

UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA
FACULTAD DE DERECHO
TRABAJO DE FIN DE GRADO
Grado en Derecho
Curso 2.020/2.021. Convocatoria de julio



**EL DINERO, LA ENTIDAD DE CRÉDITO Y EL DERECHO
A LA COMPETENCIA**

The Money, the credit institution and the right to competition.

Realizado por el alumno D. David Díaz González

Tutorizado por la profesora Dña. Irene Navarro Frías

Departamento: Derecho Público y Privado Especial y Derecho de la Empresa.

Area de conocimiento: Derecho Mercantil

RESUMEN:

Este trabajo reflexiona sobre la naturaleza jurídica del dinero y las entidades de crédito desde una perspectiva holística. Desde hace mucho tiempo, las tendencias de los Estados a realizar el control del crédito y el dinero en las sociedades ha acotado el debate teórico en exceso, predominando corrientes que pueden resultar poco adecuadas para el giro y tráfico mercantil y que excluyen del objeto de estudio otras ciencias como el Derecho. En este sentido, se proyecta en el Derecho una rama del conocimiento que puede dar una solución teórica satisfactoria a los problemas que plantea el sistema de banca central moderna y el dinero en la actualidad, examinándose en este trabajo los posibles efectos de transitar a un sistema de banca libre, su legitimidad y mejora que produciría en el sistema bancario el régimen de libre competencia.

Palabras clave: dinero; derecho a la competencia; Banco Central; control del crédito; crisis económica.

ABSTRAC:

This work reflects on the legal nature of money and credit institutions from a holistic perspective. For a long time, the tendencies of the States to carry out the control of credit and money in societies have limited the theoretical debate in excess, prevailing currents that may not be suitable for the business and commercial traffic and that they exclude from the object of study other sciences such as Law. In this sense, a branch of knowledge is projected into Law that can provide a satisfactory theoretical solution to the problems posed by the modern central banking system and money today, examining in this work the possible effects of moving to a system of free banking, its legitimacy and improvement that the free competition regime would produce in the banking system.

INDICE:

I. INTRODUCCIÓN

II. EL DINERO

2.1. El nacimiento del dinero.

2.2. El dinero en la jurisprudencia clásica: la distinción del dinero del resto de mercancías.

2.3. La excepción del dinero como mercancía en sentido jurídico.

2.4. El elemento determinante de la naturaleza del dinero y su concepto jurídico.

III. LA ENTIDAD DE CRÉDITO

3.1. Títulos jurídicos de la regulación bancaria en España.

3.2. El concepto jurídico de entidades de crédito.

3.3. La regulación bancaria.

IV. EL SISTEMA DE BANCA CENTRAL

4.1. El título jurídico del control del dinero.

4.2. La Banca Central en España.

4.3. La concepción del dinero como medio de curso forzoso.

4.4. El fallo de la Banca Central respecto del dinero.

V. EL DERECHO A LA COMPETENCIA

5.1. La competencia en el contexto internacional.

5.2. La competencia como instituto superior al mando y su base praxeológica.

5.3. El proceso dinámico de competencia.

5.4. Propuesta de tránsito del sistema bancario y el dinero a la libre competencia.

VI. CONCLUSIONES

VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN.

El dinero es un fenómeno consolidado en nuestros días; tanto que resulta indispensable en nuestro funcionamiento como sociedad y en nuestras vidas como individuos. El desarrollo del sistema monetario, bancario y financiero trae consigo nuevas formas de contratación, nuevas obligaciones y nuevas posibilidades en el tráfico mercantil, naciendo un conjunto de fenómenos sociales que deben ser descritos y analizados para describir su naturaleza, funcionamiento y posible viabilidad o sostenimiento a lo largo del tiempo.

En este punto, diversas son las corrientes de pensamiento que han tratado de explicar el fenómeno del dinero y dar un modelo de sistema monetario, primando sobre todas las demás la concepción clásica del dinero como aquel valor monetario de curso forzoso bajo la observancia de los agentes monetarios que monopolizan la moneda denominados Bancos Centrales.

En este contexto, donde el sistema de monopolio monetario resulta ser el único presente en el mundo, salvo excepciones recientes que se desarrollarán en el mismo cuerpo del trabajo, resulta que, paradójicamente, los estados comienzan a ser más abiertos a la competencia y al mercado y la empresa, rompiendo, al menos en cierta medida, con la tendencia intervencionista en el giro y tráfico mercantil. Siendo esta la realidad, se analizará sintéticamente el origen del fenómeno del dinero y su naturaleza jurídica, las entidades de crédito, un análisis del sistema de banca central moderna y, teniendo en cuenta la naturaleza del dinero, su posible transición al régimen de libre competencia del sistema monetario incluyendo, en su caso, las reformas que se darían.

Revelado el principal objeto de análisis del trabajo, este merece justificación de la elección de dicho tema para el mismo. La principal es que la presencia del monopolio monetario en España y en el mundo es un ámbito poco cuestionado que requiere de su estudio para comprender su totalidad, su relación con el derecho a la libre competencia y las razones por las cuales se debería transitar a un sistema más adecuado teniendo en cuenta la naturaleza del dinero y la de la competencia.

