

El Derecho de la Competencia desde una perspectiva constitucional

Jesús Alfaro Águila-Real

Competencia y libertad

En los países de economía de mercado, el Estado trata de garantizar que el sistema económico funcione competitivamente porque la competencia entre los productores garantiza la libertad de los individuos en todos los ámbitos en los que reciben bienes y servicios de otros y, en segundo lugar, porque cumple una serie de funciones altamente beneficiosas para el bienestar social fundamentalmente garantizar la eficiencia del sistema productivo.

La propiedad privada de los medios de producción – y la competencia que tal titularidad privada genera – garantiza a los individuos que no se verán sometidos al dictado de un sólo proveedor. Ante el intento de explotación por parte de éste, el individuo podrá dirigirse a otro para obtener el bien o servicio de que se trate. La competencia actúa como un instrumento de desapoderamiento de los participantes en el mercado evitando que se produzcan situaciones de poder económico que acaben determinando las decisiones sociales. Tal desapoderamiento se produce porque el empresario en competencia no tiene, en ningún momento, garantizada su posición actual en el mercado. Al contrario, está amenazado permanentemente por la posible entrada de un nuevo competidor o la reacción de los competidores frente a sus intentos de extraer rentas de los consumidores. Esta concepción de la relación entre Derecho y Economía que pone el centro de atención en el Derecho de la Competencia y en la Constitución debe mucho a la Escuela de Friburgo (ordoliberales). Esta libertad desaparece cuando la producción -y la propiedad de los medios- se reserva al Estado o se encuentran en manos de un monopolista. Al proteger la competencia, pues, se protege la libertad.

En relación con los fines del Derecho de la competencia, este planteamiento se traduce en dos diferentes “filosofías”. Como dice Andriychuk

Hay dos enfoques conceptuales para entender la competencia: el utilitario y el deontológico. Según la visión utilitaria, la competencia no vale mucho; es el bienestar social lo que realmente importa en la Economía. Los partidarios del enfoque deontológico, por el contrario, sostienen que la competencia debe ser protegida y fomentada sin condicionar ésta a los resultados finales que produzca la competencia, sino como un elemento importante de la libertad de modo que la competencia como proceso puede ser visto como un importante (constitucional) valor de la democracia liberal

Para los utilitaristas, por el contrario, la competencia se concibe como un instrumento, como una forma de lograr algo que, por sí mismo, tiene un valor más alto que la competencia misma. Pero, en tal caso, se pone en peligro el propio principio de mercados libres que funcionen competitivamente (porque) siempre que pueda lograrse una mayor eficiencia a través de regulaciones impuestas por el poder político o cualquier otro poder social (entendidas en este contexto como regulaciones que van en contra del libre mercado), la competencia sería considerada como un obstáculo a la consecución de la eficiencia y perdería así su justificación económica y su legitimidad. Ningún valor o derecho superaría el test de la eficiencia en cada circunstancia concreta. Si fuera así, no necesitaríamos proteger la competencia, sería autoejecutable. Por lo tanto, la competencia se protege como una elección evolutiva de la Sociedad. No porque sea la única ni la mejor manera de crear riqueza, de maximizar el bienestar de los consumidores o el bienestar de toda la Sociedad, no porque sea la mejor manera de maximizar el crecimiento o la innovación. La competencia se concibe así como un “lujo”... distintivo de la democracia liberal”

En sentido contrario, si hay que restringir la libertad de algunos (negando validez a determinados contratos o prohibiendo determinadas conductas) no puede hacerse en aras de la eficiencia, sino en aras de proteger la libertad de la mayoría. De ahí que, jurídicamente, esté justificada la prohibición de los acuerdos que restringen la competencia porque son colusorios, esto es, perjudiciales para terceros.

Además, la existencia de competencia es garantía del funcionamiento correcto del mecanismo contractual y, por lo tanto, de que la libertad contractual sea real, en la medida en que la existencia de competidores permiten al consumidor rechazar una oferta que no le conviene y acudir a los competidores para satisfacer su necesidad o deseo. Frente al Estado o frente a un monopolista no hay libertad contractual.

Esta es, probablemente, la máxima legitimidad del Derecho antimonopolio: protegiendo la competencia – el proceso – se protege la libertad de los individuos y la justicia de los intercambios económicos en una sociedad.

La libertad de los individuos como bien jurídico protegido por el Derecho de la competencia

Esta concepción de los fines del Derecho de la Competencia ha sido elaborada con especial fuerza de convicción por Vanberg que, a tales efectos, distingue entre el nivel constitucional (donde el objetivo del Derecho de la Competencia es proteger la libertad para competir, esto es, en los términos de Andriychuk, la concepción deontológica) y el nivel subconstitucional, de aplicación de las normas en donde lo que ha de guiar a las autoridades y jueces que aplican el Derecho de la Competencia es garantizar la eficiencia del mismo, esto es, maximizar el bienestar general.

