la apertura del mercado en el artículo 12 GG., en ausencia de una explícita garantía constitucional de la iniciativa económica privada en el *Berufsfreiheit* el lugar de la legitimación de los institutos fundamentales de una economía de mercado, los cuales apuntan a la libertad de empresa, a la libertad de competencia y a la autonomía contractual. Para una atenta reconstrucción de la jurisprudencia del *Bundesverfassungsgerichts* sobre el artículo 12 GG., véase OSSENBÜHL, F. *Die Freiheit des Unternehmers nach dem Grundgesetz*, AÖR, 115, (1990), pp.1 y ss. Entre las propuestas formuladas por HÄBERLE, P. «Verfassungspolitik für die Freiheit und Einheit Deutschlands», JZ, 1990, 358 y ss. Para una nueva Constitución de la Alemania reunificada se requiere la constitucionalización de un principio base en materia económica, como aquel del *Soziale Marktwirtschaft* y la introducción de la autónoma garantía de la iniciativa privada (p. 361). En lo que concierne la cobertura constitucional de la apertura del mercado, véase a BASEDOW, J. *von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung*. J.C.B. Mohr, Tübingen, 1992, p. 23: «das Prinzip der Öffnung und Offenhaltung der Märkte hat vor allem in art. 12 GG rechtliche Gestalt erhalten».

1.1. La apertura luego del reconocimiento de la garantía constitucional de la libertad de competencia

Los obstáculos teóricos antes anotados no pueden, sin embargo, cerrar la investigación sobre el efectivo papel de la competencia en el sistema constitucional a la luz de la evolución de la legislación, sea general o especial, en materia de tutela de la competencia. A menos que no queramos sostener la inconstitucionalidad, o hasta la inconsistencia jurídica de una legislación ordinaria, que en directa aplicación del artículo 41 de la Constitución italiana introduzca en dicho ordenamiento normas de tutela de la competencia y del mercado; hace falta entonces preguntarse, cuál sería el sentido constitucional de la tutela de tales valores.

Es oportuno para tal fin transportar aquí las conclusiones contenidas en la reconstrucción del derecho de iniciativa económica privada elaboradas por Pace. Hemos antes recordado, como la negación de cualquier relieve a la distinción fundada sobre el carácter fundamental, en sentido absoluto o relativo, de los derechos proclamados inviolables por la Constitución e incluso por la doctrina, habían calificado a la libertad económica privada en términos de derecho de la persona. El derecho de iniciativa económica privada se caracterizaría por el hecho de tener un contenido bastante diverso de aquel propio de los derechos inviolables comprendidos en la esfera de la personalidad en cuanto hace referencia a la actividad traducida como gestión de organización de bienes materiales. Tal reconocimiento de la libertad económica en términos de derecho de la persona genera la afirmación de un espacio teórico para la libertad de competencia, garantía implícita de la primera. Al igual que en la iniciativa económica privada, la libertad de competencia, operaría dentro de los límites externos puestos en el segundo párrafo del artículo 41 de la Constitución de Italia y, en particular, en el respeto de los valores de la seguridad, libertad y dignidad de la persona.⁶ En virtud de tal visión, de la libertad económica, la introducción de una legislación *antitrust* representaría una garantía en las hipótesis

⁶ Esta es la síntesis de la solución que acoge PACE, A. *Iniziativa privata e governo pubblico dell'economia*, en Giur Cost, 1979, I, pp.1217 y ss, tesis que ha sido reconstruida y desarrollada por NIRO, R. *Profili costituzionali dell'antitrust*. Ob. cit., pp.110 y ss.

en que la formación de poderes económicos de la vida privada se pongan en contraste ya sea con la libertad económica ajena o con otras manifestaciones de libertad, como por ejemplo pueden ser: la libertad de reunión, de asociación, de manifestación del pensamiento.

En la base de esta hipótesis reconstructiva de la libertad de competencia bajo una influencia subjetiva, existe la desconfianza, sacada a la luz por Baldassarre en los años setenta, alrededor de una perspectiva de sistema, es decir, alrededor de una interpretación que implique la afirmación de la selección de un sistema económico en cual el mercado sea libre. Este último, el mercado, no sería el destinatario de una garantía autónoma: la tutela del libre mercado no constituiría un valor constitucional en sí mismo, distinto y capaz de incidir sobre otros intereses constitucionalmente protegidos y así acogerse a la esfera de la salud, de la seguridad y de la dignidad de la persona. El único valor constitucionalmente relevante sería por tanto el derecho a iniciativa económica privada de la que desciende, con los mismos límites y en las mismas formas de garantía, la «libertad de mercado».⁷

Es evidente, bajo este perfil de diversificación entre la cultura constitucional y el análisis privado del mecanismo de la competencia, que en la gran parte de los estudios dedicados al fundamento de la disciplina jurídica de la competencia desleal, ha sido, ampliamente profundizado el problema de la conexión entre la tutela de la competencia y la defensa de los presupuestos de un sistema económico de mercado.

2. LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA OBJETIVA ESTRUCTURA DEL MERCADO EN LAS INTERPRETACIONES DESDE EL DERECHO PRIVADO

En la tradición del derecho mercantil y de la propiedad industrial, el instituto de la competencia desleal y de tipología de los acuerdos monopolísticos, ha sido examinado desde la perspectiva del sistema económico de mercado implícitamente garantizado en el artículo 41 de la Constitución italiana, referido al derecho de la libertad de iniciativa económica privada.

El dato sobre el cual hacemos esta reconstrucción es la concepción que, los modelos abstractos de competencia y de monopolio, entendi-

⁷ En ese sentido se expresa PACE, A. *Problemática delle libertà costituzionali. Parte speciale*. Ob. cit., pp. 493-494.

dos como modelos opuestos al mercado, hacen difícil una actuación concreta o material: tal afirmación resultaría confirmada por las mismas selecciones constitucionales y de los principios comunitarios.