La segunda razón por la cual se ha escogido este tema como objeto de estudio del presente Trabajo de Fin de Grado es el personal interés que tengo por la materia y la

injustificada marginación de la ciencia jurídica en la descripción y explicación científica de fenómenos como el dinero, el proceso de competencia y la empresarialidad que, sin lugar a dudas, tienen relevancia jurídica y resultan de vital importancia para comprender los sistemas de banca y las nuevas formas de contratación y creación de nuevos sistemas descentralizados de reciente constitución tales como las monedas digitales.

II. EL DINERO.

Las sociedades desde tempranas épocas en la historia de la humanidad han mantenido relaciones jurídicas y observado negocios jurídicos determinados para la satisfacción de sus intereses personales y la esencial coexistencia pacífica. La persecución por parte de estos individuos de sus propios intereses los llevan a adquirir en su patrimonio bienes que desean otros y que otros valoran más que los que ya ostentan, desarrollando un primitivo sistema de pagos basado en el trueque.

2.1 El nacimiento del dinero.

A pesar de ser un instrumento tan beneficioso y actual, el dinero, tal y como lo conocemos ahora, tiene sus bases en las sociedades primitivas de carácter tribal y familiar de subsistencia.

En este contexto, los individuos que buscaban la satisfacción de sus intereses y necesidades más primordiales recurrían a métodos de subsistencia y tendentes a la autarquía, desarrollando, en estas etapas tempranas de la humanidad, una sociedad sin intercambio.

Conforme se desarrolla este estadio social primitivo, comienzan a aparecer bienes y mercancías gradualmente que, de forma eventual, comienzan a ser deseadas por otros que carecen de ellas, dando lugar a múltiples transacciones basadas en el intercambio de bienes, pasando a una sociedad de intercambio basado en la permuta. La extensión de dicha forma de intercambio en las sociedades de aquel momento dieron lugar a un desarrollo de la civilización, y con ello, el presupuesto base para el nacimiento del dinero¹.

¹ MENGER.C.: *El dinero*, Unión Editorial, Madrid, 2013, pág. 81

Conforme se intercambian bienes de diversa especie, tales como pieles de animal, cabezas de ganado, sal, conchas y demás mercancías por otras, comienzan a surgir, conforme se desarrollan las civilizaciones, las primeras dificultades en el sistema de intercambio.

En este sentido, la respuesta a tal dificultad viene dada por la simple naturaleza de la permuta, que se sustancia teóricamente en la necesaria condición de que las cosas que son ofrecidas por un permutante sean necesitadas por la personas cuyas mercancías necesita, y, de la misma manera, que estos sean encontrados por aquellos copermutantes que necesitan de la suya².

Resulta ilustrativo y destacable en este punto la anécdota de Verney Lovett Cameron, expedicionario británico que inició una de sus famosas travesías por Africa a finales del siglo XIX, cuando se disponía a cruzar el Lago Tanganica en la República del mismo nombre:

- *“Mi primera preocupación fue hacerme con embarcaciones. Puesto que los propietarios de las dos embarcaciones que me habían sido prometidas estaban ausentes, trate de alquilarle una a Syde Ibn Habib, dirigiéndome a su agente, el cual quería marfil, que yo no tenía. Vine a saber que el marfil lo tenía Mohamed Ben Salib, el cual deseaba tela de algodón. Y como yo no la tenía, la información me sirvió de poco hasta que me enteré de que Mahamed Ibn Gharib tenía la tela, pero necesitaba hilo de algodón. Por suerte yo lo tenía, y así cedí a Mahamed Ibn Gharib la cantidad de hilo que necesitaba, después de lo cual cedió la tela a Mohamed Ibn Salib, el cual por su parte cedió al agente de Syde el marfil que deseaba. Y así, finalmente, pude obtener la barca y cruzar el lago hasta la otra orilla.³”*

² MENGER.C.: *El dinero*, Unión editorial, 2013, Madrid, pág. 81- 83

³ CAMERON.VL.: *A través de Africa*, Ed. Del Viento, 2010, A Coruña, pág. 246-247

Queda entonces claro que la convención de pares contratantes basada en la necesidad mutua que requiere el contrato de permuta es lo que supuso, a pesar de constituir una mejora para la vida de los individuos y el desarrollo de las sociedades, un verdadero obstáculo, que se agrava con la división del trabajo, en el giro y tráfico jurídico en sus inicios, máxime cuando se trataba de cosas perecederas o de exigencias cuantitativas difíciles de satisfacer.

Conforme se desarrollan los intercambios basados en la permuta y son varios los géneros de cosas que suceden en el tráfico, se empiezan a distinguir diferentes tipos de bienes que, en relación con los demás, comienzan a ser más deseados que el resto de cosas por los individuos. En este punto, comienzan a surgir bienes cuya adquisición resulta ansiada por un mayor número de personas que el resto de bienes; que todos desean y, por lo tanto, conforme el uso consuetudinario, determina que un grupo muy selecto de bienes sean elevados a un estatus más elevado en Derecho que el de cosa o mercancía común; esto es un medio de intercambio general que podría denominarse, si bien primitivo, dinero⁴.

Este fenómeno social conocido como dinero, ampliamente extendido y conocido en nuestros días, adquiere diversas formas y géneros según las condiciones y circunstancias del lugar de intercambio⁵; en sociedades costeras la sal y las conchas de cauri, en las alpinas o de llanuras nómadas determinados minerales o telas de seda u algodón, y demás mercancías que adquirieron el estatus jurídico de medio de intercambio de uso general. Eventualmente, un grupo selecto de estos se impone sobremanera sobre el resto en las relaciones entre comerciantes convirtiéndose en medio de cambio de uso generalmente aceptado, primero a nivel local y luego extendiéndose en diversos puntos de la humanidad, dando lugar a los metales amonedados y el perfeccionamiento del dinero a través del sistema de acuñación de los mismos⁶, primero a través de las casas de la moneda y finalmente a través de los Bancos Centrales en la modernidad.