Vanberg señala que la elección de la economía de mercado como sistema económico se realiza por los ciudadanos a nivel constitucional. Así, como en el resto de Europa, lo proclama el art. 38 CE. Pero que los ciudadanos opten por el sistema de mercado implica optar porque la inevitable competencia en cualquier Sociedad en la que – como en todas las humanas – los recursos son

escasos y no alcanzan para satisfacer todas las necesidades imaginables, se desarrolle pacíficamente pero garantizando a todos la libertad para hacer cualquier cosa con sus bienes (libertad de propiedad y libertad de contratación). En ejercicio de su autonomía, los particulares intercambian bienes y servicios, se especializan y generan precios que informan a todos los individuos acerca de lo que pueden obtener por sus bienes y lo que habrán de sacrificar para obtener los que no tienen. Lo cual, nos recuerda Vanberg, no significa que no haya competencia en los sistemas económicos que no son de mercado. “En un sistema feudal o mercantilista, una economía socialista y una economía de mercado no se diferencian en la presencia o ausencia de competencia sino en la diferente naturaleza de sus respectivas formas de organizar la competencia”. En un sistema mercantilista (el que existía en la Edad Moderna), se compite por las rentas y los privilegios. En una economía socialista, donde las decisiones de lo que se produce, quién lo produce y quién recibe los bienes se toman por una instancia central, los ciudadanos hacen colas porque la asignación de los bienes se rige por el principio *prior tempore*.

No hay duda, a estas alturas, que la economía de mercado es la que garantiza el bienestar y el crecimiento económico de forma mucho más eficiente que los sistemas económicos alternativos.

Nos recuerda también Vanberg la estrecha ligazón – establecida por Böhm – entre Economía de mercado y Sociedad de Derecho Privado. Una sociedad – como cualquiera de las occidentales – es una sociedad de Derecho privado cuando se reconoce, constitucionalmente, la autonomía privada sin más límites que los generales para cualquier otro derecho fundamental. Como hemos expuesto en otra ocasión, una sociedad de Derecho privado es aquella en la que las decisiones económicas se remiten a los particulares quienes, libremente, y coordinados por el sistema de precios, asignan los recursos sin la intervención centralizada y coactiva del Estado. Y, jurídicamente, se corresponde con una sociedad en la que el Estado deja en manos de los ciudadanos la elección libre de sus fines vitales y de los medios para alcanzarlos (BYDLINSKI, AcP 194 (1994), p 327; Fs. Raisch, 2002; K.W. CANARIS, “Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft”, Fs. P. Lerche, Munich 1993, p 873 ss.; Zöllner, Wolfgang, Die Privatrechtsgesellschaft im Gesetzes- und Richterstaat, 1996)

La sociedad de Derecho privado es un tipo en el sentido de Max Weber. Presupuesto de la misma es la separación entre la Sociedad y el Estado. Además, en ella, el Derecho privado ocupa en ella un papel constitutivo. En segundo lugar, son incompatibles con una sociedad de Derecho privado todos los sistemas alternativos de “organizar la competencia” que hemos descrito más arriba porque en las sociedades abiertas es “determinante que el Estado no imponga a sus ciudadanos la persecución de determinados objetivos o fines, sino que deje en sus manos la elección, tanto de la determinación de los fines como los medios para alcanzarlos”.

No es de extrañar, pues, la insistencia en el carácter central para la construcción del Derecho Privado del principio constitucional del “libre desarrollo de la personalidad” que, con seguridad procedente de fuente germana, se recoge en el art. 10.1 de nuestra Constitución

La contribución del Derecho privado al orden constitucional lo es, pues, a la garantía de la libertad de los ciudadanos para decidir autónomamente sobre sus propios fines y sobre los medios más

adecuados para alcanzarlos (art. 10.1 CE). ¿Cómo lo hace? fundamentalmente, a través del reconocimiento de la libertad contractual o la autonomía privada en general y la propiedad privada. La libertad contractual, entendida como la libertad para celebrar acuerdos y para determinar su contenido constituye uno de los instrumentos más eficientes que el Estado puede poner a disposición de sus ciudadanos para que éstos puedan hacer efectivos jurídicamente sus fines. La necesidad de autodeterminación por ambas partes del contrato como requisito de validez del mismo, garantiza además que la regulación pactada corresponde a las preferencias valorativas de los individuos.