En ordenamientos, como el comunitario, que se sustentan en la política de competencia, se toma en consideración la posibilidad de la formación de los monopolios (artículo 90 del Tratado de la Comunidad Europea).⁸ Por otro lado, en lo que se refiere al ordenamiento italiano, debe ser subrayada la presencia del artículo 43⁹ de la Constitución; es decir, de una norma que no considera el monopolio de hecho como elemento extraño al sistema, sino solo como el presupuesto para la adopción de medidas discrecionales de expropiación. Eso haría creer que el *favor* expresado por la Carta Constitucional respecto de la economía de mercado no puede ser automáticamente traducida en la garantía del modelo competencial puro: según este planteamiento, la garantía constitucional de la iniciativa económica privada no podría ser utilizada para

⁸ GUGLIEMMETTI G. Y G. GUGLIEMMETTI. *Monopolio (diritto commerciale)*, en Enc. Giur. Treccani, Roma, 1990, vol. XX. Subrayan como el orden comunitario no contiene prohibiciones absolutas de nacionalizaciones. Siguiendo las disposiciones del artículo 90 del Tratado, la disciplina de la competencia también se aplica a las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o titulares con carácter de monopolio fiscal dentro de los límites en que dicha extensión no obstaculice el cumplimiento de la misión que se les haya confiado: es decir, se aplica en respeto del principio según el cual, el libre intercambio no tiene que estar comprometido en medidas contrarias a los intereses de la Comunidad (artículo 90, § 2). No obstante, el Tratado introduce un límite de carácter general en el artículo 37 § 2, cuando sanciona la prohibición de introducción de nuevas formas de monopolios comerciales.

⁹ Nota del traductor: Con el objeto de facilitar la lectura del presente trabajo, incluimos el texto del artículo 43 de la Constitución italiana, así como su traducción al español:

«Articolo 43. A fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti, determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale».

«Artículo 43. En atención a la finalidad de utilidad general, la ley puede reservarse originariamente o trasladar, mediante expropiación y previa indemnización, al Estado, a entes públicos o a comunidad de trabajadores o usuarios, determinadas empresas o categorías de empresas, que estén dedicadas a servicios públicos esenciales o a fuentes de energía o a situaciones de monopolio siempre que tengan carácter preeminente de interés general».

establecer de manera absolutamente radical la selección por los constituyentes de una de las dos formas de mercado.¹⁰

A conclusiones análogas llegó otro sector de la doctrina que, en la tentativa de establecer las dimensiones del principio de la libre competencia en el sistema político-constitucional y los reflejos del mismo sobre los institutos de derecho de la propiedad industrial, subrayó el carácter paradigmático más que residual de aquel principio.¹¹ Según tal línea interpretativa, la estructura competencial mantendría una posición central ya que el sistema constitucional reconoce la libertad de iniciativa económica privada y la propiedad privada. Sin embargo, tal inspiración de fondo del orden constitucional de las relaciones económicas, operaría en un área residual que es aquella de desinterés por las derogaciones introducidas con leyes adoptadas en ejecución de los límites constitucionales para las libertades económicas.

Por lo tanto, la presencia de estos vínculos ha sido vista cómo la fuente de un límite «negativo» de la libertad de competencia: la previsión en el artículo 41 del límite de la utilidad social y el respeto de la personalidad humana sería expresión de un conflicto inmanente entre intereses privados empresariales e intereses de naturaleza social, conflicto que puede ser compuesto, —en la medida en que el desarrollo de los primeros queda subordinado al cumplimiento de la realización de los segundos—, al ser compuesto es entendido como no lesivo. Sobre tales bases se ha excluido que en nombre de la búsqueda de los intereses, encerrado en la fórmula de la utilidad social, (artículo 41, segundo

¹⁰ Según MARCHETTI, P.G. *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*. Ob. cit., p. 79, la elección constitucional por la economía de mercado y no por la competencia en sentido puro habría sido confirmada sucesivamente por la adhesión a los Tratados comunitarios cuyas normas *antitrust* no sancionan la posición dominante en el mercado pero sí el abuso de la misma (artículo 86 del Tratado de la Comunidad Europea). En realidad ya ASCARELLI, T. *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milán, 1960, pp.15 y ss., recordaba que el marco trazado por la Constitución en el artículo 41 y la conexas legitimación de la intervención pública en las actividades económicas de los privados encontraba su correspondencia en los estudios económicos que pusieron en evidencia los elementos monopolísticos innatos en el sistema económico así definido, incluso, los de competencia imperfecta u oligopolística.

¹¹ En ese sentido se expresa FRANCESCHELLI, R. «Valore attuale del principio di concorrenza e funzione concorrenziale degli istituti di diritto industriale», *Riv. Dir. Ind.*, 1956, pp.28 y ss.

párrafo) se pudiera realizar un diseño de funcionalidad positiva de la iniciativa económica y por lo tanto de la libertad de competencia.¹²

La exclusión de una conformación positiva de la libertad de competencia a los intereses sociales derivados de la atribución de un valor supraindividual y macroeconómico al principio de competencia, es puramente imperfecta. La afirmación de libertad contenida en el primer párrafo del artículo 41, confirmada por la previsión taxativa de las intervenciones públicas prevista por el artículo 43 y corroborada por el sistema económico comunitario, fundado en la integración a través del mercado común, atribuiría un «valor de sistema» al principio de la libre competencia. En aquellas disposiciones no se debería, por lo tanto, leer solo una tutela de las posiciones individuales delante de la intervención pública, sino que sería más oportuno reconocer a las mismas un alcance estructural (de naturaleza macroeconómica).¹³ Obviamente, ello no elimina la posibilidad que el sistema pueda padecer desviaciones en virtud del límite de la utilidad social: exigencias de naturaleza social podrían inducir el sistema a una reducción de los mecanismos competitivos que preceden a la formación de los precios en caso de que la idea de fijación autoritativa de los mismos sea dictada por la necesidad de tutelar intereses atribuibles a los valores constitucionalmente garantizados de la salud y la seguridad de la persona.¹⁴

¹² GHIDINI, G. «Monopolio e concorrenza». *Enc. Dir.*, Vol. XXVI, Milán 1976, 786 y ss, distingue el plano objetivo del plano intersubjetivo de la investigación sobre el monopolio y sobre la competencia distinguiendo el aspecto estructural (estático) de aquel funcional (dinámico) de la iniciativa económica. Bajo el perfil estructural, el sistema se basa en la correlación entre el artículo 41, primer párrafo y el artículo 43 de la Constitución italiana. En lo que se refiere al aspecto funcional, la referencia al dato constitucional está en el principio de la utilidad social, del cual el segundo párrafo del artículo 41 y el principio general del *favor* cumplen una función de tipo competitiva implícita en el párrafo primero.