⁴ MENGER.C.: *ob.cit.*, pág. 86-87

⁵ *Idem*, pág. 90

⁶ *Idem*, págs. 115-118

2.2 El dinero en la jurisprudencia clásica: la distinción del dinero del resto de mercancías.

Conforme el dinero comienza a ser un fenómeno extendido en la práctica comercial de las sociedades humanas, se arraiga cada vez más su naturaleza distintiva del resto de bienes que circulan síntoma de la divergencia que demuestra tener el dinero, en su naturaleza, respecto las mercancías en sentido jurídico.

Con el ejercicio del comercio, se desarrolla en la casuística de los juristas romanos la acertada distinción del dinero del resto de patrimonio o mercancías comunes del tráfico jurídico. En este sentido, se da en la jurisprudencia clásica la distinción del precio, *prex*, de la mercancía, *merx*⁷, justificada bajo la exigencia de la especial naturaleza de los bienes que constituyen dinero, que, al ostentar especiales características en el intercambio, fueron analizados como la antítesis del objeto de la permuta en cuanto a objeto especial en la contratación⁸, distinguiendo entre *emptio-venditio* y *permutatio*.

Siendo esta la conclusión, que el dinero es un bien distinto de todos aquellos que suceden en el intercambio, se justifica la necesaria distinción en Derecho de ambos institutos bajo cierta regulación⁹.

2.3 La excepción del dinero como mercancía en sentido jurídico.

Existen ocasiones en las que el dinero, en lugar de servir como intermediario o medio de intercambio de uso general, se convierte en mercancía en sentido jurídico; son los casos de contrato de préstamo o aquellos donde el objeto de transacción es especialmente el dinero.

Esto sucede debido a que la finalidad de la transmisión del dinero no es, como se estima en el normal del tráfico, mediar en el intercambio, sino destinarlo esencialmente a ser vendido, como en el caso de comerciantes que operan con piezas de moneda

⁷ D. 1. 18. 1

⁸ MENGER.C.: *ob.cit.*, pág. 112-113

⁹ *Ibidem*.

concreta, siendo objeto de compraventa, préstamo u otro tipo de negocio jurídico adquiriendo así el carácter de mercancía en sentido jurídico¹⁰.

2.4. El elemento determinante de la naturaleza del dinero y su concepto jurídico.

Conforme todo lo anterior, el nacimiento del dinero es un fenómeno que cabe estudiar dentro de la ciencia jurídica, desde un punto de vista teórico, dentro de la naturaleza de los bienes.

Hemos esbozado a este punto que los bienes que constituyen dinero, y que evolucionan con posterioridad a los metales amonedados y acuñados, lo son al ser más deseados; y al ser una realidad que todos lo desean, se pretende obtener mediante el intercambio, convirtiéndose en consecuencia por la práctica comercial, *Lex mercatoria*, en medio de intercambio de uso general.

El atributo jurídico que subyace en este tipo de bienes que provoca que determinados grupos de bienes se eleven en Derecho de mercancías comunes a medios de intercambio de uso general es la fungibilidad¹¹. No es casualidad que en todas las sociedades las especies de bienes más fungibles acaben convirtiéndose en dinero, pues en su naturaleza está el germen del intercambio.

Para ilustrar tal afirmación, supongamos que somos parte contratante en un intercambio de marfil por seda; intercambio relativamente común en el Norte de Africa durante las expediciones británicas.

En este punto de la negociación, en una sociedad donde todavía no ha aparecido el dinero, se acometería por ambas partes un análisis exhaustivo de los objetos del cambio, llegando a cuestiones lógicas sobre la posibilidad de perfeccionar el intercambio. Supongamos que en este caso el marfil no se encuentra refinado, siendo por lo tanto un objeto voluminoso, y se conviene que la transacción es por una parte del marfil; ¿cómo se asegura que el marfil, una vez cortado, servirá igualmente para negociar con otro contratante?; ¿existirá otro tipo de marfil más adecuado para la transacción?; ¿es el marfil una vez dividido una mercancía deseada?; siendo dudosa la

¹⁰ MENER.C.: *ob.cit.*, pág. 114

¹¹ *Idem*, pág. 92

transacción, en el mejor de los casos; ¿convendría refinarlo?; ciertamente la operación de refinar el marfil aumentaría su valor y a ello le correspondería una mayor cantidad de seda, seda que no ostenta nuestro par y que no esta dispuesta a obtener ni a dar.

Siendo tanta la inseguridad y las cuestiones que obstaculizan el desarrollo del proceso de contratación, el intercambio deriva en un proceso tremendamente difícil de acontecer o imposible; dicho de otro modo, el valor del marfil no puede ser afectado en tales condiciones de intercambio sin comprometer su propia calidad respecto su estado anterior, dificultando su circulación de mano en mano entre sujetos jurídicos en el tráfico; en consecuencia jamás alcanzará el estatus de medio de intercambio de uso general al no poder ser sustituible por otro igual de la misma calidad y mismo género.