De lo cual, se deduce la correspondencia entre sociedad de derecho privado y economía de mercado. El mercado es el mecanismo que permite a los particulares la persecución de sus propios fines: si el Estado renuncia a imponer sus fines a los individuos, no queda otra alternativa que no sea la primacía del mercado. Este análisis nos permite justificar la estructura del Derecho privado de una sociedad liberal como las occidentales. Sin mercados, el Estado tendría que fijar los precios, lo que sería incompatible con la primacía de los valores preferidos por los ciudadanos por el Estado ya que los precios reflejan las preferencias de los individuos.

De la libertad de los ciudadanos para elegir sus propios fines y los mejores medios para conseguirlos, se deduce igualmente que la relación entre mercado y Estado es la existente entre regla y excepción y, por lo tanto, cualquier limitación de la libertad contractual por el Estado requiere de justificación o, más detalladamente, que cualquier injerencia del Estado en el mercado ha de someterse a un juicio de adecuación, necesidad y proporcionalidad.

La conclusión de Vanberg es que la decisión de una Sociedad de optar por una economía de mercado presupone la adopción de un ordenamiento de Derecho Privado que defina y proteja el ámbito de la autonomía privada dentro de la cual los individuos son libres de elegir y celebrar contratos voluntarios entre sí. En consecuencia, la exigencia de que la política de competencia en una Economía de mercado garantice la libertad de competir es equivalente a la exigencia de respetar y proteger la libertad individual que prevé el correspondiente ordenamiento jurídico-privado. Y esta exigencia es un imperativo categórico una vez que la elección constitucional en favor de una sociedad de derecho privado con su economía de mercado se ha hecho.

En otros términos, una vez que la Constitución – y los Tratados en el caso de la Unión Europea – opta por reconocer y proteger la libertad individual, el Derecho de la Competencia no puede sino tener como objetivo “constitucional” proteger la libertad para competir, expresión de la libertad de los individuos para utilizar sus bienes y los intercambios con otros para perseguir sus propios fines en la forma que, autónomamente, consideren más conveniente.

La consecuencia más interesante que Vanberg extrae de este planteamiento es que, si los individuos disfrutan de la libertad contractual y de propiedad, están liberados, – no son responsables – de las consecuencias que su conducta tenga sobre el bienestar de la Sociedad siempre que dicha conducta sea respetuosa con las normas generales del Derecho Privado (recuérdese que los cárteles son contratos contrarios al orden público y, por tanto, nulos y prohibidos porque son contratos en perjuicio de terceros art. 6.3 CC). Esperamos – continúa

Vanberg – de las normas constitucionales (libertad de propiedad y contratación y respeto por las normas generales del Derecho Privado) que la competencia genere los efectos beneficiosos sobre la Sociedad de los que nos ocuparemos más adelante. Pero la conducta de los individuos que participan en los mercados no se mide en su legitimidad porque generen resultados determinados en el bienestar social. Las conductas ineficientes, en otras palabras, están tan protegidas por la libertad y la autonomía privadas como las eficientes o, en palabras de Vanberg,

“El reconocimiento y la tutela de la autonomía privada no pueden depender de la evaluación de los efectos sobre el bienestar que resultan de su ejercicio”

Naturalmente, en el nivel infraconstitucional, el legislador puede “observar” los resultados que la garantía de la libertad genera y, si los considera perjudiciales para los intereses generales, limitar esa libertad respetando el principio de proporcionalidad.

Funciones de la competencia

En general, la competencia cumple una función de regulación y organización. Los consumidores disponen de bienes (dinero) escasos susceptibles de ser utilizados en la adquisición de diversos bienes. Los empresarios, por su parte, disponen de un capital que pueden invertir en diversos mercados para producir diversos productos o servicios. Ambos, consumidores y empresarios tomarán sus decisiones en función de la orientación que les ofrecen los precios del mercado

Si yo soy un productor de patatas con un coste 8 de producir un kilo y el precio de mercado baja de 10 a 7, dejaré de producir patatas. Si sube de 7 a 11 volveré a producir patatas – todo ello teniendo en cuenta qué otras cosas puedo producir, además de patatas y qué beneficio puedo obtener produciendo esas otras cosas -coste de oportunidad -.

