
DERECHO DE LA COMPETENCIA: CONTROL DE CONCENTRACIONES BAJO LA ÓPTICA DE LOS MERCADOS DINÁMICOS

Diego Arce Jofre

Instituto Boliviano de Investigaciones Jurídicas
diego@ibij.org

Resumen:

Los mecanismos de control de concentraciones son consecuencia de una visión sobre el mercado y la competencia centrada en el paradigma de estado de equilibrio. La superación de esta visión y su sustitución por la de procesos dinámicos, otorga una nueva lectura del mercado y de lo que se debe entender por competencia. Identificar a la competencia como un proceso de rivalidad empresarial, en constante dinamismo, aleja al derecho de la búsqueda de un estado de equilibrio de competencia perfecta. En ese sentido, el derecho al no poder considerar como ilícitos ni indeseables las acciones en el mercado que son expresiones de competencia empresarial, no admite, sin violentar su esencia y la protección de sus bienes jurídicos, mecanismos que interrumpen esta acción empresarial.

Introducción

El derecho de la competencia se fundamenta en una premisa esencial: el reconocimiento de que una competencia efectiva constituye el presupuesto *sinequanon* para la mayor eficiencia en la distribución de recursos y el bienestar general, presentando ventajas para los consumidores, tales como precios bajos, productos de calidad, una amplia oferta de bienes y servicios e innovación.

A fin de precautelar la competencia efectiva en el mercado, el derecho de la competencia se nutre de un sistema de tres ejes: a) la lucha contra las prácticas restrictivas de la competencia - configurado como un sistema de ilícitos que prohíbe el abuso de posición dominante, el falseamiento de la competencia por actos desleales y las prácticas colusorias-; b) el control de concentraciones - sistema de control tendiente a evitar la consolidación de oferentes con un alto poder de mercado-; y, c) Salvaguardas sobre ayudas públicas -sistema de recomendación que busca evitar distorsiones de la competencia por medio de ayuda públicas-.

A través del control de las concentraciones, el sistema de defensa de la competencia intenta impedir que se produzcan operaciones de concentración que a juicio de las autoridades podrían privar a los consumidores de estas ventajas al incrementar de forma significativa el poder de mercado de las empresas¹.

Los mecanismos de control de concentraciones se desprenden de una visión de mercado y competencia en base al paradigma de estado de equilibrio, considerando que mediante un análisis de determinadas condiciones se podría pronosticar los efectos de las concentraciones para la competencia en el mercado.

Empero, la sustitución del paradigma de equilibrio del mercado por el de procesos dinámicos, otorga una nueva visión del mercado y de lo que se debe entender por competencia. Identificar a la competencia como un proceso de rivalidad empresarial, en constante dinamismo, aleja al derecho de la búsqueda de un estado de equilibrio de competencia perfecta. En ese sentido, el derecho no puede considerar como ilícitos ni indeseables las acciones en el mercado que son expresiones de competencia empresarial.

Esta perspectiva, conlleva que el derecho al identificar la competencia como aquel proceso dinámico de acción empresarial, siempre sujeto a presión y competencia y no como la concurrencia o debilidad de los oferentes en el mercado. Bajo esta lógica, se hace inadmisibles para el derecho cualquier consideración que busque impedir o castigar ex ante las concentraciones económicas o cualquier actividad de rivalidad que tiene como finalidad el mejorar su posición de oferente en el mercado, siempre y cuando esas actividades no obstruyan la competencia –proactiva o reactiva- de los demás participantes –existentes o potenciales- del mercado.

Al entender que las condiciones del mercado no están dadas por los paradigmas de equilibrio sino por la acción de la función empresarial, el derecho no se debe

¹ Por “poder de mercado incrementado” la normativa europea entiende a la capacidad de una o varias empresas para, en función de sus intereses, aumentar los precios, reducir la producción, la gama o la calidad de los bienes y servicios, disminuir la innovación o influir por otros medios en los parámetros de la competencia.

preocupar por la concurrencia de oferentes en el mercado o por su poder en el mismo, sino que debe hacer incidencia sobre dos aspectos esenciales: la libertad de empresa y la contestabilidad del mercado, aspectos esenciales sobre los que argumentaremos la necesidad de reorientar el enfoque dominante respecto al control de concentraciones.

En este contexto, qué se entiende por competencia en el mercado, estará sujeto a la comprensión del mercado propiamente dicho y en especial de su funcionamiento y función institucional.

En palabras del Prof. De la Cuesta y Rute, el “mercado es un sistema social para la coordinación de decisiones económicas frente a otros posibles sistemas sociales. De este modo el mercado no puede ser objeto de un derecho y más bien ha de considerarse una garantía institucional o una garantía de instituto de acuerdo con la doctrina constitucionalista, según la cual, esa garantía ampara la existencia de la institución y aunque se piensa que no llega a amparar su configuración concreta, entiendo que cuando de la institución del mercado se trata no cabe distinguir entre definición abstracta y concreta configuración pues el mercado se define por su función, y esa función o se cumple o no se cumple”².

El derecho debe seguir al hecho. Dado que el mercado está construido por decisiones de los participantes del mismo que a su vez presuponen decisiones correspondientes de los demás³, el análisis de su funcionalidad requiere la explicación de complejas relaciones económicas, lo cual subordina al derecho a la correcta explicación de este fenómeno, la misma que es dada por la economía.

La teoría económica moderna tiene un punto de separación importante respecto a la interpretación del comportamiento de los actores en el mercado, lo cual obliga a que

² De la Cuesta y Rute, José María, “La Publicidad y el Sistema Económico Constitucionalizado”, 2001, Universidad Complutense de Madrid, recursos digitales –eprints- disponible en http://www.ucm.es/eprints/1643/01/La_publicidad_y_el_sistema_economico_constitucionalizado.pdf.

³ Kirzner Israel M., “Competencia y Empresarialidad”, Op. Cit. Pág. 27-32.

se tenga que seguir de forma inevitable una u otra tendencia, dado que los efectos de cada enfoque aparejan importantes consecuencias de análisis.

En ese sentido, la explicación del mercado sobre la base de los modelos de equilibrio propios de la estática comparativa -competencia “perfecta”, monopolio, competencia “imperfecta” o monopolística- propios de la escuela neoclásica, contrastan fuertemente con los aportados por la escuela austriaca enfocados en concepto dinámico de competencia, entendido como un proceso de rivalidad cuyo rasgo principal se encuentra en la fuerza coordinadora que tiene la función empresarial.

Visión desde la Escuela Neoclásica.

La visión de la Escuela Neoclásica está construida sobre la teoría del mercado - conocida como teoría de los precios o teoría microeconómica- la misma que se basa en la intuición de que los fenómenos de mercado se pueden comprender como manifestaciones de relaciones sistemáticas, en el que los fenómenos observables del mercado -en los precios en que se intercambian las mercancías, las clases y calidad de éstas, las cantidades cambiadas, los métodos de producción, la estructura de los diversos mercados, etc.- no se consideran como masas de hechos aislados e irreductibles, sino como resultado de determinados procesos que pueden en principio captarse y comprenderse⁴.

En esas condiciones, las actividades de los que participan en un sistema de mercado se restringe en seleccionar cantidades y cualidades de mercancías y factores que se compran y venden, en otras palabras, seleccionar medios para fines determinados. En tal sentido se supone información plena -en términos ciertos o probabilísticos- de fines y medios que requiere ser objetiva y constante para permitir un ajuste perfecto entre las diferentes variables⁵.

⁴ Kirzner Israel M., “Competencia y Empresarialidad”, Op. Cit. Pág. 18.

⁵ Según expone el Prof. Huerta de Soto, para los neoclásicos la información es algo objetivo que, al igual que las mercancías, se compra y vende en el mercado como resultado de una

En ese sentido, el mercado es descrito como un escenario en el que las variables tienden a un equilibrio. El estado de equilibrio se da cuando las decisiones de todos los participantes se ajustan entre sí enteramente de manera que los planes están plenamente coordinados y supone información perfecta. La aproximación de este modelo de mercado genera el paradigma de competencia perfecta. La visión neoclásica tiende al análisis de estructuras de mercado que se valoran en relación a su cercanía o no con este paradigma ideal.

En este contexto, a nivel teórico se podría valorar *ex ante* la tendencia de mercado y la incidencia del comportamiento de determinados actores en el mismo, siendo que, bajo el paradigma de competencia perfecta la presencia de un monopolio *per se* significa un grave defecto –imperfección- del mercado y por tanto indeseable.

Consecuentemente, la visión neoclásica conlleva a afirmar que el gran problema radica en la descoordinación de los agentes –por una incorrecta elección de medios para satisfacer fines-, lo cual dio como efecto visiones que llegan a propugnar la necesidad de la intervención estatal para la coordinación de los agentes o la eliminación de imperfecciones del mercado o medidas de fomento para promover estructuras de mercados más competitivos.

En tal sentido, para la visión neoclásica, la competencia está explicada según condiciones para que se dé la competencia perfecta, consecuentemente, entenderán como obstáculos a la competencia todas las acciones reales o posibles que son incompatibles con las acciones que cumplen la condición de competencia perfecta⁶.