¹³ GHIDINI G. *Slealtà della concorrenza e Costituzione economica*, Padova 1978, p. 90, al definir los parámetros del comportamiento de la competencia desleal a la luz de los principios constitucionales, equipara los intereses del mercado expresados en la garantía de libertad de la cual el primer párrafo del artículo 41 forma parte con aquellos intereses sociales extras-empresariales contenidos en el párrafo segundo. Ambas normas operarían como criterios —límite y no como criterios— dirección de la libertad de competencia que tiene valor de principio general del sistema, además de las relaciones intersubjetivas.

¹⁴ GHIDINI, G. *Monopolio*. Ob. cit., p. 806, recuerda que con la sentencia del 26 de enero 1957 n.º 29 la Corte juzgó, conforme al artículo 41 de la Constitución

Una vez reconocido el alcance estructural del principio de la libre competencia ha sido posible elevar el mismo al rango de principio de orden público interno capaz de comportar la nulidad de las cláusulas negociables dirigidas a introducir límites a la libre competencia.¹⁵ La presencia de los vínculos con los cuales el legislador interviene en la derogación del principio de libertad económica no reduciría la centralidad del mismo, puesto que aquellas intervenciones no legitimarían el desarrollo de la autonomía contractual, que es expresión directa de la iniciativa económica, prescindiendo en absoluto de la defensa de un bien fundamental cuál es la libertad de competencia. A partir de ello, derivaría la nulidad de todos aquellos pactos negociales dirigidos a causar una eliminación, y no solamente una reducción, de la libertad económica que es libertad individual y también es libertad de mercado: de la garantía constitucional de la libertad económica se llega así a identificar en la libre competencia la pieza informadora del sistema de la cual derivaría la configuración de una libertad económica también concebida en términos de libertad de mercado.¹⁶

2.1 La insuficiencia del artículo 41 de la constitución respecto a la amenaza de formación de monopolios: la intervención *antitrust* como garantía del valor social de la libertad de competencia

Precisamente, en relación con el contenido de la libertad económica hemos, también observado que si, en línea de principio, la libre competencia puede ser reconducida a la libertad de iniciativa económica privada,¹⁷ no sería igualmente cierto que su contenido tenga por objeto

italiana, la imposición autoritativa de los precios para los productos farmacéuticos en virtud de la preeminencia de los intereses de salvaguardia de la salud pública con respecto de la tutela de la libre competencia.

¹⁵ Cfr. GUGLIEMMETTI, G. *Limiti negoziali della concorrenza*, Padova, 1961, pp.10 y ss, cuya investigación se mueve en la idea que, como todas las manifestaciones de la idea de libertad, la libertad económica constituye un valor fundamental y como tal no puede ser suprimida si no es en tanto atenta contra el orden público económico de nuestro país (Italia), así, tenemos que el objetivo perseguido por el artículo 41 es tutelar, en el máximo grado posible, la libertad de competencia restringiéndola solo a los intereses generales y jamás a los intereses particulares.

¹⁶ Cfr. GUGLIEMMETTI, G. Ob. cit., p.17.

¹⁷ GALGANO, F. *Articolo 41*, en *Commentario della Costituzione*, en atención de BRANCA, G. *Rapporti economici*, Turín, Boloña-Roma, 1982, 11, ubica en la libertad de iniciativa económica la fuente de la libertad de competencia: esta (la

el mercado, o bien el libre acceso al mismo y al disfrute del derecho a operar en su interior bajo condiciones de igualdad. La ausencia en el ordenamiento italiano de una legislación *antitrust* tendría de hecho favorecida la formación de monopolios: la única garantía es reconocida en la reserva de ley puesta como límite a la injerencia de los poderes públicos, sin embargo, dicha reserva garantizaría la libertad económica como una «libertad para» y no como una «libertad de». Del carácter negativo de tal libertad derivaría la insuficiencia de la garantía de libertad económica contenida en el párrafo primero del artículo 41 de la Constitución. Tal lectura aspira a resaltar la idoneidad del principio en análisis y garantizar la libertad de las pequeñas y medianas empresas respecto de los poderes ajenos de las formaciones monopolísticas y de una inevitable subordinación a la exigencia de grandes capitales.¹⁸

Justamente por la desconfianza en la capacidad de autogobierno del mercado y en las virtudes autónomas de la libre competencia, hacia finales de los años ochenta, una acreditada parte de la doctrina mercantil ratificaba la necesidad de una intervención legislativa dirigida a mantener la dinámica competitiva. A la natural incapacidad del mercado de resolver sus inevitables conflictos derivados de la competencia, se hizo necesaria una intervención *antitrust* cuya justificación no podría ser hallada en la libertad de iniciativa, cuanto más aún en el límite exterior de la utilidad social.¹⁹

La existencia de un mercado de tipo competitivo implica no solamente que el monopolio constituya la excepción, sino que también la

libertad de competencia) sería un aspecto de la libertad de iniciativa económica en cuanto la libertad económica del individuo se presenta en relación con la iniciativa económica de los otros como libertad de competencia.

¹⁸ En ese sentido se manifiesta GALGANO, F. Ob. ult. cit., 12 y ss.