En cambio, sólo aquellos bienes que en el tráfico pueden circular de mano en mano siendo sustituibles por otros del mismo género y homogénea o igual calidad sin comprometer su valor en la condiciones de intercambio, *tantundem eiusdem generis qualitatis*¹², son los que van a ser elevados a un estatus jurídico más elevado que el resto constituyendo dinero en sentido jurídico.

En este sentido, teniendo en cuenta todo lo anterior, podemos establecer que el dinero es aquel conjunto de bienes per se valorados que presentan tal fungibilidad respecto el resto de bienes circulantes en una sociedad que acaban imponiéndose, por fuerza de la costumbre y la práctica de los comerciantes, como medios de cambio de uso generalizado en sus transacciones por el resto de bienes; en un inicio bienes concretos y finalmente los metales nobles amonedados y acuñados universales que todo el mundo conoce¹³.

¹² FERNÁNDEZ DE BUJÁN.A: *Derecho Romano*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2017, pág.254

¹³ MENGER.C.: *ob.cit.*, pág. 112

III. LA ENTIDAD DE CRÉDITO.

Conforme se extiende el fenómeno del dinero amonedado en las sociedades y se establece como forma de cambio válida con todos sus efectos contractuales y obligacionales, se asienta el inicio del sistema monetario basado en el método de pago a través de la moneda. En este estadio comienzan a surgir comerciantes, empresas y sujetos jurídicos que se dedican profesionalmente al comercio de especies concretas de dinero y al préstamo del mismo pues, como comentamos con anterioridad, el dinero puede devenir en mercancía en sentido jurídico y ser objeto de venta u otro tipo de negocios jurídicos. Es en este contexto cuando surge la regulación del sistema monetario.

3.1. Títulos jurídicos de la regulación bancaria en España.

La regulación de las entidades de crédito comprende un ámbito jurídico normativo amplio y muy influenciado por las disposiciones legislativas europeas, pues la política monetaria se encuentra, de forma exclusiva y excluyente, asumida por la Unión por mandato del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en sus disposiciones del artículo tercero¹⁴. La política monetaria, conjuntamente con la política económica, de mano de los Estados Miembros de la UE¹⁵, constituyen los justos instrumentos de intervención de los poderes públicos para acometer los actos legislativos que suponen la regulación bancaria en nuestro sistema jurídico.

En este sentido, el sector bancario es regulado por diversos textos normativos que rigen desde el proceso de contratación, los tipos de contratos de naturaleza bancaria, la relación de los mismos con los clientes, así como la constitución, funcionamiento y registro de las entidades de crédito de la nación. Debido a la naturaleza del trabajo, nos referiremos en concreto a la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, pues es el texto normativo por excelencia del sector bancario en lo relativo a estas entidades prestadoras de servicios crediticios.

¹⁴ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, DOUE nº 83, de 30 de marzo de 2.010 (en adelante TFUE), art. 3

¹⁵ TFUE, art. 5

3.2. El concepto jurídico de entidades de crédito.

Las entidades de crédito han sido objeto de regulación desde la aparición práctica del dinero, siendo por ello objeto de un gran abanico de calificaciones jurídicas desde la Edad Media y los primeros estudios en el siglo VII hasta la regulación de nuestros días.

Actualmente, en nuestro sistema jurídico, la Ley establece como entidades de crédito aquellas sociedades cuyo principal objeto social, siempre que estén debidamente autorizadas, consista en la constitución de contratos de depósito, u otros fondos reembolsables con sus clientes, y en la constitución de contratos de préstamo bancario por cuenta propia¹⁶. En concreto, el texto califica de entidades de crédito a los Bancos, nacionales o internacionales, las cajas de ahorro, las cooperativas de crédito y el Instituto de Crédito Oficial¹⁷.

3.3. La regulación bancaria.

Con base en la definición legal aportada por la Ley de entidades de crédito, podemos establecer que el sector bancario no resulta ser una parte poco intervenida por los poderes públicos. Esto no sólo queda patente por la técnica de policía administrativa utilizada para controlar la actividad bancaria, que resulta estar en extinción tras la promulgación de la declaración responsable y la comunicación previa con la entrada en vigor de la Directiva Bolkestein¹⁸, denominada Directiva de Servicios, sino por el claro marco regulatorio que exige la supervisión continua y con cierta periodicidad de las entidades bancarias y la presencia de entes reguladores que rigen los procesos de creación, fusión, transmisión y extinción de esta tipología de sociedades mercantiles corporativas.

¹⁶ Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, BOE nº 156 de 27 de mayo de 2014, art. 1

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, DOUE nº 376 de 27 de diciembre de 2006

Todo esto con la coordinación del Banco Central Europeo y el Sistema Europeo de Bancos Centrales, donde se incluyen los bancos Centrales Nacionales sean del euro o no, conforman la dirección de unión y política monetaria y, con ello, la regulación de las entidades de crédito y los servicios bancarios y financieros que estas ofrecen al público sean consumidores, sean personas físicas o jurídicas, o ya sean las propias administraciones públicas.

IV. EL SISTEMA DE BANCA CENTRAL.

Con el desarrollo de las monedas metálicas y la aparición del dinero noble, aparecen los primeros problemas relativos al valor individual de cada moneda en particular respecto a su género, pues en ocasiones, en las operaciones, no resultaban ser tan fungibles respecto otras del mismo genero por la división y cantidad irregular de pureza que las componían.