La identificación del mercado bajo los presupuestos de equilibrio y competencia perfecta, conlleva a negar la posibilidad de cambios de planes que determinen nuevas series de fines y medios y la existencia de nueva información *ex novo*, por lo que esta visión considera posible formular modelos en los que intervenciones

decisión maximizadora. Huerta de Soto, Jesús “La Escuela Austriaca Moderna frente a la Neoclásica”, Revista de Economía Aplicada Vol. V, 1997.

⁶ Kirzner Israel M., “Competencia y Empresariedad”, Op. Cit. Pág. 111-147

externos al mercado -en forma de intervención, dirección planificación o simplemente fomento- pudiesen hacer más eficiente éste. Sobre la bases de estos postulados se asientan las políticas y legislaciones que prevén mecanismos intervencionistas que modifican las circunstancias espontáneas de mercado para permitir una estructura de mercado cercanas al paradigma de competencia perfecta.

Visión desde la Escuela Austriaca

Para los teóricos de la Escuela Austriaca⁷, la economía se trata de una teoría de la acción – no de la decisión como sostienen los neoclásicos-, esto significa que no reducen a la economía como un estudio sobre la elección o decisión, sino que se preocupan sobre los procesos de interacción social marcados por el comportamiento de los agentes desde el punto de vista de su acción humana⁸.

Según explicación del Prof. Huerta de Soto, los austríacos son especialmente críticos de la estrecha concepción de la economía a partir de la cual desarrollan sus teorías los neoclásicos⁹, puesto que dicha concepción supone un conocimiento dado de los fines y los medios, con lo que el problema económico queda reducido a un

⁷La escuela austriaca de economía, se estudia a partir de la publicación de Carl Menger de la obra “Grundsätze der Volkswirtschaftslehre” en 1871 – aunque bien, según explicación del Prof. Huerta de Soto, la misma recoge una tradición de pensamiento europeo escolástico de la escuela de salamanca que incluso se remonta a antecedentes más remotos del derecho romano- Huerta de Soto, Jesús “Estudios de Economía Política”, Unión Editorial, Pág. 18-58.. Tenemos en esta escuela como representantes significativos a Murray N. Rothbard, Ludwig Von Mises, Friedrich Hayek, Israel Kirzner y Jesús de Huerta de Soto quien es sin duda el principal exponente hispano parlante de esta escuela.

⁸ Kirzner distingue a los sujetos Robinsonianos - clásicamente descritos por los neoclásicos- de aquellos que actúan empresarialmente, siendo estos últimos los que verdaderamente lideran el mercado modificando las condiciones y variables de oferta y demanda.

⁹ La concepción económica dominante tiene su origen en Robbins y en su definición de la economía como ciencia que estudia la utilización de medios escasos susceptibles de usos alternativos para la satisfacción de las necesidades humanas. Huerta de Soto, “La Escuela Austriaca Moderna frente a la Neoclásica”, Op. Cit.

problema técnico de mera asignación, maximización u optimización, sometido a unas restricciones que se suponen también conocidas¹⁰.

En tal sentido, la visión de la Escuela Austriaca supone el protagonismo de un hombre que busca constantemente nuevos medios y nuevos fines, aprendiendo del pasado y descubriendo constantemente nuevas oportunidades no descubiertas por otros, en un proceso dinámico y siempre competitivo por definición¹¹.

La función empresarial es la gran protagonista de la teoría austriaca, siendo esta la que caracteriza el accionar de los participantes que descubren oportunidades de beneficio empresarial en un contexto de incertidumbre y falta de información. De hecho, la función empresarial solamente es posible en un ámbito realista –alejado del paradigma de la competencia perfecta en el que la información ya es dada- dado que la principal función del empresario es la de crear y descubrir nueva información y luego transmitirla a los demás participantes del mercado¹².

Ahora bien, la función empresarial no solamente crea y transmite información sino que es la responsable de un proceso espontáneo de coordinación, dado que la descoordinación natural se plasma en una oportunidad de ganancia que queda latente para ser descubierta por los empresarios, la misma que una vez descubierta y aprovechada desaparece, explicando una tendencia que existe hacia el equilibrio en toda economía real de mercado¹³.

¹⁰ Huerta de Soto, *idem*, Pág 2.

¹¹ Kirzner Israel, “Competencia y Empresarialidad”, Op. Cit. Pág. 45-99.

¹² La información según la entienden los austriacos no se trata de la información objetiva y almacenable relevante para los neoclásicos, sino de información en sentido subjetivo conocimiento práctico, relevante, subjetivamente interpretado, sabido y utilizado por el actor en el contexto de una acción concreta. Huerta de Soto, “La Escuela Austriaca Moderna frente a la Neoclásica”, *Op. Cit.*

¹³ En su obra “Competencia y Empresarialidad”, Kirzner reprocha que los economistas neoclásicos ignoren en sus modelos de equilibrio la fuerza coordinadora que tiene la empresarialidad, imputando a la omisión de esta función la construcción de una teoría dominante cimentada en bases erróneas. Ver Kirzner Israel, “Competencia y Empresarialidad”, *Op. Cit.*

Como resultado de esta apreciación se construye la concepción dinámica del mercado en la cual los actores se comportan en base a sus previsiones sobre el comportamiento de otros actores, revelando nueva información que a su vez genera la alteración de las decisiones de los demás participantes. Tomadas a lo largo del tiempo, esta serie de cambios sistemáticos en la red de interconexiones de las decisiones constituye el proceso de mercado¹⁴.

El concepto dinámico de competencia, entendido como un proceso de rivalidad empresarial, como tal es siempre competitivo y no presupone un estado de equilibrio, pero no obstante, tiende a la coordinación de los actores mediante el sucesivo descubrimiento y difusión de información a todos los participantes del mercado.

Conforme se desarrolla el proceso de mercado, con un periodo de ignorancia seguido de otro de menos ignorancia, cada comprador o vendedor, revisan sus planes conforme a la luz de la nueva información adquirida sobre otras oportunidades que aquellos a quienes él quiere vender de los que él quiere comprar. En ese sentido, el proceso mercadológico es de suyo competitivo, dado que la alteración sistemática de las decisiones en un periodo y el siguiente hace que cada oportunidad sea más competitiva que la del periodo precedente, esto es, la oferta se hace con mayor conocimiento de otras oportunidades disponibles, contra las que hay que competir¹⁵.

En el proceso de mercado, los participantes ponen continuamente a prueba a sus competidores, en palabras de Kirzner: “cada uno va un poco más allá en la oferta de oportunidades más atractivas que las de los otros. Sus competidores, a su vez, una vez que llegan a conocer aquello contra lo que están compitiendo, se ven forzados a hacer aún más atractivas las oportunidades que ponen a disposición del mercado, los participantes en el mercado se ven forzados por el proceso competitivo a aproximarse más y más al límite de su capacidad de participar con posibilidades de

¹⁴ Kirzner, Israel “Competencia y Empresariedad”, *Op. Cit.*, Pág. 26.

¹⁵ *Idem*, Pág. 27.

ganancia. Al final del proceso, todas las decisiones e ajustarían totalmente, los participantes ya no se verían sometidos a presión para mejorar las oportunidades que ofrece el mercado ya que ninguno estaría ofreciendo cosas más atractivas. Esta situación de equilibrio del mercado es una situación en que la competencia ya no constituye una fuerza activa”¹⁶.

El proceso de mercado desde el punto de vista dinámico, significa una renovación importante sobre conceptos y consecuencias derivadas del análisis estático del equilibrio de mercado. En ese sentido, cuestiones relevantes sobre la competencia, la visión del corto y el largo plazo, los monopolios, el carácter de la publicidad y los costos, entre otros, suponen una revisión profunda de la dimensión fáctica del derecho que incide en el marco institucional de estas realidades.

Traducción jurídica de la tutela de la competencia en el mercado

La separación en las aproximaciones teóricas de las teorías neoclásicas de la austriaca, trasciende el ámbito propio de la ciencia económica y se inserta de forma importante en las esferas del derecho.

Conforme se mencionó anteriormente, el mercado como institución es jurídicamente relevante por su funcionalidad, lo que exige al derecho a tomar el concepto de mercado que formula la ciencia económica dado que esta institución pertenece al mundo de la economía, porque solo en ese mundo opera su funcionalidad¹⁷.

La falta de consenso respecto a las teorías dominantes neoclásicas y, las cada vez más difundidas, de la Escuela Austriaca, muchas veces generan desconcierto a nivel jurídico, tal como expresa José María Baño, citado por el Prof. Juan de la Cruz Ferrer en sentido de que no existe una noción de competencia universalmente aceptada, lo cual conduce a la ambigüedad y la vaguedad de los tipos normativos

¹⁶ *Idem*, Pág: 27-28

¹⁷ De la Cuesta y Rute, José María, “La Publicidad y el Sistema Económico Constitucionalizado”, Op. Cit..

empleados por el derecho de la competencia y a otorgar un margen muy amplio de apreciación por los operadores del derecho¹⁸.