¹⁹ OPPO, G. «*L'iniziativa economica*». *Riv. Dir. Civ.*, 1988, I, 332, sustenta que la valoración en orden a la idoneidad de los acuerdos y las concentraciones a falsear el libre juego del mercado no puede ser realizada en base del valor de la libertad de iniciativa, sino de la regla en ella exteriorizada de la utilidad social. A tal valor también se remite la Corte Constitucional en las decisiones en que ha deseado la adopción de una legislación *antitrust*: en la sentencia de 15 de mayo 1990 n.º 241, en *Giur. Cost.*, 1990, 1467, la Corte, declaró infundada la cuestión de legitimidad de exclusividad en favor del SIAE de los derechos de utilización económica de los operadores tutelados por la gestión misma, localizó *la ratio* de la tutela contra el abuso de posición dominante en la utilidad y en los objetivos sociales desde el momento que la libre competencia, puede ser un valor básico de la libertad de iniciativa económica privada, y es funcional a la protección de

formación de poderes privados sea objeto de prohibiciones y de sanciones. El hecho que la libertad de competencia sea expresión de la libertad económica entre los operadores, la coloca como natural expresión del desarrollo de la libertad de iniciativa: los vínculos puestos por garantía de su mantenimiento no podrían encontrar pues otra fuente de legitimación que en el límite de la utilidad social.

Es evidente como a partir de este planteamiento surge la exigencia de garantizar un aspecto de la libertad económica, es decir la libertad de competencia, no como un valor en sí mismo, sino más bien, mediante una intervención inspirada en la tutela de los intereses de la colectividad reconducidos a la cláusula de la utilidad social. El reclamo a la utilidad social vale para reconducir las manifestaciones de la iniciativa económica, primero entre todas la libre competencia, a la regla de la colectividad, a los valores del pluralismo democrático y luego a las directivas de una «moral social» que condicionarían las interpretaciones de las relaciones económicas.²⁰

De la idea que el diseño trazado por el artículo 41 deba ser valorado a la luz de los valores constitucionales de solidaridad e igualdad (artículos 2 y 3), referidos a la superación del planteamiento corporativo e interclasista de las relaciones económicas, emergería además la preferencia por el equilibrio atemperado de los intereses en conflicto, según las normas del «máximo social».²¹

los intereses de la colectividad de los consumidores. En términos análogos, la sentencia de 16 de diciembre 1982, n.º 223.

Estas interpretaciones son criticadas por PACE, A. *Sulla rilevanza della questione di legittimità costituzionale dell'articolo 180 della l. N. 633 del 1941 e sulle norme costituzionali concernenti la libertà di impresa*, en *Giur. Cost.*, 1990, 1482: pues para este autor la tutela de la competencia y el mercado estarían predispuestos antes que a la tutela del consumidor, a la garantía de la libertad de empresa y por tanto a la tutela del consumidor atribuible a la tutela de la utilidad social, entonces, no sería una función límite, en tanto inderogable.

²⁰ OPPO, G. «Diritto dell'impresa e morale sociale». *Riv. Dir. Civ.*, 1992, I, pp. 15 y ss, subraya como la moral social, acuerdo como la síntesis de la exigencia morales y espirituales advertidas por la conciencia civil, insertas sobre la economía capitalista y exige de estas respuestas: por esta razón de fondo la búsqueda de las reglas impuestas al mercado no pueden ser desarrolladas mas que al interior de valores supraordenados a la iniciativa económica

²¹ SANTAGATA, C. *Concorrenza sleale e interessi protetti*, Nápoles, 1975, p.193: sobre el valor de la Constitución como expresión del pluralismo social CAVAZZUT, F. *Capitale monopolistico, impresa e istituzioni*, Boloña, 1974, pp. 69 y 75

2.2. Las reglas de la competencia en la definición del orden de mercado: la conciencia del pluralismo de las formas de competencia

La perspectiva ofrecida por el análisis del derecho privado, evidencia los dos aspectos de la dinámica competitiva: junto a la perspectiva individual de la libertad de competencia entendida como expresión de la libertad económica ha sido analizada la perspectiva del sistema económico de mercado. El mercado, en realidad es tomado no en consideración de su valoración abstracta como principio general, sino como referencia a la empresarial de la noción de competencia. El problema del ámbito de la garantía de la libertad económica ha sido afrontado por la doctrina mercantil con referencia al problema de la forma de mercado en relación con el tipo o los tipos de competencia que el orden jurídico reconoce.

En esta óptica se justifica la afirmación, antes examinada, según la cual, difícilmente el ordenamiento constitucional italiano podría proveer la cobertura a un sistema competitivo puro en virtud del reconocimiento de la intervención pública como posible instrumento correctivo de la tendencia monopolística típica de un sistema imperfectamente competitivo. Tenemos a este propósito, resumido en la primera parte de la búsqueda, las muchas nociones de competencia deducible del análisis económico: junto al modelo de la competencia pura o perfecta la atención de la investigación económica se ha orientado progresivamente hacia las formas «imperfectas» de competencia y por lo tanto, aquellos componentes monopolísticos que pueden existir al interior del marco de la economía de mercado. El pluralismo de las formas de mercado atribuible a las diversas formas de competencia, constituye la premisa del análisis del relieve jurídico de la noción de competencia desarrollada en los años sesenta por Franceschelli. Partiendo de la premisa de la pluralidad de acepciones del término competencia, el autor desarrolló la idea de competencia en términos técnico-jurídicos. La búsqueda estuvo promovida por la necesidad de localizar junto al significado común, en cuyo el término competencia es sinónimo de competición, y a las acepciones técnico-económicas relativas a las condiciones totales que sustentan una determinada forma de mercado, una noción jurídicamente relevante de competencia.²² Ya que el derecho se ocupa de las

²² En ese sentido FRANCESCHELLI, R. «Conclusioni sulla concorrenza», en *Studi e capitoli sul diritto della concorrenza*, ob. cit., 1119 y ss.

relaciones humanas y no de las relaciones entre dimensiones económicas como la oferta y la demanda, sus reglas podrán disciplinar singulares elementos e institutos que a su vez influenciarían el íntegro del sistema, interpretado según las categorías de los economistas.