Es por eso que se dice que los precios transmiten información. El lugar donde tal oferta y demanda se cruzan es lo que se denomina mercado. Si los consumidores demandan más cantidad de un producto de la que se produce en un momento determinado, el precio del producto subirá, lo que incitará a otros empresarios a entrar en dicho mercado aumentando así, la producción, lo que a su vez, provocará una disminución de los precios, lo que hará que determinados empresarios se retiren de dicho mercado porque ya no sea tan rentable en comparación con la inversión en otro mercado, lo que provocará una reducción de la producción y, consiguientemente un aumento de los precios etc. Tal función sólo la puede cumplir la competencia si los precios pueden variar libremente y todos tienen acceso libre a los mercados

Al mismo tiempo, la competencia garantiza que los empresarios se esforzarán por reducir sus costes de manera que obtengan un mayor beneficio (diferencia entre coste y precio de venta: si todos los empresarios venden el producto al mismo precio, obtendrán un beneficio mayor aquellos empresarios que fabriquen el producto a menor coste, lo que incentiva a todos los empresarios a minimizar los costes de producción y a salir del mercado a aquellos empresarios cuyos costes de producción sean superiores al precio de mercado con lo que sólo los más eficientes quedarán en él). Como se ha dicho con acierto, la función fundamental de la

competencia es “descubrir” quién puede cubrir una necesidad social (expresada por la voluntad de los individuos de pagar por los bienes o servicios correspondientes) a menor coste.

Consecuentemente también, se produce una asignación óptima de los recursos en cuanto los empresarios -obligados por el mercado- y los consumidores -dirigidos por sus preferencias- sitúan los recursos allí donde tienen mayor valor.

Además, la competencia garantiza una distribución justa de los ingresos, en cuanto premia a los empresarios que de mejor modo saben satisfacer los deseos de los consumidores. Y, por último fomenta el desarrollo y la innovación en cuanto obliga a los empresarios a buscar, continuamente, mejores formas de satisfacer las demandas de los consumidores.

En definitiva, la competencia:

- induce a los productores a intentar averiguar y satisfacer las necesidades de los consumidores a menor coste que sus competidores;
- la competencia desapodera a los oferentes individualmente considerados (que no pueden explotar a los consumidores porque éstos pueden abandonarlos y dirigirse a un competidor para obtener el mismo bien o servicio y, en fin, como explicó Hayek,
- la competencia permite coordinar a los consumidores y oferentes acumulando la información disponible de forma dispersa en toda la Sociedad.

La competencia por eficiencia

En este marco, los ordoliberales son famosos por concretar el funcionamiento de la competencia diciendo que es una competencia por eficiencia de las propias prestaciones (Leistungswettbewerb), idea que ha quedado incorporada a nuestra Ley de Competencia Desleal. Cita Vanberg a Röpke que dijo que “el único camino al éxito en los negocios pasa por la estrecha puerta de ofrecer mejores prestaciones o servicios a los consumidores”. De forma que el ordenamiento competitivo que resulta de este objetivo permite concretar mucho más qué conductas de los participantes en el mercado están permitidas y cuáles están prohibidas más allá de la de abstenerse del engaño y de usar la violencia. Continúa Vanberg señalando que la competencia ha de protegerse no sólo de los que engañan, usan la violencia y tratan de obtener ventajas sin mejorar sus productos o servicios sino también de las coaliciones de interesados en liberarse de las constricciones que impone la competencia. Es decir, frente a los cárteles – acuerdos colusorios – y la captura de las autoridades políticas que establecen las reglas por los grupos de interés.

¿Por qué la competencia – y el orden social competitivo – no es autoejecutable?

Si la competencia tiene tantos efectos beneficiosos sobre la Sociedad y beneficia a todos, va en el interés de todos que las reglas que hemos enunciado se apliquen y todos deberían apoyar su aplicación. Es decir, debería ser fácil lograr el apoyo de todos al orden competitivo. Lo que

encontramos, sin embargo, es que “abundan las reglas proteccionistas, anticompetitivas”. Esta contradicción se explica – dice Vanberg – si aceptamos la distinción entre “intereses constitucionales e intereses de acción”. Es un planteamiento próximo a la teoría de juegos: a todos nos interesa que las relaciones económicas se rijan por las reglas competitivas pero todos, individualmente, preferimos que los demás compitan y que nosotros no estemos sometidos a las reglas de la competencia (¡que compitan ellos! parafraseando a Unamuno).

“Todos querríamos que nuestro negocio estuviera protegido frente a la competencia a la vez que queremos que todos los demás estén constreñidos por la presión competitiva”

De lo que se deriva una característica maravillosa de los sistemas jurídicos: la generalidad de las reglas – igualdad ante la Ley – y la prohibición de discriminación. Es el único equilibrio lógico y prácticamente sostenible: que todos estén sometidos a las mismas reglas porque una Economía como la mercantilista, organizada en torno al privilegio, no puede tener esta característica de generalidad. No hay reglas generales en una Economía mercantilista y la generalidad es una característica constitucional de las Sociedades “de Derecho”. De la necesidad del carácter general de las reglas se deduce, además, que los intereses de los consumidores prevalecen porque son los que resultan beneficiados de la existencia de un ordenamiento competitivo. Los intereses de los productores – de los empresarios – no son, concluye Vanberg, “intereses generales”.