De forma general, se puede observar que las consecuencias jurídicas de la interpretación de las instituciones que tutelan el mercado o que inciden en éste pueden ser sustancialmente distintas según se interprete a la luz de una u otra teoría económica, considerando que las más relevantes son las siguientes:

Consecuencias jurídicas de una interpretación bajo premisas neoclásicas:

El derecho como garante del estado de equilibrio y de la competencia perfecta.

En la medida en la que el análisis neoclásico se basa en el paradigma del estado de equilibrio, bajo esta visión, el derecho en general y muy especialmente el derecho de la competencia, tendrían la funcionalidad de propugnar las condiciones para que se dé ese estado de equilibrio. Esta visión ha justificado que el derecho sea instrumentado contra ciertos comportamientos espontáneos del mercado que a la luz del paradigma de equilibrio son indeseables. Ese es el ejemplo del derecho *antitrust*, que considera *per se* indeseable la existencia de monopolios o las concentraciones económicas que consoliden una presencia con poder de mercado¹⁹.

Esta perspectiva influencia el derecho de forma tal que identifica la competencia como la concurrencia de oferentes en el mercado, concepción que es dominante en la literatura jurídica, en el que el concepto clásico de mercado de libre competencia, define un tipo de mercado ideal, en el cual es tal la cantidad de agentes económicos

¹⁸ De la Cruz Ferrer, Juan, "Principios de Regulación Económica en la Unión Europea", Instituto de Estudios Económicos, 2002; Pág. 280-291.

¹⁹ Los antecedentes del derecho *antitrust* en los Estados Unidos con la Ley Sherman y la Ley Clayton se enfocaban claramente a la lucha contra los monopolios, sistema que, sin embargo fue evolucionando en los tribunales en base al *law of reason*, aproximando el derecho *antitrust* al modelo europeo continental que no considera la posición dominante como un ilícito *per se* sino que lucha contra el abuso de dicha posición de dominio, al respecto ver De la Cuesta y Rute, "De Concentraciones, Opas y Regulaciones", *Op. Cit.*.

interrelacionados, tanto compradores como vendedores, que ninguno de ellos es capaz de interferir en el precio final del bien o servicio intercambiado²⁰.

La consideración del mercado desde un punto de vista estático, se preocupa más de la concurrencia y debilidad de los oferentes que del proceso de rivalidad –que desde el punto de vista austriaco adquiere un sentido distinto-. Por ello, a nivel legal aún se establecen –aunque cada vez con menos incidencia- facultades de control *ex ante* de operaciones de concentración económica. Asimismo, normas que priman ciertas conductas como ilícitos *per se* en lugar de evaluaciones bajo las reglas de la razón.

Las facultades intervencionistas bajo el presupuesto de existencia de información objetiva

Los modelos de equilibrio de mercado suponen la existencia de toda la información - cierta o probable-. En ese sentido, suponen la posibilidad de generar una tendencia coordinadora con ayuda externa del mercado -o al margen del mismo- a través de intervenciones estatales.

El

Esta visión ha contribuido a que normativamente se establezcan mecanismos y facultades estatales para intervenir en la economía para corregir “fallos en el mercado”, bajo el supuesto que las autoridades estatales tienen la posibilidad de corregir disfunciones de mercado –entendidas como situaciones alejadas al paradigma del equilibrio-.

Sobre este aspecto Kirzner hace una dura crítica a las conclusiones de Coase respecto los costes de transacción²¹, quien concluye que en ausencia de costes de transacción y trabas legales para ellas, se podrán realizar transacciones hasta llegar

²⁰ Ver Guillermo Cabanellas: “Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia”, Editorial Heliasta, 1983.

²¹ Coase Ronald, “The problem of social cost”, Journal of Law and Economics, octubre 1960, disponible en <http://www.sfu.ca/~allen/CoaseJLE1960.pdf>.

a una coordinación completa de todos los individuos²², lo que conlleva a la posibilidad de que sea admisible que una redistribución gubernamental de recursos sea más eficiente en la medida en que dicha distribución tenga costes de transacción más bajos que los que se produzcan en el mercado.

La identificación de los sujetos como agentes robinsonianos supone la preexistencia de información suficiente –aunque ésta no haya sido percibida. Esto lleva a postular la posibilidad de que mediante análisis matemáticos se pueda evaluar ex ante efectos en el mercado de determinadas decisiones, lo cual ha generado multitud de facultades intervencionistas que impiden la realización de actos propios del proceso del mercado, ello además de la profusa base de normas prohibitivas de conductas que *per se* las considera perjudiciales para la competencia como es el caso de ciertas operaciones de concentración, ofertas promocionales, ventas a pérdida, ventas con regalos, y un largo etcétera.

Asimismo, dicha aproximación teórica ha fundamentado diversos modelos de regulación de servicios en los que virtualmente se ha eliminado la posibilidad de un libre juego de precios, bajo el supuesto que los modelos tarifarios pueden ser más eficientes en la distribución de recursos debido a las fallas del mercado.

Consecuencias jurídicas de una interpretación bajo premisas de la Escuela Austriaca.

El mercado como un proceso dinámico.

Identificar a la competencia como un proceso de rivalidad empresarial, en constante dinamismo, aleja al derecho de la búsqueda de un estado de equilibrio de competencia perfecta. En ese sentido, el derecho no puede considerar como ilícitos ni indeseables las acciones en el mercado que son expresiones de competencia empresarial y fomentan y contribuyen a éste.

²² Coase describe su teoría no en términos de coordinación sino de óptima distribución de recursos, ver Kirzner Israel, “Competencia y Empresarialidad” Op. Cit. Pág. 237-243.

Esta perspectiva es más acorde con el modelo de defensa de la competencia europeo continental, cuya filosofía protege al mercado del abuso de posición dominante y no de la posición dominante en sí. Esto conlleva asimismo, que el derecho identifica la competencia como aquel proceso dinámico de acción empresarial, siempre sujeto a presión y competencia y no como la concurrencia o debilidad de los oferentes en el mercado.

Consecuentemente, se hace inadmisibles para el derecho las consideraciones que buscan impedir o castigar ex ante las concentraciones económicas, las alianzas empresariales, las promociones agresivas, la publicidad combativa o cualquier actividad de rivalidad que tiene como finalidad el mejorar su posición de oferente en el mercado, siempre y cuando esas actividades no obstruyan la competencia –proactiva o reactiva- de los demás participantes –existentes o potenciales- del mercado.

Al entender que las condiciones del mercado no están dadas por los paradigmas de equilibrio sino por la acción de la función empresarial, el derecho no debe preocuparse por la concurrencia de oferentes en el mercado o por su poder en el mercado, sino que debe hacer incidencia sobre dos aspectos esenciales: la libertad de empresa y la contestabilidad del mercado, aspectos que serán desarrollados con más detenimiento en los puntos *infra*.

Restricción de la intervención y mínima intervención ex post.

El reconocimiento de que el conocimiento y la información son subjetivos, están dispersos y cambian constantemente por la creatividad empresarial, en oposición a la información plena -en términos ciertos o probabilísticos- de fines y medios que es objetiva y constante según neoclásicos, hace que sea imposible anticipar las consecuencias en el mercado por lo que no es posible hacer, producir o propiciar una coordinación externa de un agente que perturbe el mercado.

Esto lleva a fundamentar las críticas que hacen los austriacos a teorías como la de los costes de transacción de Coase, en la que posibilidad de que sea admisible que una redistribución gubernamental de recursos sea más eficiente en la medida en que

dicha distribución tenga costes de transacción más bajos que los que se produzcan en el mercado.

Al respecto, Kirzner de forma muy aguda critica la teoría de Coase sosteniendo que “una comparación entre la eficiencia de la distribución de recurso del mercado y la del gobierno no puede fundamentarse solo en el coste de las transacciones del mercado, comparado con el coste de redistribución del gobierno. La cuestión crucial está en la capacidad de aquellos que toman las decisiones de advertir las oportunidades...incluso si los costes de la redistribución de recursos fueran nulos para el gobierno y aunque esto incluyera los costes de adquisición de información, no se seguiría que, en una economía dirigida por el gobierno, los recursos disfrutaría inevitablemente de una distribución óptima. Para que esta conclusión fuera valida deberíamos suponer, no ya que el gobierno podría adquirir gratuitamente información, sino que es omnisciente. El mercado se basa en el incentivo del beneficio para poner en marcha el proceso empresarial”²³.

La imposibilidad de obtener toda la información –fundamentalmente porque la misma es generada *ex novo* por la propia función empresarial- hace perturbadores e ineficaces los controles *ex ante*, en especial los de concentración económica y acuerdos empresariales. Adicionalmente, solamente la función empresarial empujada por la búsqueda de beneficio es capaz de reaccionar ante una ofensiva competitiva, innovando o descubriendo una oportunidad en el mercado, por lo que ninguna atribución legal puede justificar la interrupción del proceso de tendencia equilibradora que la función empresarial logra.

En ese sentido, toda interpretación jurídica debe tener como referencia el principio de libertad de empresa y mínima intervención, solo *ex post* y justificada en las reglas de la razón.

Protección de la libertad de empresa

²³ Kirzner Israel, “Competencia y Empresarialidad”, *Op. Cit*, Pág. 142.