En el planteamiento de la cultura económica, la competencia comprende la presencia de una pluralidad de operadores que solicitan y ofrecen en una determinada unidad de tiempo productos y servicios homogéneos (cuando la competencia es pura) o (como ocurre en la realidad concreta) sucedáneos al interior de un mismo mercado, con el objeto de adquirir para sí una clientela.²³ Con respecto a este esquema de base, la estructura de un ordenamiento jurídico impone un complejo marco de disposiciones que interaccionan con los comportamientos de la demanda y la oferta y con el mecanismo de la formación del precio: del análisis de los institutos introducido por las normas jurídicas, es posible aclarar si el sistema se acerca al modelo extremo de la competencia perfecta o bien al monopolio. De este análisis han emergido los elementos jurídicos que combinándose con la estructura de base del modelo económico permite localizar el valor jurídico de la competencia dentro del sistema. Por el análisis jurídico se hace notar la presencia de una pluralidad en los operadores, el ser de los operatorios activos en la oferta o en la solicitud del mismo producto o de productos sustituibles. En lo que concierne al elemento del mercado dentro del cual aquellos operan, es obvio que el mismo puede estar circunscrito por parte del ordenamiento a través de normas que excluyen, por ejemplo, la posibilidad de comercio de determinados productos; en lo que atañe al objeto del cambio, es sumamente improbable la subsistencia del requisito de la homogeneidad de los productos en virtud de las reglas civiles sobre la protección de los signos distintivos, de la marca o bien de las patentes que aspiran a proteger la unicidad y la limitada posibilidad de reproducción del bien protegido. Precisamente en virtud de este complejo de garantías, el cambio de mercado padece modificaciones con respecto del modelo económico, puesto que las formas de protección de la invención generan inevitablemente una reducción de la competencia: la existencia de invenciones patentadas, de modelos de utilidad,

²³ Son estos los presupuestos de base que recurren en un mercado competitivo, los cuales han sido resumidos por FRANCESCHELLI, R. «Conclusioni...», ob. cit., pp. 1141 y ss.

de la difusión de obras artísticas se traduce en la concesión de verdaderos y propios monopolios de producto.²⁴

El modelo de mercado competitivo elaborado por los economistas interaccionando con las reglas del ordenamiento, padece de los correctivos que permitirían traducir en términos jurídicos el mecanismo competitivo. En la perspectiva del derecho mercantil se utiliza el elemento de hecho representado por la competición de varias empresas: estas se consideran operantes en un régimen de competencia cuando «son capaces de ofrecer (o demandar) bienes o servicios susceptibles de satisfacer, también en vía sucedánea, la misma necesidad o necesidades parecidas o complementarias, en el mismo ámbito de mercado, aun cuando la competencia resulta de un conjunto de bienes o servicios sucedáneos y las empresas se valen de elementos dirigidos a transformar en una oferta de monopolio la oferta concurrencial, siempre que tales elementos sean aquéllos que, en consideración de su utilidad social, el ordenamiento reconoce en vía específica y de tutela».²⁵

En esta articulada definición jurídica de competencia permanece la estructura de base del esquema económico del mercado competitivo, pero junto a ella operan principios de organización de la empresa dictados por el derecho: cuando el ordenamiento jurídico interviene para salvaguardar determinados aspectos del cambio del mercado y de la organización de la empresa, las categorías económicas de la competencia padecen desviaciones tales como devolver el sistema mucho más cerca del modelo económico de la competencia imperfecta o bien de aquel modelo económico en el que se introducen elementos monopolísticos legados a las formas de protección jurídica consistente en la tutela de la discreción, de los secretos o bien de la invención.

El análisis jurídico de la competencia parece por tanto moverse del dato objetivo de la estructura económica y por lo tanto profundizar en los elementos normativos que interaccionando con aquella estructura desplazan la atención de los modelos extremos de la competencia pura y el monopolio a formas imperfectas de competencia, caracterizadas por elementos de naturaleza monopolística. La perspectiva utilizada por los estudiosos del derecho privado de la competencia tiene en cuenta

²⁴ Sobre las reglas jurídicas capaces de reducir el mecanismo competitivo, ya sea del lado de la oferta como aquel de la demanda, véase la reconstrucción de FRANCESCHELLI, R. *Ob. ult. cit.*, 1143.

²⁵ Definición jurídica de competencia formulada FRANCESCHELLI, R. *Ob. cit.*, 1144.

pues el dato económico utilizado, y reelaborado, en las categorías de las formas de mercado, insertándolas dentro del específico papel social de las reglas puestas por el derecho al cambio de mercado.²⁶

3. EL SIGNIFICADO DE LA GARANTÍA DEL MERCADO COMPETENCIAL DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

El análisis constitucional no puede ciertamente presumir de los clásicos estudios de derecho mercantil dedicados a desarrollar la relación entre las reglas jurídicas y la elección de la economía de mercado. Tenemos por lo demás, lo recordado en el capítulo anterior referido a los orígenes históricos y culturales de una laguna, en parte, debido al continuo reenvío de la introducción de una ley nacional *antitrust*.

La dificultad de la cultura constitucional de construir sobre la base del artículo 41 de la Constitución italiana la libertad de competencia existe no solo en la perspectiva objetiva, de la competencia citada, es decir, aquella referida a una genérica estructura de mercado, pues de lo contrario podría ser también ampliada a la definición de la competencia en influencia subjetiva.

La acusación de conceptualismo referida a la tesis que vería en la libertad de competencia la transposición de la libertad de mercado, podría en efecto también ser extendida en la idea que, para quedar en el ámbito de la subjetividad de la garantía, es necesario definir la competencia en términos de garantía operante en las relaciones intersubjetivas. En cambio, tales relaciones no tienen naturaleza abstracta e hipotética, sino que se forman dentro de la estructura de mercado, contribuyendo a su concreta definición.