Es en este momento cuando surge la necesidad de garantizar la fungibilidad del dinero, delegando tal potestad, debido a las imperfecciones que presentaban las instituciones privadas en la época para cumplir dicha necesidad, al Estado mediante el monopolio sobre la acuñación de la moneda y determinando, a partir de dicho efecto, el nacimiento de las monedas nacionales¹⁹.

4.1. El título jurídico del control del dinero.

Si se realiza un análisis de las sociedades humanas en la historia respecto el dinero, se puede establecer con certeza que siempre ha sido un fenómeno engastado dentro de las potestades del poder público. Ya en el antiguo mundo helénico muchos pensadores notables se mostraban discrepantes con el fenómeno del dinero y que este estuviese en manos de los agentes jurídicos privados; en este sentido destaca Platón que, inspirado en el sistema jurídico de la Polis de Esparta, defendía que todo ciudadano debía utilizar como dinero una moneda de curso forzoso bajo la observancia de los gobernantes que no tuviese valor alguno en otro lugar²⁰. En este sentido, en Esparta se venía utilizando una moneda de aleación pobre y de hierro que, por obvias circunstancias, no iba a ser aceptada como medio de pago en otras Polis griegas que no fuera aquella para la que se declara su curso.

Similar doctrina se mantuvo en la época imperial romana cuando, tras el ascenso de Diocleciano al poder y poner fin al periodo de anarquía militar, da comienzo a una nueva etapa de poder absoluto en la persona del emperador²¹.

¹⁹ MENGER.C.: *ob.cit.*, pág. 129

²⁰ Platón, *Las Leyes*, 742.a

²¹ FERNÁNDEZ DE BUJÁN.A: *ob.cit.*,pág. 88-89

En este sentido cabe esperar lo mismo del sobreviviente Imperio Bizantino que, tras la caída del imperio de occidente, se constituyó como heredero de la tradición jurídica romana, extendiendo su poder a otros ámbitos jurídicos que estaban, hasta ese momento, reservados a esferas privadas o simplemente ajenas al Estado como la religión o asuntos sobre materia teológica, surgiendo el famoso fenómeno conocido como el cesaropapismo²².

Durante la edad media también se asumió como inherente al poder de los señores y reyes las facultades de asumir la moneda y monopolizar la producción del dinero. En este sentido, el Fuero Viejo de Castilla establecía que las facultades naturales de los señoríos del rey eran, entre otras como la Justicia, Los Tributos y los Yantares, la Moneda.²³

Si bien estas facultades se venían concibiendo como una manifestación del poder divino que era concedido por gracia a un rey o señor, así como ocurre con los tributos con las teorías de Otto Mayer o Albert Hensel, se dota a las facultades de acuñar moneda por el poder público de una base racional que se fundamenta en momentos posteriores en el estado social; en definitiva, en el interés general y en las razones de orden público que obliga a instrumentar las normas de derecho positivo para regular el sistema de pagos e incluirlo en un ámbito competencial definido, el cual se denomina política monetaria.

Conforme se modernizan las sociedades y con ella las técnicas de policía administrativa para la correcta ejecución de los mandatos de la política monetaria, se desarrollan instituciones del control de la moneda que, de forma autónoma o dependiendo de los gobiernos, controlan el curso del dinero en el giro y tráfico jurídico. En conclusión, se trata del nacimiento de las Reservas y Bancos Centrales como instituciones de control de la actividad monetaria y la supervisión de la disciplina bancaria.

²² FERNÁNDEZ DE BUJÁN.A: *ob.cit.*,pág. 89

²³ FVC 1.1.1

4.2. La Banca Central en España.

Los inicios de la Banca Central en España acontecen con la fundación del Banco de San Carlos por Real Cédula del 2 de junio en el año 1782 a propuesta del primer ministro y el Conde de Cabarrús con el objetivo de servir de apoyo financiero al Estado con los bonos de deuda pública de la Corona y proporcionar crédito al comercio y a la industria para combatir la usura²⁴.

Con el avance de la sociedad y los sucesivos cambios que acontecen en la realidad española, se suceden diversas reformas y fusiones que concluyen con la creación del Banco de España mediante la Ley 28 de enero de 1856, que permite la elección por el Estado de su gobernador y la apertura de sucursales de emisión en las capitales de provincia²⁵.

Actualmente, el Banco de España, conforme a sus disposiciones legislativas, se constituye como una entidad de Derecho Público con autonomía y personalidad jurídica propia, a diferencia de sus predecesores que no gozaban de tal grado de autogobierno, al que se le encomienda la ejecución de la política monetaria entre otros cometidos previstos en su propia Ley²⁶.

Este se encuentra inserto en el Sistema Europeo de Bancos Centrales, de ahora en adelante SEBC, que, junto con el Banco Central Europeo, ejercen como funciones básicas²⁷:

- La definición y la ejecución de la política monetaria.
- Las operaciones de divisas con base en el artículo 219 del TFUE.
- Poseer y gestionar las reservas oficiales de divisas de los Estados Miembros.
- Promover el buen funcionamiento del sistema de pagos.

El Banco Central Europeo, por su parte, ostenta un estatus jurídico similar al que ostenta el Banco de España, si bien las disposiciones de los Tratados le otorgan una

²⁴ Disponible en https://www.bde.es/bde/es/secciones/sobreeelbanco/historiabanco/Del_Banco_de_San/ (fecha de última consulta: 28 de mayo de 2.021).