La identificación del carácter subjetivo del conocimiento, del mercado como un proceso dinámico, de la función coordinadora de la empresarialidad, la permanente creación de nuevos medios y fines, la función empresarial en el mercado, entre otros, son planteamientos que parten de la identificación del rol esencial del empresario.

La función empresarial otorga una nueva dimensión de análisis en la que se identifica al empresario como aquel sujeto que tiene un comportamiento creativo y especulativo, en oposición a la concepción del empresario como aquel sujeto que ordena los factores.

El rol preponderante del empresario en el mercado, pone en relieve la libertad de empresa como núcleo esencial de la protección jurídica de la competencia en el mercado.

En ese sentido, el derecho de libre empresa si se considera que no consiste en una libertad para organizar la empresa destinada a actuar en el mercado, sino como la libertad para actuar empresarialmente -ejercer la función empresarial-, al derecho le concierne especialmente la libertad de este ejercicio, en la medida en que la función empresarial se caracteriza por la perspicacia y creatividad de aquellos que buscan beneficios mediante la percepción de los desajustes entre recursos y necesidades, eliminado dicha oportunidad una vez descubierta, contribuyendo a la coordinación de los agentes en el mercado²⁴.

La Libertad de Empresa como núcleo esencial de la competencia

La libertad de empresa es el núcleo esencial de la competencia. A nivel constitucional, algunos países como España reconocen explícitamente la libertad de empresa, tendencia que se impregno en el proyecto de Constitución Europea que incluyó la libertad de empresa dentro de su catálogo general de derechos y libertades.

²⁴ De la Cuesta y Rute, José María, “La Publicidad y el Sistema Económico Constitucionalizado”, Op. Cit. Pág 9.

El reconocimiento constitucional de la libertad de empresa en España, tal como lo exponen los Prof. Cándido Paz Ares y Jesús Alfaro Águila Real en su ensayo sobre la libertad de empresa, si bien puede considerarse como el núcleo de las cláusulas económicas de la Constitución en cuanto hace referencia al modelo de economía de mercado, no obstante, presenta un estrecha conexión con las normas que configuran constitucionalmente la intervención del Estado en la actividad económica, colocando al intérprete en la difícil cuestión de delimitar los ámbitos legítimos de la iniciativa privada por la pública²⁵.

Al respecto, concordamos con el Prof. De la Cuesta y Rute, cuando expresa que la Constitución al referirse al mercado en su artículo 38 lo hace para manifestar preferencia por un sistema de economía que se regule por el mercado, lo cual implica que las exigencias de la economía nacional y, en su caso, de la planificación no puedan entenderse como habilitaciones de intervención administrativa excluyente del mercado²⁶.

El concepto y alcances jurídicos de lo que comprende la libertad de empresa es un tema aún en disputa. Podemos observar como importantes trabajos se acercan al desentrañamiento de lo que esta libertad comprende²⁷, quedando, no obstante, oscuros muchos elementos sobre la misma.

²⁵ Paz- Ares Cándido, Alfaro Águila Real, Jesús "Un Ensayo Sobre la Libertad de Empresa", publicado en Estudios Homenaje a Luis Diez Picaso, Ed, Tomson Civitas 2003, Pág. 5971.

²⁶ De la Cuesta y Rute, José María, "La Publicidad y el Sistema Económico Constitucionalizado", 2001, Op. Cit.

²⁷ Véase Aragón, M. "Constitución económica y libertad de empresa". Estudios Jurídicos en Homenaje Aurelio Menéndez. Civitas. Madrid I. 1996. pág. 163-180; Ariño, Gaspar. "Principios constitucionales de la libertad de empresa. Libertad de comercio e intervencionismo administrativo". Marcial Pons Madrid. 1995; Huerta de Soto, Jesús "Estudios de Economía Política". Unión Editorial. Madrid. 1994; López Garrido "Libertades económicas y derechos fundamentales en el sistema comunitario europeo". Tecnos. Madrid. 1986; Rojo, A. "Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española". Revista de Derecho Mercantil 169-170. 1983. Pág. 309-341; Rubio

Para efectos del presente trabajo, se hará una interpretación de la libertad de empresa, no en el sentido de que comprende una libertad para organizar una empresa destinada a actuar en el mercado²⁸, sino como la libertad necesaria para actuar empresarialmente, lo cual requiere un análisis delicado de los conceptos de empresario, empresa, propietario de recursos, capitalista y factor o representante entre otros.

En ese sentido, la tesis que se pretenderá solventar, enfoca la libertad de empresa más allá de aquella facultad otorgada al conjunto ordenado de factores –empresa-, por lo que extenderemos el ámbito de dicha libertad a aquella potestad que permite a los sujetos actuar empresarialmente. Consecuentemente, observaremos que la libertad de empresa incide sobre la conducta humana y no solamente sobre el conjunto abstracto y complejo de factores productivos ordenados²⁹.

Respecto a la visión de la función empresarial como una acción humana relevante, nos remitimos a la explicación del Prof. Huerta de Soto, que afirma que “ejerce la función empresarial cualquier persona que actúa para modificar el presente y conseguir sus objetivos en el futuro... definición... [que] es plenamente conforme con el original significado etimológico del término empresa. En efecto, tanto la expresión castellana empresa como las expresiones francesa e inglesa *entrepreneur* proceden etimológicamente del verbo latino *imprehendo-endi-ensum*, que significa descubrir, ver, percibir, darse cuenta de, atrapar; y la expresión latina *imprehensa* claramente

Llorente, F. "La libertad de empresa en la Constitución". Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez. Civitas. Madrid. 1996. pág. 431-446.

²⁸ Es importante advertir que gran parte de los estudios sobre libertad de empresa parten desde la base de considerar a la libertad de empresa como aquella libertad para ordenar factores de producción y permitir que esa organización compleja actúe en el mercado. Véase Conesa Fernando, "Libertad de Empresa y Estado de Derecho", Rialp, Madrid, 1978; Paz Ares, Cándido, Alfaro Águila Real, Cándido; "Un ensayo sobre la Libertad de Empresa", "Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Diez Picazo", Civitas, Tomo IV Madrid, 2003.

²⁹ Esto no quiere significar que no pueda actuar empresarialmente una empresa en el sentido tradicional, sino que pretendemos sostener que la libertad de empresa recae sobre la conducta empresarial, que ante todo se trata de un acción humana.

conlleva la idea de acción, significando tomar, agarrar, coger... En nuestra lengua castellana, uno de los significados del término empresa, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, es el de «acción ardua y dificultosa que valerosamente se comienza». Y también desde la Edad Media empezó a utilizarse el término para denominar a las insignias de ciertas órdenes de caballería que indicaban el empeño, bajo juramento, de realizar una determinada e importante *acción*»³⁰.

En ese sentido, el Prof. Hurta de Soto, vincula la empresa inexorablemente con la actitud emprendedora, que consiste en intentar continuamente buscar, descubrir, crear o darse cuenta de nuevos fines y medios; en sus palabras: “La función empresarial, en un sentido estricto, consiste básicamente en descubrir y apreciar (prehando) las oportunidades de alcanzar algún fin o, si se prefiere, de lograr alguna ganancia o beneficio, que se presentan en el entorno”³¹.

Siguiendo esta lógica, observamos que el elemento esencial de la empresarialidad es la acción para lograr beneficios empresariales. En tal sentido, la empresarialidad como acción humana es mucho más compleja que aquellos aspectos referidos a la libertad de acción de la empresa como conjunto ordenado de factores de producción, tendiendo por tanto un alcance distinto a las libertades del de industria, trabajo, asociación y otras que en ciertos estudios constitucionales son asimilados a la libertad de empresa.

Siguiendo los lineamientos de la Escuela Austriaca podremos distinguir lo que es la empresarialidad, la empresa y el empresario. La empresarialidad se refiere a esa perspicacia que permite obtener beneficios empresariales, lo que significa toda aquella acción que busca oportunidades no advertidas por otros participantes logrando beneficiarse gracias a una descoordinación natural por el dinamismo y dispersión de la información.

³⁰ Huerta de Soto, Jesús “Estudios de Economía Política”. Unión Editorial. Madrid. 1994, Pág. 38-39

³¹ Idem, Pág. 39

En ese sentido, la calidad de empresario no la adquiere *per se* aquel que ordena los factores de producción, al igual que no la adquiere *per se* aquel que ejerce el control de dichos factores de producción, sino aquel que actúa empresarialmente, es decir, aquel que ejerce su perspicacia para advertir oportunidades no descubiertas de beneficios empresariales.

Dicho de otra forma, desde este punto de vista, no se otorga la calidad de empresario al titular de la los factores ordenados de producción -empresa en sentido tradicional- , salvo que, desde una perspectiva –generalmente a largo plazo- la ordenación de factores se deba a un acto de perspicacia que advierte una oportunidad de beneficio empresarial no advertido por otros-. Asimismo, esta visión excluye de la categoría de empresario a quienes ejercen el control de los factores ordenados –factores, gerentes, etc.-, en tanto su actividad no busque un beneficio empresarial personal³².