²⁶ Quedan fundamentales a tal propósito las observaciones de FRANCESCHELLI R., *La concorrenza come strumento concettuale di ricerca*, en *Studi e capitoli*, ob. cit., p. 25, que remarcan la necesidad para el jurista que se tiene que confrontar con las categorías de la competencia y el monopolio de conocer las categorías de la economía: Obviamente esto no significa que todas las categorías económicas sean relevantes para el derecho, sino solo que su comprensión pertenece a la tradición del derecho mercantil y más en general a la realidad irrefutable de un derecho y una economía que se enferman recíprocamente. Sobre los muchas formas de competencia y sobre la relación biunívoca entre derecho y mercado, véase la parte I, capítulo II.

Una hipótesis reconstructiva, capaz de superar las antedichas dificultades, podría ser formulada sobre la base de la investigación desarrollada en la primera parte de nuestra búsqueda conceptual: En otras palabras, es posible que una vez aclarado que el mercado no puede ser entendido como hecho precultural, como lugar de la libertad y de la absoluta ausencia de reglas, se deba encontrar una relación objetiva entre las nociones de competencia y mercado capaz de explicar la afirmación del legislador según la cual la adopción de normas para defensa de la competencia y el mercado constituye la realización directa de los principios puestos en el artículo 41 de la Constitución (artículo 1, Ley número 287 del 1990).

Si se acoge la idea del mercado como hecho cultural, también es posible atribuir al mismo el carácter de institución social: como tal, opera dentro de la sociedad; es una de sus expresiones y por tanto no vive de modo separado. En esta óptica pierde cualquier valor la tradicional objeción basada en la separación entre el automatismo perfecto del cambio del mercado y la sociedad, puesto que las relaciones de mercado contribuyen a definir el cuadro de las posibles formas de integración social.²⁷ En el fondo, es este el mensaje que la moderna doctrina sociológica ha descubierto, y continua utilizando en sus búsquedas, encontrado en los profundos análisis de Polanyi: a la unicidad del cambio del mercado, la competencia puede a su vez asumir formas y dimensiones diferentes. El polimorfismo de la noción y el mecanismo competitivo que hemos subrayado en la primera parte de la investigación, constituye la premisa para profundizar la relación entre la dinámica de la competencia y los valores constitucionales. Acerca de esto, hace falta reincorporar la contribución teórica de los planteamientos que, subrayando el aspecto dinámico de la competencia y de su capaci-

²⁷ La reconstrucción de HABERLE, P. *I diritti fondamentali nelle società pluraliste*. Ob. cit., p.139, dirigida a comprender el mercado en el área de la cultura (sobre el punto v. amplius, parte II, cap. II) debe ser puesta en relación con el papel institucional que el mismo autor reconoce a las libertades contractuales y de competencia. Las limitaciones que el legislador pone a estas libertades deberían considerarse como límites en sentido superficial: por ejemplo la legislación *antitrust* reduce (limita) la libertad contractual y de competencia de algunos singulares operadores, sin embargo, el fin último es salvaguardar y mantener en vida tales libertades como institutos. Gracias a aquellas limitaciones las libertades económicas mantendrán su carácter basado en la libertad. HABERLE, P. *Le libertà fondamentali*, ob. cit., pp.147-148.

dad de proveer los instrumentos para buscar las guías de construcción del ordenamiento de mercado, tenemos, definitivamente abandonada la idea estática de la competencia perfecta y de la conexas ideología del mercado como sistema perfectamente autorregulado y completamente separado por los mecanismos de la integración social.

La remisión a las raíces culturales y teóricas de la evolución de las nociones de mercado y de competencia, debería constituir un soporte válido para superar las objeciones que han sido inducidas alrededor de las reconstrucciones de los privados y a la confianza por ellos repuestos en la posibilidad de deducir de la tutela de la libertad económica una perspectiva de sistema, o bien el síntoma inequívoco a favor del Constituyente por la economía de mercado, y, por otro lado, a la posibilidad de construir una libertad de competencia dentro de las relaciones de tipo horizontal, atadas a la coexistencia en un determinado sector de una pluralidad de sujetos, todos titulares de libertad económica.

En particular, si la primera objeción tiende a reducir a una fórmula meramente descriptiva la complejidad de las razones que son la base de las selecciones realizadas por los Constituyentes en la aprobación del capítulo III, la segunda, incluso reconociendo a la competencia digna de libertad fundamental, se tiende a trasladar la garantía individual a un ámbito dinámico, representado por las relaciones entre muchos sujetos titulares de libertad económica, sin tener en cuenta la dimensión concreta en que aquellas relaciones se desarrollan.

3.1. El aspecto dinámico de las relaciones entre mercado y libre competencia: la diferencia entre la garantía subjetiva de las singulares competencias y la aplicación de las reglas *antitrust*

El aislamiento de la perspectiva de la garantía objetiva del mercado intenso como lugar de la eficiencia y la mejor forma de asignación de los recursos, al igual que el aislamiento opuesto de la competencia considerada como forma relacional del gozo de una libertad reconocida a los individuos por los principios constitucionales, son expresiones de la separación de los dos conceptos de mercado y de competencia que la reconstrucción desarrolla en la primera parte, y que por el contrario, han demostrado estar estrechamente conectados.

Es difícil imaginar la reconstrucción del papel esencial que, en la teoría de A. Smith, tiene el valor de la ética del mercado sin añadir que el mantenimiento en su interior de la competencia representa la ver-

dadera garantía de igualdad en las relaciones económicas, igualdad a la que se contraponen la estructura de mercado basada en el oligopolio, al contrario de las fuentes de injustificadas e inaceptables discriminaciones. Es al mismo tiempo engañoso una perspectiva de análisis del pensamiento de la escuela liberal que no considera las reglas que Hayek atribuía a la competencia concebida como un instrumento de conocimiento que orienta el mercado hacia aquella búsqueda de soluciones óptimas respecto de las cuales el conocimiento humano se presenta absolutamente imperfecto y limitado. Análogas consideraciones podrían ser desarrolladas en relación con las posiciones teóricas exactamente opuestas a aquellas ahora advertidas: tomar conciencia del papel destructivo de las relaciones sociales en la organización de mercado deriva la cultura marxista de la capacidad de la competencia para provocar los mecanismos capaces de llevar a la guerra social y a la misma destrucción del mecanismo competitivo.