²⁵ *Ibidem*

²⁶ Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España, BOE nº 131, de 02/06/1994, art 1.

²⁷ TFUE, art. 127

mayor importancia y protagonismo en la política monetaria al ostentar una serie de prerrogativas en exclusiva como la autorización de la emisión del euro, capacidad reglamentaria para hacer cumplir los mandatos con arreglo a los artículos 127, 133 y 138 del TFUE y ciertas funciones consultivas entre otras con el fin de garantizar la unión monetaria²⁸.

A este respecto, se puede apreciar una clara integración de los órganos rectores de la política monetaria de los Estados Miembros en el Banco Central Europeo, del cual participan en su gestión y en la dirección del SEBC a través de los órganos directivos de gobierno de este conforme sus propios estatutos²⁹.

4.3. La concepción del dinero como medio de curso forzoso.

Al esbozar el sistema de banca central moderna en España, y en general en el mundo, resulta inevitable hablar del dinero de curso forzoso o la necesidad de que el dinero, para serlo en sentido estricto, necesite de una declaración estatal que le confiera poder liberatorio como medio de pago.

En el caso de la Unión Europea, se asume el euro como tal por fuerza de los Tratados siempre que el Estado Miembro ceda su política monetaria³⁰, facultando, incluso, a otras instituciones de la Unión establecer medidas para garantizar el uso del euro como moneda única³¹.

El dinero de curso forzoso, ya amonedado o en forma de billetes, se trata de la tesis más extendida en todos los ordenamientos jurídicos modernos, teniendo por ello una gran importancia en el sistema de bancos centrales al instituirse como entidades que monopolizan su emisión y controlan el sistema monetario.

En este marco jurídico, es capital para el funcionamiento de estas instituciones de derecho público la declaración del curso forzoso, pues es el eje central de la política monetaria y es sobre la moneda oficial que se construye el sistema de pagos, las regulaciones en multiplicidad de materias y, con una mayor importancia desde el punto

²⁸ TFUE, art. 282.3

²⁹ TFUE, art 129.1

³⁰ TFUE, art 3

³¹ TFUE, art 133

de vista del estado social, El Tesoro y las finanzas públicas del Estado y de la Unión para acometer sus objetivos.

En la ciencia jurídica, así como muchos economistas, se argumenta, en este sentido, que solo aquellos bienes a los que el estado les otorga el curso forzoso son elevados a medios de intercambio de uso general y, por ello, solo pueden ser dinero perfecto en sentido jurídico aquellos bienes que se encuentran al amparo de tal declaración. La justificación de tal razonamiento es la siguiente:

- *“ Todo ordenamiento tiene necesidad de normas que establezcan cuál debe ser el medio legal de pagos; es decir, lo que el acreedor está obligado a aceptar a título de liquidación de una deuda monetaria o una obligación cualquiera, así como las consecuencias que conlleva la no aceptación del pago y el daño que esto provoca. El concepto de dinero se extrae, en último término, de esta clase de consideraciones. Dinero perfecto es, precisamente, sólo aquel al que la Ley o las normas de derecho consuetudinario han atribuido esa cualidad de medio legal de pago³². ”*

No cabe negar que, efectivamente, el dinero emitido por los bancos centrales bajo la declaración forzosa del ordenamiento jurídico perfecciona el dinero en tanto a medio pago; es decir, al declararse el curso forzoso de determinada especie de dinero, y por ello obligar por Ley a los acreedores a aceptar su valor nominal para extinguir las deudas monetarias, provoca su extensión en el tráfico jurídico como medio de pago generalmente aceptado y teniendo el estatus de medio de intercambio de uso general al ser estimado, al menos legalmente, como tal³³.

Si bien esto es cierto, se podría argumentar que, realmente, el curso forzoso es un elemento ajeno al concepto de dinero en sentido jurídico, no necesitando de una verdadera declaración legal para que surja el perfeccionamiento monetario de las distintas formas de dinero para que sea considerado tal en sentido estricto.

³² MENGER.C.: *ob cit.*, pág 217

³³ *Idem*, pág 220

Realmente, la declaración de curso forzoso no es una cualidad jurídicamente sustantiva que evidencie lo que es o no dinero, sino uno de los medios de perfeccionamiento del mismo.

Conviene recordar, a tal efecto, que el dinero surge como un fenómeno instrumental en la sociedad, que no es otra cosa que una extensa red de intercambios desde el punto de vista contractual al constituir la unidad básica de interacción y cohesión social³⁴.

En los sucesivos intercambios que acontecen en esta, son diversos los bienes con un valor superior al resto y una fungibilidad extremadamente elevada que, en función de ambas características, son elevados a medios de intercambio generalmente aceptado en la contratación, constituyéndose en dinero perfecto y, con forma amonedada en etapas modernas, lo que determina el dinero perfeccionado en sentido jurídico; entonces, el dinero es precisamente eso no por la declaración de curso forzoso por una autoridad pública o una disposición legislativa o consuetudinaria, sino por la aceptación generalizada en la contratación que lo hace el corriente en el giro y tráfico jurídico, siendo aceptado por todos, pues todos lo desean, y no necesitando de una regulación positiva o consuetudinaria para asegurar su aceptación y que devenga en dinero perfecto en sentido jurídico.