Consecuentemente, se otorga la categoría de empresario a quien ejerza la función empresarial. Desde un punto de vista de la empresa individual, la empresa y el empresario son la misma persona, los roles están perfectamente asimilados, dado que es la empresa que en su calidad de empresario actúa empresarialmente. Ahora bien, en el caso de las empresas colectivas –sociedades mercantiles por excelencia-, la función empresarial también se encuentra asimilada a la empresa y el empresario, entendiéndose que la empresa actúa como empresario en tanto ejerce la función empresarial.

La separación conceptual de empresa, empresario y empresarialidad permite hacer distinciones importantes. Si se observa que empresario es todo aquel que logra beneficios empresariales puros, esto lo distinguirá de otros agentes que actúan como capitalistas -que logran rentas o rendimientos-, los propietarios de recursos – que logran rentas o cuasi rentas- y aquellos que actúan por cuenta ajena están vendiendo su fuerza de trabajo. La ficción jurídica permite entender que una persona jurídica como persona separada de sus titulares o sus representantes pueda lograr

³² Una explicación muy consistente sobre estos aspectos desde el punto de vista económico puede verse en Kirzner Israel, “Competencia y Empresarialidad”, Op. Cit. Capítulo III y IV,

beneficios empresariales puros, actuando de esta forma empresarialmente como una unidad.

Bajo estas premisas, se observa que la libertad de empresa, excede los límites tradicionales e históricos que lo vinculan con libertad para crear empresas, libertad de industria, libertad de comercio, siendo que en realidad esas libertades facilitan el ejercicio de la acción empresarial, pero no constituyen el núcleo de la libertad de empresa en sí.

Si admitimos que la libertad de empresa en el contexto de la libertad de mercado tiene como finalidad permitir el ejercicio de la función empresarial o empresarialidad, encontramos que su contenido está estrechamente vinculado al funcionamiento del mercado.

La función empresarial impulsa a los agentes en el mercado a buscar oportunidades no advertidas y aprovechar dichas oportunidades para lograr beneficios empresariales. En tal sentido, la libertad de actuar empresarialmente implica la potestad de poder entrar en el mercado, aprehender la información del mismo, crear información ex novo, comunicarla, aprovechar beneficios empresariales y finalmente tener libertad para salir del mercado.

La libertad de empresa en el marco de la economía de mercado implica la posibilidad de ejercer la perspicacia para aprovechar oportunidades, por lo que se requiere que pueda entrar libremente en el mercado, obtener la mayor información del mismo, actuar en consecuencia y transmitir dicha información a través de su acción.

En ese sentido, podemos observar que la libertad de empresa presenta como elementos constitutivos, la libertad de entrada, libertad de ejercicio –libertad de acción empresarial implica una actividad necesariamente competitiva- y finalmente libertad de salida.

Para que un empresario pueda entrar en el mercado y ejercer la función empresarial, se requiere que exista libertad de entrada y salida. En la medida que menores

restricciones a la entrada y salida de agentes en el mercado exista, mayor libertad de empresa habrá.

Respecto a la libertad de ejercicio, esa comprende la posibilidad de descubrir información y crear información ex novo. Teniendo en cuenta que se trata de acciones conectadas, es esencial, que se permita una mayor libertad de acciones para que se genere el proceso de aprendizaje, en el que el proceso de búsqueda de beneficios por un proceso de ensayo y error genere una tendencia coordinadora en el mercado. Esto incluye claramente las interacciones que puedan haber entre los oferentes del mercado. Las integraciones horizontales pueden llegar a ser expresiones puras de la empresarialidad.

Los elementos descritos como pilares de la libertad de empresa, son coincidentes con las condiciones de un mercado contestable, esto es un entorno en el que el proceso mercadológico esté caracterizado por una constante “desafiabilidad” competitiva de los empresarios en su afán de obtener beneficios.

De una forma más sistemática el Prof. De la Cuesta y Rute apunta que los autores que han tratado la cuestión coinciden en señalar como facultades inherentes al derecho de libertad de empresa las siguientes³³:

- a) Libertad de acceso al mercado.
- b) Libertad de ejercicio.
- c) Libertad de cesación en el ejercicio o libertad de salida o abandono del mercado.

Respecto a la Libertad de entrada, el profesor Ángel Rojo establece que la libertad de entrada presupone el reconocimiento de otros derechos tanto implícitos como explícitos –propiedad privada, libertad de asociación, libertad de ejercicio profesional, etc.-³⁴. En ese sentido, la facultad de acceso al mercado tiene un

³³ De la Cuesta y Rute, José María, “La Publicidad y el Sistema Económico Constitucionalizado”, Op. Cit. Pág 17.

³⁴ Rojo, Angel “Actividad Económica Pública y Actividad Económica Privada en la Constitución Española”, Revista de Derecho Mercantil 169-170. 1983. Pág. 327.

significado más amplio que la simple posibilidad de iniciar una acción económica, siendo que, dicha libertad exige la remoción más amplia posible obstáculos o barreras para que se pueda ejercer la empresarialidad en el mercado. En la medida que existan mayores barreras de entrada habrá menor posibilidad de ejercicio de la libertad de empresa en el mercado, por tanto menor grado de competencia, afectando no solamente a quienes ejercen la libertad de empresa como derecho subjetivo sino al sistema económico en general y a los consumidores en última instancia.

En ese sentido, se debe observar que los límites de la facultad de libre acceso al mercado pueden encontrar concreción en la tutela de otros valores constitucionales como por ejemplo la subordinación de la riqueza al interés general -artículo 129.1 CE- o a la defensa de consumidores y usuarios -artículo 51 CE-. En estos casos, son admisibles regulaciones del ejercicio de la actividad empresarial que establezcan determinados requisitos para la participación en el mercado.

Es importante subrayar que estas normas reguladoras del ejercicio de la libertad empresarial, deben entenderse en sentido restringido y estar fundamentadas siempre en la protección de valores constitucionales que requieren mecanismos de habilitación para el ejercicio de una actividad económica. Este régimen que es el propio de los títulos habilitantes, debe ser conciente en todo momento que es potencial perturbador del proceso mercadológico, de ahí que se requiere su absoluto escrúpulo al principio de igualdad, de legalidad y control jurisdiccional, dado que debe cuidarse que la regulación no supone sacrificio o subordinación del derecho de libertad de empresa a ningún otro derecho o bien constitucionalmente reconocido, sino que consiste tan solo en concretar el contenido de aquel derecho para que pueda coexistir en condiciones de paridad con los otros derechos o bienes.

En este sentido, bien apunta el Prof. De la Cuesta y Rute que de ahí la exigencia rigurosa de que la regulación que se practique por el legislador esté constitucionalmente justificada, de que sea necesaria para proteger otros derechos o bienes constitucionales y de que, en la medida en que la concreción supone fijar un límite intrínseco al derecho de libertad de empresa, esa delimitación concreta sea

proporcionada al fin protector de los demás derechos y bienes constitucionalmente reconocidos³⁵..

Respecto a la libertad de ejercicio, es importante advertir que dicha libertad va más allá de la simple manifestación de la libertad para decidir y la libertad de competencia –aunque ambas son esenciales-, sino que debe ser entendida en relación con el modo de actuar el empresario en el mercado, que debe mantener abiertos los cauces de acceso a las tecnologías y los cauces de información acerca de la actividad de los agentes en el mercado, los precios, las condiciones y toda cuanta información exista, pudiendo actuar en consecuencia.

Este aspecto de la libertad de empresa genera el mayor grado de acercamiento entre las disciplinas de defensa de la competencia y aquellas que se refieren las normas sobre conductas prohibidas y control de concentraciones. Es importante observar que la libertad de empresa presupone la garantía del acceso al mercado y de ejercicio, lo cual requiere que el derecho deba precautelar cuidadosamente dichas condiciones de forma armónica y coherente, dado que se debe evitar que las políticas en favor de la competencia no la destruyan, cosa que puede ocurrir cuando se acometen sin una fundamentación económica sólida acerca de la función de la competencia.

Al respecto, cabe resaltar la preocupación manifestada por Miguel Ángel Fernández Ordóñez en sentido de que “hay que preocuparse de que los órganos que defienden la competencia no se conviertan en otro tipo de intervencionismo perjudicial al funcionamiento del mercado, y para evitarlo es importante que quienes lo aplican sean muy sensibles a las virtudes de la libertad de empresa”³⁶

Respecto a la libertad de salida, la libertad de empresa debe facultar a que debido a una decisión empresarial o sea por consecuencia propia del proceso mercadológico, una actividad empresarial cese y por tanto salga del mercado. La importancia de que

³⁵ “La Publicidad y el Sistema Económico Constitucionalizado”, Op. Cit. Pág 20.

³⁶ Fernández Ordóñez, Miguel Ángel, citado por De la Cruz Ferrer, Juan, “Principios de Regulación en la Unión Europea”, Op. Cit., Pág. 281.

no existan barreras de salida, se da por una parte para evitar que se fuerce una situación antinatural del mercado, lo cual agrava la situación del empresario, y por otra parte su importancia radica en que la existencia de barreras de salida condiciona la entrada de empresarios en el mercado, dado que la eventual barrera de salida puede causar un agravamiento del riesgo de entrada, eliminando la posibilidad de que pequeñas iniciativas se desarrollen en el mercado.