La explicación desde la perspectiva subjetiva de la libertad de competencia dentro de un genérico ámbito de relaciones intersubjetivas, no encuentra correspondencia ni siquiera en la interpretación «auténtica» provista por la Autoridad *Antitrust*. En una reciente decisión, adoptada en el ámbito de los poderes consultivos, está contenida algunos principios que pueden confirmar la necesidad de no aislar la dimensión individual de la tutela de la competencia a la concreta estructura del mercado.

Con ocasión de un aviso a las Cámaras titulares de la aprobación en curso de un proyecto de ley disciplinante de la formación de los contratos de suministros industriales inspirados en el objetivo de garantizar la transparencia y la corrección en las transacciones comerciales entre empresas, la Autoridad *Antitrust* aclaró la relación entre la violación de las reglas competitivas dentro de las relaciones contractuales interprivadas y la figura típica del abuso de posición dominante.²⁸ Las perplejidades se han apuntado sobre el artículo 10 de dicho proyecto de ley en la parte en que introdujo como noción de abuso de posición dominante aquella basada en la configuración de comportamientos individuales en la contratación y sobre los efectos que la misma habría producido en los intereses de la contraparte.

²⁸ La Autoridad Garante de la Competencia y el Mercado, *Subfornitura industriale*. Resolución del 20 de junio de 1995, en *Bollettino*, n.º 23 de fecha 28 de junio de 1995, pp.37-38.

El abuso de posición dominante en cuestión, sería sancionado ante la presencia de comportamientos cometidos por los clientes dotados de una mayor fuerza contractual con respecto de los proveedores, comportamientos que se demuestran perjudiciales por estos últimos. El nuevo supuesto de hecho sancionable habría querido introducir en el artículo 3 de la ley número 287 del 1990, disciplinante precisamente de la hipótesis del abuso de posición dominante sobre el mercado, una valoración de tipo «subjetiva»; es decir, extraída de la consideración de la efectiva capacidad del comportamiento cometido por los contrayentes, sospechoso de explotar por la fuerza una posición individual en la relación contractual con incidencia en la estructura de las relaciones de mercado. La Autoridad *Antitrust* no duda que la salvaguardia del valor de la corrección en las relaciones contractuales es importante «por la competenciabilidad de los mercados», pero la valoración en términos de relaciones entre intereses individuales de las partes de una relación económica tiene que ser necesariamente fijada a la estructura del mercado: la presencia en su interior de sujetos capaces de no tener la posibilidad de cumplir selectas alternativas respecto de aquella propuesta por los contrayentes son capaces de generar de por sí la presencia del supuesto de abuso de posición dominante sancionada por el artículo 3.

Distinto es el caso en que se fija en los intereses de las partes de la relación contractual, en los cuales la falta de igualdad de los mismos se verifica en el cambio bilateral: la presunta posición dominante «relativa» de una de las partes va atemperada con la estructura del mercado relevante para verificar si en su interior están ausentes las alternativas económicamente significativas para el contrayente débil.²⁹

3.2. Los reflejos de la libertad de competencia de los singulares operadores económicos y su incidencia en las estructuras del mercado

El ejemplo práctico, ahora remitido, nos parece por demás útil para precisar los límites de una construcción doctrinal que, sobre la base de

²⁹ Sobre la base de este análisis, la Autoridad termina afirmando que la falta de igualdad en las relaciones contractuales representa un valor digno de tutela abstracta y que por ser objeto de sanción ocurriría una identificación específica y distinta de supuesto de hecho que corresponde a los propios criterios hermenéuticos: a partir de esta premisa derivaría la falta de reconducción de la hipótesis objeto de la disciplina legislativa al interior del *genus* del abuso de posición dominante descrito por el artículo 3 de la ley n.º 287 de 1990.

su falta de identificación en términos jurídicos de la noción de mercado, construye la tutela de la competencia basándose en la proyección de la libertad económica individual en las relaciones interprivadas sin considerar que las mismas determinan la estructura del mercado, ya sea del lado de la demanda como de la oferta. Con base en la posición del individuo respecto de aquella estructura, es posible deducir la existencia o al menos un comportamiento anticompetitivo y hacer tan concretamente operativa la disciplina *antitrust*.

Vale la pena recordar que la desigualdad de las relaciones contractuales derivadas de la presencia de una contrayente débil ha sido, por la doctrina civil, dirigida a la disciplina de los límites impuesta por el segundo párrafo del artículo 41 de la Constitución de la iniciativa económica privada: el relieve que indirectamente asumen intereses de naturaleza social en la conquista de una posición dominante de una de las partes no releva los objetivos de la valoración del comportamiento anticompetitivo tal como ha sido construido por la legislación *antitrust* si no seguido por una esmerada ponderación de los reflejos de la «dominancia relativa» dentro del mercado relevante que permita proyectar la valoración de la relación contractual dentro de las características objetivas y subjetivas del mercado.

La ponderación del interés al mantenimiento de la libre competencia con la exigencia de garantizar valores diferentes al íntegro de los que se coloca la corrección y la equidad en las manifestaciones de autonomía contractual, indirectamente tuteladas por el artículo 41, no puede ser programada en una dimensión estática, referida a la posición de las partes en el contrato.

Es oportuno decir que, aquel interés merecedor de tutela a la luz de los valores contenidos en el párrafo segundo del artículo 41, se hace objetivo en una posición de defensa con respecto de la formación de un poder sobre el mercado: en otras palabras, hace falta que sea posible verificar que frente a una relación intersubjetiva, esta se haya basado en el abuso del poder privado de la parte contractualmente más fuerte, lo que viene siendo también una alteración de la competencia. Tal distorsión podrá ser solo constatada poniendo en relación el poder de mercado de la empresa sospechosa con la posición de las competidoras que operan dentro de aquella determinada área de mercado.