Es por lo tanto el curso forzoso una declaración a la que no cabe negar su efecto en el dinero, pero que no lo define como tal, ya que puede devenir en dinero perfecto por otras causas sin necesidad de tal declaración y más cercanas a la acción humana, pudiendo esta incluso no surtir efecto en determinados sistemas monetarios a pesar de gozar de dicho privilegio conforme el ordenamiento jurídico y de todas las medidas legislativas necesarias para asegurar la moneda única.

Existen diversos ejemplos contemporáneos en los que a pesar del curso forzoso, distintas monedas han perdido dicho estatus en sus respectivas sociedades a pesar de la fuerza de la Ley.

³⁴ MANUEL ROJAS.R.: *Fundamentos praxeológicos del derecho*, Unión Editorial, Madrid, 2.018, pág 117

El ejemplo más claro de esto es Venezuela, donde la moneda nacional, el peso venezolano, a pesar de ser extremadamente fungible, no se comporta en el tráfico como dinero perfecto en sentido jurídico debido, por sobrevenidas circunstancias, a la falta de un prerequisite; este es la previa valoración del mismo por los agentes jurídicos que intervienen en el tráfico. Esto impide que las unidades monetarias conserven su estatus jurídico de medio de intercambio de uso general, quedando reducido, en ocasiones, a mercancía común para confeccionar bolsos³⁵. Tanto es así, que se estima en circulación más moneda extranjera que nacional.

Similar situación ocurre en Argentina, donde debido a la similares circunstancias los agentes jurídicos se desprenden de la moneda nacional, recurriendo incluso a mercados paralelos para obtener otras divisas a pesar de declararse el curso forzoso del peso argentino.

Se podría argumentar que incluso si no resulta necesario el curso forzoso para que el dinero sea admitido como tal en sentido estricto, sí que lo es para dotar al sistema judicial de una base legal imparcial sobre la que fallar para evitar, en cierta manera, una valoración arbitraria y discrecional de los jueces³⁶.

Sin embargo, se puede establecer que tampoco tal medida resulta necesaria para no comprometer el estatuto del juzgador, pues las partes pueden dotar de una base jurídica al juzgador a través de sus pactos, determinado que moneda se utiliza, o mediante los usos y costumbres comerciales, suministrando al juez los instrumentos jurídicos para resolver sobre la cantidad y los medios de pago sin comprometer su imparcialidad y sin necesidad de curso forzoso³⁷.

Es, entonces, el dinero una institución que no necesita del curso forzoso para ser dinero en sentido jurídico, pues su perfeccionamiento, tras atender a otros sistemas monetarios, no acontece por la Ley, sino por la actividad jurídica del comercio.

³⁵ Video disponible en la Plataforma YouTube donde puede observarse la utilización del dinero para confeccionar bolsos <https://www.youtube.com/watch?v=1ObXxo3KvKA> (última consulta el 31 de mayo de 2.021).

³⁶ MENGER.C.: *ob.cit*, pág 218

³⁷ *Idem*, pág 219

4.4. El fallo de la Banca Central respecto del dinero.

El Banco Central Europeo, como institución con competencia en la dirección de la política monetaria, ostenta diversos instrumentos de política monetaria para cumplir con las funciones previstas en los Tratados; uno de estos instrumentos previstos es el tipo de interés oficial³⁸.

El interés es la cantidad que percibe un prestamista por constituir legítimo negocio jurídico con otra parte, el prestatario, sobre cantidades dinerarias, a modo de mercancía, para que este las haga suyas con el deber de restituirla al primero mediando, normalmente, un interés. En otros términos, el interés puede ser visto, jurídicamente, como el precio por la cesión del dinero ajeno para el uso personal que debe nacer, en nuestro ordenamiento, por pacto expreso³⁹.

Sin embargo, este no es el tipo de interés al que se hará referencia en este punto; en su lugar, se hará referencia al tipo de interés oficial; es decir, aquel que media entre los bancos comerciales a los Bancos Centrales que monopolizan la cantidad de dinero en circulación y que imponen, de manera coactiva, a través de los instrumentos legales previstos por la legislación, como se indicó en anteriores apartados, el dinero.

En el ámbito jurídico, en la teoría general de la obligación y el contrato, se viene admitiendo que en el acto de *traditio* en la contratación, ya sea de carácter oneroso ya lo sea gratuito, los bienes o servicios que se constituyen como objeto del contrato responden a una necesaria equivalencia reflejada en el precio, de tal forma que, para que acontezca el *animus contrahendi*, “cada una de las partes contratantes recibe y debe recibir bienes de igual valor, pues de otro modo una de las partes perdería lo que la otra ganaría”⁴⁰. De esta forma se establece la necesaria igualdad de los bienes, *quidquid alicui adiicitur alibi detrahitur*, como principio vertebrador de la contratación⁴¹.

³⁸ Protocolo nº 4 sobre los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo, DOUE de 07/06/ 2016, art 12

³⁹ Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio, BOE nº 289, de 16/10/1885, art 314

⁴⁰ MENGER.C.: *ob.cit*, pág 163

⁴¹ *Ibidem*

Sin embargo, desde el punto de vista teórico, no casa que el elemento que cataliza el *animus* para que exista la voluntad de contratar sea la equivalencia de las prestaciones.