La contestabilidad del mercado

La protección de las distintas dimensiones de la libertad de empresa, en el contexto de la defensa del proceso mercadológico según los supuestos desarrollados hasta ahora, se identifican plenamente con el paradigma de la contestabilidad del mercado perfilado por la teoría económica.

De acuerdo a lo explicado por Julio Pascual y Vicente “La contestabilidad es una cualidad del mercado, que se predica del mismo cuando reúne las condiciones siguientes: 1) no existen barreras de entrada ni de salida. 2) todas las empresas tienen acceso a la misma tecnología de producción, tanto las empresas implantadas como las potenciales entrantes. 3) la información sobre precios es completa y está disponible para todos los consumidores y todas las empresas. 4) se puede entrar en el mercado y salir del mismo antes que las empresas que operan en él puedan ajustar sus precios. La contestabilidad de un mercado será mayor o menor, según las condiciones reales que se den en el mismo sean más o menos próximas a las citadas condiciones ideales”³⁷.

El paradigma de la constestabilidad del mercado es sumamente adecuada para la identificación de situaciones competitivas incluso en aquellos casos que según los modelos de equilibrio estarían lejos de serlo. En efecto, la teoría de los mercados contestables enseña que la existencia de una única empresa o un pequeño número de ellas no por ello hace ineficaz esa rama de la producción, pudiendo ser, por el contrario, eficaz en alto grado, siempre que la empresa o empresas situadas en este

³⁷ Pascual y Vicente, Julio “Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y Europa”, Civitas 2002, Pág. 165.

mercado mantengan sus precios próximos al nivel que tendría en una situación de abierta competencia, para defenderse de la amenaza de entrada de nuevos competidores. Si las empresas implantadas subieran los precios entrarían otras -al no existir barreras de entrada igualmente eficaces -por el acceso a la misma tecnología-. Por otra parte, si la entrada de nuevos competidores provocara una bajada de precios de las empresas implantadas, aquellos podrán salir inmediatamente del mercado sin pérdida -al no haber barreras de salida-. Esta estrategia de entradas salidas por los entrantes se denomina estrategia relámpago o *raid*. Es el temor de estrategias *raid* lo que hace que una empresa que se encuentra en una situación de monopolio de hecho pueda practicar inteligentemente precios próximos al coste medio, como haría en situación de abierta competencia³⁸

³⁸ Idem, Pág. 165-166.

Revisión al control de concentraciones bajo la visión del proceso dinámico de mercado

Objeción general a los controles ex ante

La competencia es un proceso de rivalidad empresarial en constante dinamismo, en el que la coordinación de los agentes se produce de forma espontánea en virtud de la función empresarial. En ese sentido, el derecho debe garantizar la función institucional del mercado, sin intervenir en el proceso mercadológico.

Dicho de otra forma, el derecho como garante del marco institucional del mercado, no debe pretender impedir las acciones espontáneas del mismo, tales como las concentraciones empresariales, dado que sólo a través de la acción de los agentes en ejercicio de la acción empresarial se tenderá a la coordinación de los actores. Esto no significa que no se intervenga ante las conductas de los agentes con capacidad para suprimir o restringir la contestabilidad del mercado.

Esta perspectiva, más acorde con el modelo de defensa de la competencia europeo, cuya filosofía protege al mercado del abuso de posición dominante y no de la posición dominante en sí, conlleva asimismo, a que el derecho identifique la competencia como aquel proceso dinámico de acción empresarial, siempre sujeto a presión y competencia y no como la concurrencia o debilidad de los oferentes en el mercado.

Consecuentemente, se hace inadmisibles para el derecho las consideraciones que buscan impedir o castigar *ex ante* las concentraciones económicas, dado que no es posible, bajo ningún tipo de análisis, predecir las consecuencias en el mercado de una actividad espontánea, sencillamente por que se trata de información que aún no existe y que sólo puede producirse, percibirse y comunicarse a través de la función empresarial de los sujetos en el mercado.

Al entender que las condiciones del mercado no están dadas por los paradigmas de equilibrio sino por la acción de la función empresarial, el derecho no debe preocuparse por la concurrencia de oferentes o por su poder de mercado, sino que debe proteger la libertad de empresa y la contestabilidad.

La información plena de fines y medios que según los neoclásicos puede ser objetiva y constante, sencillamente no existe. El reconocimiento de que el conocimiento y la información son subjetivos, están dispersos y cambian constantemente por la creatividad empresarial, hace que sea imposible anticipar las consecuencias en el mercado de una operación de concentración empresarial ni de ninguna otra, por lo que no es posible hacer, producir o propiciar una coordinación externa de un agente que perturbe el mercado.

La imposibilidad de obtener toda la información hace perturbadores e ineficaces los controles *ex ante*, en especial los de concentración económica. Únicamente la función empresarial empujada por la búsqueda de beneficio es capaz de reaccionar ante una ofensiva competitiva, innovando o descubriendo una oportunidad en el mercado, por lo que ninguna atribución legal puede justificar la interrupción del proceso de tendencia equilibradora que la función empresarial logra. En ese sentido, toda interpretación jurídica debe tener como referencia el principio de libertad de empresa y mínima intervención, solo *ex post* y justificada en las reglas de la razón.

La concentración de oferentes en el mercado o incluso la existencia de un monopolio, no significa por sí mismo la inexistencia de competencia en el mercado. Superando los modelos teóricos basados en el paradigma del estado de equilibrio, se puede apreciar que existe presión competitiva siempre que el mercado sea desafiante. Con independencia del número de oferentes, la inexistencia de barreras de entrada y salida permite que agentes en ejercicio de su función empresarial ingresen y capten mercado cada vez que exista una oportunidad de beneficio. Esto hace que los oferentes, aunque concentren cuotas elevadas de mercado o incluso en el supuesto que tengan posición monopolística, no puedan decidir unilateralmente las condiciones del mercado.

Por tal motivo, parece injustificado controlar o incluso prohibir y sancionar las concentraciones económicas, dado que su sola existencia, no determina *per se* perturbaciones en la competencia. En el caso de que fruto de una operación de concentración económica se consolide una posición dominante, esta solamente perturbará la competencia en el mercado en caso de que la nueva estructura haga un abuso de dicha posición de mercado, configurando en este caso, una conducta prohibida y sancionada por el derecho de la competencia.

En ese sentido, el control y prohibición de operaciones de concentración económica -por el solo hecho de modificar la estructura del mercado-, significa presuponer que un agente en el mercado actuará de forma prohibida -con abuso de su poder de dominio- por el solo hecho de ostentar dicho poder de dominio. Esta situación además de atentar contra la libertad de empresa, puede significar un mecanismo perverso en lugar de pro-competitivo, dada la imposibilidad de evaluar los efectos de dicha concentración.

Análisis sobre los efectos de las concentraciones

A nivel teórico, se fundamenta el control de concentraciones en base a la idea de que este tipo de operaciones pueden obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva, en particular al crear o reforzar una posición dominante. En ese sentido, se distinguen los efectos no coordinados de los efectos coordinados.

Efectos no coordinados

Respecto los denominados efectos no coordinados, la normativa considera que una concentración puede obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en un mercado al liberar de importantes presiones competitivas a uno o varios vendedores, que de esta manera dispondrán de un poder de mercado incrementado. En este sentido entienden que el efecto más directo de la concentración será la desaparición de la competencia entre las empresas que van a fusionarse. Por ejemplo, si una de las empresas hubiera subido sus precios antes de la concentración, habría perdido parte de sus ventas en

beneficio de la otra empresa participante en la concentración, supuestamente la concentración pone fin a esta presión competitiva³⁹. Las Directrices Horizontales presumen que las empresas del mismo mercado que no participan en la fusión también pueden beneficiarse de la reducción de la presión competitiva resultante de la concentración, ya que la subida de precios realizada por las empresas que van a fusionarse puede desviar parte de la demanda hacia sus competidores, para los que también puede resultar rentable subir los precios. La reducción de estas presiones competitivas puede conducir a un importante aumento de los precios en el mercado de referencia.

Un mercado en libertad de acción y en el que se han removido las barreras de entrada no tendría por que experimentar los efectos no coordinados de las concentraciones, dado que, la presión competitiva estará presente siempre que haya oportunidad de beneficio en los términos de la empresarialidad. En ese sentido, el incremento de precios en el mercado sólo se produciría al margen de los ajustes del mercado en caso de que no hubiese desafiabilidad en el mismo, cuestión que es externa a la estructura resultante de una concentración y que podría solucionarse por medio de otros mecanismos jurídicos.

Es evidente que cuanto mayor sea la cuota de mercado de una empresa, más probable es que ésta tenga poder de mercado. Y cuanto mayor sea la suma de cuotas de mercado, más probable es que una operación de concentración dé lugar a un aumento significativo del poder de mercado. No obstante, esto no significa que la sola existencia de poder de mercado haga *per se* inevitable conductas de abuso de dicho poder de mercado. En su caso, cualquier actividad que se encuentre dentro del sistema de ilícitos de abuso de poder dominante, puede ser controlada *ex post* y de forma efectiva.