3.3. Hacia la superación de la alternativa entre la garantía constitucional de la libertad de competencia y la tutela de las objetivas estructuras del mercado: competencia y apertura del mercado

Los principios que emergen de esta importante decisión ayudan a comprender las razones de la insuficiencia de la alternativa entre la interpretación de la libertad de competencia en influencia exclusivamente objetiva, referida a la estructura de mercado y la valoración en términos exclusivamente subjetivos de la antes mencionada libertad.

La derivación de la libertad de competencia de la garantía puesta en el artículo 41 de la Constitución constituye, sin duda, la necesaria premisa para la descripción del valor constitucional de la competencia del mercado: Para la concreta verificación del respeto de la competencia en las relaciones entre sujetos titulares del derecho fundamental de iniciativa económica privada hace falta considerar las objetivas estructuras del mercado puesto que está basada en la medición del efecto sobre las mismas del comportamiento denunciado que se puede medir concretamente en el grado de tutela de la competencia en un determinado sistema económico. La garantía asume pues una perspectiva dinámica que supera la dimensión subjetiva de la competencia evaluada desde el criterio de la garantía de los individuales operadores económicos por estar presentes dentro de un determinado mercado. La garantía de la competencia del mercado está en primer lugar haciendo posible la apertura del mismo: la característica dinámica de la competencia impide definir *a priori* las condiciones del mercado de referencia y el punto crucial de la posición al interior de los operadores que protagonizan el intercambio.

La identificación del interés de la competencia del mercado, garantizado por la aplicación de las reglas *antitrust*, en el derecho de los singulares operadores económicos por ser titulares en posición de igualdad con los otros de la libertad de acceso al mercado, expresa en realidad solo uno de los posibles resultados del mantenimiento de la competencia en el mercado.

Queriendo definir el derecho a la libre competencia en términos de garantía de la formación de poder económico monopolístico se acaba indirectamente por configurar un derecho del individuo por estar cuanto menos presente dentro del mercado. Este interés tiene por sí, un valor relativo: la conciencia de la imperfección del mecanismo competi-

tivo es la base de la noción dinámica de la competencia y la regla de instrumento de investigación respecto del ordenamiento espontáneo y no preconstituido del mercado. En este contexto la apertura del mercado y, por tanto, la posibilidad de acceso del individual operador privado pueden ser, también, solo meramente potenciales: no menos, se podrá afirmar que en estas condiciones no se garantiza la competencia. En el polimorfismo de las dinámicas competitivas hay, en efecto, una competencia potencial cuya garantía no se acompaña necesariamente con la presencia efectiva de una pluralidad de operadores, siendo a la necesidad suficiente la garantía para el acceso, aunque sea también potencial de nuevos operadores. Los confines entre la garantía de la competencia del mercado y la efectiva garantía de los operadores de accederles y de no padecer las restricciones derivadas de la formación de poderes privados, son por tanto confines móviles que pueden agregarse efectivamente o solo potencialmente.³⁰

4. EL ASPECTO DINÁMICO DE LA COMPETENCIA Y LA MOVILIDAD DE LA COMPOSICIÓN DE LOS INTERESES CONSTITUCIONALES EN LA DEFINICIÓN DEL DERECHO PÚBLICO DEL ANTITRUST

El orden competitivo del mercado representa el punto de llegada de un proceso de transformaciones atadas al operar de la libertad de competencia. Por esta razón la garantía del sistema económico de mercado no puede estar acogida en su formulación genérica, cuando más aún en la forma de una garantía «móvil» atada al operar de la competencia y del continuo interaccionar de esta última con los demás intereses, de naturaleza económica o social, también de importancia constitucional. Es evidente que el resultado de este proceso no puede ser definido *a priori*, ni se pueden en ningún modo ordenar las relaciones entre el orden de un determinado mercado y la garantía de los individuos a mantener en su interior la posibilidad de expresar en las relaciones interprivadas el pleno gozo de la libertad de competencia. Es igualmente difícil definir *ex ante* las condiciones respecto de las cuales, la libertad puede ser reducida con el objeto de garantizar intereses distintos de aquel del mantenimiento de la competencia del mercado.

³⁰ Sobre la noción de competencia potencial, véase *amplius*, parte I, cap. II.

En la misma medida en que la movilidad de la lógica del balance permite también comparar el valor de la libertad económica con valores inmediatamente atribuibles a la esfera de la dignidad de la persona, la afirmación, según la cual, la competencia sería al igual que la iniciativa económica un derecho de la persona garantizado dentro de los límites del segundo párrafo del artículo 41 de la Constitución italiana, no puede ser interpretada en el sentido de considerar la competencia del mercado como un interés por definición no comparable con los valores de la utilidad social o bien de la libertad, seguridad y dignidad de la persona. No solo tal comparación sirve de base a las operaciones de equilibrio entre la libertad económica y las otras libertades, en cuánto contribuyen a la definición de los extremos del conflicto que las Cortes están llamadas a solucionar, sino también porque pertenecen al modo de operar de los sistemas en los cuales está garantizada la libertad de competencia.

El objetivo del mercado competitivo supera pues, de un lado, la idea que su contenido únicamente es la proyección de la libertad económica en las relaciones interprivadas y por otro lado, localiza un proyecto de construcción del mercado competitivo que va más allá de las disputas sobre la relación entre el artículo 41 de la Constitución italiana y la adopción de un genérico modelo económico de mercado.

El análisis del empalme entre la competencia y la estructura del mercado de referencia, así como las modalidades del equilibrio entre la aplicación de las prohibiciones como garantía de la competencia del mercado con los valores externos de naturaleza económicos - sociales capaces de limitar la aplicación de las reglas *antitrust* será ilustrado en la última parte de la búsqueda a la luz de la «jurisprudencia» de la Autoridad *Antitrust*: sin embargo, antes hace falta explicar el perfil comunitario de la naciente cultura del mercado para localizar el significado que las instituciones comunitarias atribuyen a la relación entre la competencia y la apertura del mercado.