Por otro lado, las cuestiones relativas a los ajustes de precios, sustituibilidad de productos, rivalidad entre competidores o en fin, cualquier comportamiento del mercado, será resuelto por la función empresarial. En la medida que se vaya desarrollando el proceso de mercado, con un periodo de ignorancia seguido de

³⁹ Apartado 24 de las Directrices Horizontales.

otro de menos ignorancia, cada comprador o vendedor, revisa sus planes conforme a la luz de la nueva información adquirida sobre otras oportunidades que aquellos a quienes él quiere vender de los que él quiere comprar. En ese sentido el proceso mercadológico se mantendrá competitivo, dado que la alteración sistemática de las decisiones en un periodo y el siguiente hace que cada oportunidad sea más competitiva que la del periodo precedente, esto es, la oferta se hace con mayor conocimiento de otras oportunidades disponibles, contra las que hay que competir.

Abusos de poder dominante

Las Directrices Horizontales establecen que algunas concentraciones, podrían obstaculizar significativamente la competencia efectiva al colocar a la empresa fusionada en una posición en la que tendría la capacidad y el incentivo de dificultar la expansión de empresas más pequeñas y de competidores potenciales o de restringir por otros medios la capacidad competitiva de empresas rivales.

Las directrices horizontales ponen como ejemplo el caso en el que la entidad fusionada pueda ejercer tal grado de control o de influencia sobre el suministro de productos o las posibilidades de distribución, que la expansión o entrada de empresas competidoras resulte más costosa. Este caso descrito por las Directrices, hace referencia a conductas prohibidas por el derecho de la competencia. Obsérvese que se constituye como un causal de incompatibilidad de la concentración con el mercado, la posibilidad del ejercicio de un abuso de poder dominante.

Este tipo de causal sanciona ex ante una conducta ilícita probable que no se ha configurado y sobre la cual no existe ningún elemento que permita que se infiera su inevitable producción. Esta anticipación –injustificada– del derecho, pareciera desconocer que en su caso existen medidas disuasivas y remediales que justamente están concebidas para el control y sanción del abuso de poder dominante.

Sobre los efectos coordinados

Las Directrices Horizontales establecen que una fusión en un mercado concentrado puede obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva, a través de la creación o el refuerzo de una posición dominante colectiva, debido a que aumenta la probabilidad de que las empresas puedan coordinar su comportamiento y subir los precios, incluso sin necesidad de concluir un acuerdo o de recurrir a una práctica concertada. Una concentración también puede facilitar o hacer más estable o efectiva la coordinación entre empresas que ya se coordinaban antes de la concentración, bien sea robusteciendo la coordinación o permitiendo que las empresas acuerden unos precios aún más altos.

La coordinación que pretende repeler el sistema de control de concentraciones puede revestir diversas formas. En algunos mercados, la coordinación más probable puede implicar el mantenimiento de los precios por encima del nivel competitivo. En otros, puede estar destinada a limitar la producción o el volumen de nueva capacidad introducida en el mercado. La coordinación entre empresas también puede consistir en un reparto del mercado, por ejemplo por zonas geográficas o en función de otras características del cliente, o en la adjudicación de contratos en mercados de licitación⁴⁰.

Los casos descritos por las directrices horizontales respecto efectos coordinados, establecen claramente alusiones a prácticas colusorias⁴¹, las

⁴⁰ Ver Directrices Horizontales

⁴¹ Según las Directrices Horizontales, cuanto menos complejo y más estable sea el entorno económico, más fácil es que las empresas lleguen a un acuerdo sobre las condiciones de la coordinación -acuerdos colusorios-. Pone como ejemplos, la mayor facilidad que se coordinen unos pocos operadores que no un gran número de empresas. También es más fácil acordar el precio de un solo producto homogéneo que concertar cientos de precios en un mercado con muchos productos diferenciados. La coordinación por medio de la división del mercado resultará más sencilla cuando la clientela tenga unas características simples que permitan a las empresas un fácil reparto de clientes. Estas características pueden basarse en aspectos geográficos, en

cuales se constituyen en ilícitos según la normativa en materia de derecho de la competencia. En este caso, al igual que en el de efectos no coordinados, se sanciona ex ante conductas probables, si la existencia de ningún elemento que pueda determinan la inevitabilidad de la producción de dicha conducta ilícita.

Fusión con un competidor potencial

Las Directrices Horizontales consideran también que las concentraciones en las que una empresa ya activa en un mercado de referencia se fusiona con un competidor potencial en ese mismo mercado pueden surtir efectos anticompetitivos similares a las concentraciones entre dos empresas ya activas en el mismo mercado de referencia y, por tanto, obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva, en especial mediante la creación o el refuerzo de una posición dominante.

Según las Directrices, una concentración con un competidor potencial puede tener efectos horizontales contrarios a la competencia, tanto coordinados como no coordinados, si dicho competidor condiciona significativamente la conducta de las empresas activas en el mercado. Puede tratarse de un competidor potencial que posea activos que resulte fácil utilizar para entrar en el mercado de referencia sin necesidad de hacer importantes inversiones irreversibles. Pero también pueden producirse efectos anticompetitivos si es muy probable que la otra parte de la concentración incurra en los costes irreversibles necesarios para entrar en el mercado en un plazo relativamente corto, al término del cual podrá condicionar la conducta de las empresas activas en el mercado .

el tipo de clientela o simplemente en la existencia de clientes que habitualmente compran a una empresa específica. La coordinación por medio de la división del mercado puede producirse de forma relativamente sencilla si resulta fácil determinar el proveedor de cada cliente y el mecanismo de coordinación consiste en el reparto de la clientela existente entre sus proveedores tradicionales.

Para que la Comisión considere que una concentración con un competidor potencial o futuro tenga efectos anticompetitivos significativos, deben cumplirse dos condiciones básicas. En primer lugar, debe tratarse de un competidor potencial que ejerza una presión competitiva significativa o que muy probablemente se hubiera convertido en un competidor efectivo⁴². En segundo lugar, no debe haber un número suficiente de competidores potenciales alternativos que estén en condiciones de ejercer una presión competitiva suficiente tras la concentración.

En cualquiera de los casos, el análisis prescinde por completo de la posibilidad de contestabilidad en el mercado. La función empresarial permite que en el mercado se acomoden las respuestas de los agentes ante los planes de los agentes. En caso de que la consolidación de una posición de dominio sea el primer paso para dar lugar luego a abusos de poder dominante, deberá entrar en juego las medidas contrarias al abuso de poder dominante.

Posibles efectos de una operación de concentración

Las operaciones de concentración económica aun en el caso de que consoliden o refuercen una posición dominante, no tienen por que implicar por si mismo un efecto anticompetitivo en el mercado. De forma general podremos sistematizar los efectos posibles de una concentración económica de la siguiente forma:

- a) Contestabilidad del mercado en virtud de la función empresarial.
- b) Aumento de las eficiencias
- c) Mejora en los beneficios para los consumidores
- d) Abuso de posición dominante
- e) Actos de colusión

⁴² La Comisión puede llegar a esta conclusión si hay pruebas de que un competidor potencial tenía planeado penetrar con fuerza en el mercado.

Contestabilidad del mercado

En la medida de que exista un mercado desafiante, en especial cuando la entrada en un mercado resulta relativamente fácil debido a la inexistencia de barreras de entrada⁴³, ninguna concentración plantea un riesgo anticompetitivo, dado que, la empresarialidad fomentará a los agentes en el mercado a beneficiarse de las oportunidades que pueda plantar una eventual baja de calidad o aumento de precios de los oferentes objetos de la concentración.

Por otro lado, los proveedores no sólo están sometidos a las presiones competitivas de sus competidores, sino que éstas también pueden proceder de sus clientes⁴⁴. Es posible que ni siquiera las empresas con cuotas de mercado muy altas estén, después de la concentración, en condiciones de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva, en particular actuando en una medida apreciable con independencia de sus clientes si éstos disponen de poder de negociación.

Aumento de las eficiencias

Las reorganizaciones empresariales en forma de concentraciones pueden responder a las exigencias de una competencia dinámica y aumentar la competitividad de la industria, contribuyendo de esta manera a mejorar las alternativas en el mercado.

⁴³ Las directrices horizontales reconocen que la probabilidad de que se produzca una entrada es especialmente alta cuando los proveedores de otros mercados ya disponen de instalaciones de producción que pueden utilizarse para entrar en el mercado en cuestión, reduciendo de esta manera los costes hundidos vinculados a dicha entrada. Tal reutilización de instalaciones de producción es tanto más probable cuanto menor sea la diferencia, en términos de rentabilidad, entre la entrada y la no entrada con anterioridad a la concentración.

⁴⁴ Estas cuestiones se encuentran expresamente previstas en las directrices horizontales.

Las operaciones de concentración económica a menudo son el resultado de condiciones del mercado, el cual obliga a hacer más eficiente e innovadora la producción. Cuestiones tales como las economías de escala, la integración vertical y el incremento de la presencia geográfica, hacen que sea económicamente más eficiente la concentración de oferentes del mercado.

Estas eficiencias suelen estar presentes en casi todas las operaciones de concentración empresarial. Si bien la normativa europea establece la obligatoriedad de tomar en consideración estas eficiencias, no obstante, la consideración de estos elementos se realiza por la vía de la excepcionalidad y no como un elemento característico de las concentraciones. Asimismo, la normativa las rodea de tantas excepciones que es casi irrelevante la demostración de eficiencias en las operaciones de concentración.

Beneficio para los consumidores

Las eficiencias generadas por las concentraciones pueden dar lugar a una reducción de precios o a otros beneficios para los consumidores. En ese contexto, los ahorros de costes en la producción o distribución pueden conferir a la entidad fusionada la capacidad y el incentivo de aplicar unos precios más bajos tras la concentración⁴⁵. La Comisión considera especialmente pertinentes las eficiencias en costes que generan reducciones de los costes variables o marginales frente a las reducciones de los costes fijos.

Asimismo, en virtud de una concentración, los consumidores pueden beneficiarse de productos o servicios nuevos o mejorados, ese es el caso de un aumento de la eficiencia en el ámbito de la I+D y de la innovación⁴⁶.

En el ámbito de los efectos coordinados, las eficiencias pueden aumentar el incentivo de la entidad fusionada para subir la producción y bajar los precios y, de esta manera, reducir el incentivo para coordinar su comportamiento con

⁴⁵ Apartado 81 de las Directrices Horizontales

⁴⁶ Apartado 83 de las Directrices Horizontales

otras empresas del mismo mercado. Por consiguiente, las eficiencias pueden contribuir a disminuir el riesgo de que se produzcan efectos coordinados en el mercado de referencia⁴⁷.

Abuso de posición dominante

El control de concentraciones intenta evitar la consolidación o reforzamiento de una posición dominante, bajo la premisa de que esta posición es tendiente a tener efectos anticompetitivos. En el entendido de que una situación anticompetitiva no puede deberse a la estructura sin o a la conducta de los agentes, las situaciones anticompetitivas referentes a oferentes con alto poder de mercado importarán, necesariamente, abusos de poder dominante.

De hecho las Directrices Horizontales establecen que algunas concentraciones, podrían obstaculizar significativamente la competencia efectiva al colocar a la empresa fusionada en una posición en la que tendría la capacidad y el incentivo de dificultar la expansión de empresas más pequeñas y de competidores potenciales o de restringir por otros medios la capacidad competitiva de empresas rivales.

Estas situaciones se encuentran dentro de los supuestos de artículo 85 del Tratado CE, siendo conductas prohibidas u sancionables previa comprobación. Estas situaciones al ser de conductas solo pueden ser controladas ex post y dependen de una actividad expresa de una gente tendiente a suprimir o distorsionar la competencia.

Consecuentemente, al no poder sancionar una operación de concentración económica –al no constituir esta un abuso de poder dominante-, toda revisión de las conductas de los agentes –en especial de los objetos de concentración- que pudiese entrañar un abuso de poder dominante, deberá ser ex post.

⁴⁷ Apartado 83 de las Directrices Horizontales

No es jurídicamente admisible que se sancione ex ante una conducta ilícita probable que no se ha configurado y sobre la cual no existe ningún elemento que permita inferir su inevitable consumación.

Actos colusorios

Bajo los denominados efectos coordinados, la normativa comunitaria hace referencia a obstaculizaciones de la competencia, a través de la creación o el refuerzo de una posición dominante colectiva, debido a que aumenta la probabilidad de que las empresas puedan coordinar su comportamiento y subir los precios, incluso sin necesidad de concluir un acuerdo o de recurrir a una práctica concertada. Asimismo, las Directrices Horizontales establecen que una concentración también puede facilitar o hacer más estable o efectiva la coordinación entre empresas que ya se coordinaban antes de la concentración, bien sea robusteciendo la coordinación o permitiendo que las empresas acuerden unos precios aún más altos.

Los casos referidos a los efectos coordinados, al igual que el de los no coordinados, son propios al ámbito de las conductas y no de las estructuras. En estos casos se hacen alusiones directas a prácticas colusorias.

Las prácticas colusorias no son resultado de una operación de concentración económica, sino que son propias de la actividad ilícita de varios oferentes en el mercado. Estas conductas, son ilícitas en el sentido del artículo 81 del Tratado de la CE.

El control de concentraciones, en estos casos, al igual que en el de efectos no coordinados, sanciona ex ante conductas probables, si la existencia de ningún elemento que pueda determinar la inevitabilidad de la producción de dicha conducta ilícita.

Bibliografía

- ARAGÓN, M. **“Constitución económica y libertad de empresa”**. Estudios Jurídicos en Homenaje Aurelio Menéndez. Civitas. Madrid I. 1996.
- ARIÑO, GASPAR. **“Principios constitucionales de la libertad de empresa. Libertad de comercio e intervencionismo administrativo”**. Marcial Pons Madrid. 1995.
- BENEYTO PÉREZ, JOSÉ MARÍA **“Una visión general sobre las concentraciones empresariales y su control en España y en la Unión Europea”**, *Control de concentraciones empresariales (Enero 2005)* Id. vLex: VLEX-PV435.
- CABANELLAS, GUILLERMO **“Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia”**, Editorial Heliasta, 1983.
- CENTRO DE INFORMACIÓN SOBRE RECURSOS JURÍDICOS EN INTERNET del Instituto Boliviano de Investigaciones Jurídicas. www.ibij.org
- COASE RONALD, **“The problem of social cost”**, Journal of Law and Economics, octubre 1960, disponible en <http://www.sfu.ca/~allen/CoaseJLE1960.pdf>.
- CONESA FERNANDO, **“Libertad de Empresa y Estado de Derecho”**, Rialp, Madrid, 1978
- DE LA CRUZ FERRER, JUAN, **“Principios de Regulación en la Unión Europea”**, Instituto de Estudios Económicos. Madrid. 2002.
- DE LA CUESTA Y RUTE, JOSÉ MARÍA, **“De Concentraciones, Opas y Regulaciones”**, El notario No. XII, abril de 1007, disponible en http://www.elnotario.com/egest/noticia.php?id=743&seccion_ver=0.
- DE LA CUESTE Y RUTE, JOSÉ MARÍA, **“La Publicidad y el Sistema Económico Constitucionalizado”**, 2001, Universidad Complutense de Madrid, recursos digitales –eprints- disponible en <http://www.ucm.es/eprints/1643/01/>
- DE LA CUESTA Y RUTE, JOSÉ MARÍA, **“Un límite al poder autorregulador de Autocontrol de la Publicidad: La sentencia de la Audiencia de Madrid de 24 de mayo de 2004”**. Cuadernos de Derecho y Comercio No. 43 , 2005

-
- DE LA CUESTA Y RUTE, JOSÉ MARÍA, **“Un límite al poder autorregulador de la publicidad derivado del derecho de la competencia : a propósito de la Resolución del T.D.C. de 20 de enero de 2004”**, 2006, Universidad Complutense de Madrid, recursos digitales – eprints- disponible en http://www.ucm.es/eprints/5921/01/Cuesta_Rute.pdf.
 - FONT GALÁN, IGNACIO Y MIRANDA SERRANO LUIS MANUEL, **“Competencia Desleal y Antitrust”**, Marcial Pons, 2005.
 - HUERTA DE SOTO, JESÚS **“Estudios de Economía Política”**. Unión Editorial. Madrid. 1994.
 - HUERTA DE SOTO, JESÚS **“La Escuela Austriaca Moderna frente a la Neoclásica”**, Revista de Economía Aplicada Vol. V, 1997.
 - KIRZNER ISRAEL M., **“Competencia y Empresarialidad”**, Unión Editorial, 1998.
 - LÓPEZ GARRIDO **“Libertades económicas y derechos fundamentales en el sistema comunitario europeo”**. Tecnos. Madrid. 1986
 - MASSAGUER JOSÉ, PALAU, FELIPE **“Informe Sobre el Régimen Jurídico de las Prácticas Comerciales en España, con Especial Atención a los Aspectos Considerados en la Comunicación de la Comisión de Seguimiento del Libro Verde sobre la Protección de los Consumidores en la Unión Europea”**, Instituto Nacional de Consumo, 2002.
 - MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA, **“Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de defensa de la Competencia”**, 20 de enero de 2005
 - NAVARRO VARONA, EDURNE Y BACHES OPI, SERGIO **“El nuevo sistema comunitario de control de concentraciones”**, *Actualidad Jurídica (Uría & Menéndez)* - Núm. 8, Mayo 2004
 - PASCUAL Y VICENTE, JULIO **“Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y Europa”**, Civitas 2002
 - PAZ- ARES CÁNDIDO, ALFARO ÁGUILA REAL, JESÚS **“Un Ensayo Sobre la Libertad de Empresa”**, publicado en Estudios Homenaje a Luis Díez Picaso, Ed, Tomson Civitas 2003.

-
- ROJO, ANGEL **“Actividad Económica Pública y Actividad Económica Privada en la Constitución Española”**, Revista de Derecho Mercantil 169-170. 1983.
 - RODRIGUEZ MÍGEZ, JOSÉ ANTONIO **“El control de las concentraciones económicas en España”** Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor. Tomo XIV (1991-92) (Enero 1993).
 - RUBIO LLORENTE, F. **“La libertad de empresa en la Constitución”**. Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez. Civitas. Madrid. 1996.