En el giro y tráfico jurídico, los potenciales agentes contratantes, personas físicas y jurídicas, en ejercicio de su autonomía contractual, celebran negocios jurídicos de diversa índole para conseguir sus fines o satisfacer su propio interés. Cuando sucede el intercambio, no cabe esperar que los bienes sean equivalentes para ambos sujetos, pues, de esta forma, no se podría esperar que se celebre contrato, ya que si resultasen las prestaciones en el sinalagma igual de apreciables para ambos no cabría, desde un inicio, cambiarlas, y ese no es el fin de los contratos⁴².

En su lugar, lo que determina el nacimiento del contrato, y por ello el elemento volitivo de convenir, no es la equivalencia en las prestaciones, sino la falta de esta; es decir, que cada uno de los contratantes valore más los bienes o derechos que pueden incorporar a su patrimonio, de celebrarse el contrato, que de los que se están desprendiendo⁴³.

En este sentido, los precios solo pueden constituir un elemento que, en el momento de contratarse, es cierto para las partes, pero que no constituye realmente el valor de las prestaciones pues estas siempre habrán tenido un valor mayor para los sujetos contratantes que de las que se desprenden, no pudiendo determinarse estos de una forma que no sea contradictoria entre contratantes al constituir la valoración subjetiva de los mismo.

Esto, aplicado al interés oficial, que como se estableció anteriormente puede entenderse como el precio del dinero, supone entenderlo como un error teórico que eventualmente puede tener repercusiones negativas, pues este se confecciona con otros elementos ajenos a la contradicción existente en el tráfico jurídico con la contratación.

En su caso, siendo esto así, solo cabe destacar que, eventualmente, pueden acontecer diversos fallos que afecten a las obligaciones, los contratos, puede que en alguna ocasión al sistema de pagos y en última instancia la seguridad jurídica, pues si el

⁴² MENER.C.: *ob.cit*, pág 164

⁴³ *Idem*, pág 165

valor de las cosas está sujeto a la valoración subjetiva de los contratantes, ¿cómo una sola entidad puede predecir el valor de algo que no ha acontecido?

Esto desde el punto de vista estadístico o puramente económico podría tener otra visión del problema, aunque desde un punto de vista jurídico esto último es imposible, pues si el interés que se percibe es fruto de la valoración subjetiva de los contratantes y este solo puede ser fijado, de manera efectiva, de forma contradictoria entre distintos sujetos en el tráfico, sólo caben dos posibilidades para determinar, de forma efectiva, el interés del dinero legalmente: o bien que los instrumentos de derecho positivo y el Banco Central Europeo fuesen omniscientes, o bien que existiese un burócrata por cada ciudadano que registrase el valor que dan en las transacciones los que contratan dinero a modo de mercancía con el fin de averiguar el interés.

Debido a que ambas vías podrían considerarse inviables debido a la cantidad limitada de recursos que posee la Unión y los Estados Miembros y la cantidad de esfuerzos que conllevaría realizarlas, se podría establecer la imposibilidad de establecer satisfactoriamente por una entidad pública los tipos de interés sin que se perjudique en un futuro la seguridad jurídica.

En su lugar, el control del dinero podría estar en manos de aquellos que contradictoriamente, con intereses contrapuestos en las negociaciones, establezcan de forma descentralizada el tipo de interés; es decir, que resida en la iniciativa puramente privada la emisión del dinero. Esto supondría la transición de un sistema de Banca Central a un sistema de Banca Libre en el cual el dinero sería dependiente de los agentes jurídicos en el tráfico, lo cual implica la transición a un régimen de competencia, aunque convendría puntualizar ciertos aspectos de la legislación sobre competencia desleal.

V. DERECHO A LA COMPETENCIA.

La competencia en el sentido jurídico, acontece como un proceso generalizado que ha desencadenado diversos procesos de transformación en las esferas públicas y privadas, suponiendo, en la historia de la humanidad, una excepción a la razón intervencionista que venía rigiendo la vida social desde tempranos inicios de la civilización hasta la modernidad.

5.1. La competencia en el contexto internacional.

Tras los sucesos destructivos que acontecen en el siglo XX, queda patente que la reconstrucción de las sociedades y el origen del bienestar no viene dado por los mandatos de un poder público, sino por las acciones de sujetos privados en libre competencia; en definitiva, las bondades del comercio.

Es ampliamente reconocido por distintas organizaciones internacionales y textos con valor jurídico el beneficio que la competencia aporta a la sociedad y al bienestar de los ciudadanos. Ya la organización mundial del comercio estableció como su objetivo principal tanto *“garantizar que los intercambios comerciales se realicen de la forma más fluida, previsible y libre posible”*⁴⁴ como la reducción de determinadas barreras al comercio global⁴⁵, y en la principal Ley sobre Derecho a la competencia en España se reconocen tales bondades recogiendo en la exposición de motivos que *“la existencia de una competencia efectiva reasigna los recursos productivos en favor de los operadores o las técnicas más eficientes”* que, en el proceso, *“se traslada al consumidor en la forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la sociedad.”*⁴⁶.

⁴⁴ Disponible en https://www.wto.org/spanish/thewto_s/thewto_s.htm (última consulta el 5 de junio de 2021)

⁴⁵ Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC hecho el 15 de abril de 1994, BOE nº 20, de 24 de enero de 1995, Acuerdos

⁴⁶ Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, BOE nº 159, de 4 de julio de 2007, Preámbulo I

A su vez, existen, sobre la misma materia, determinadas naciones y organizaciones internacionales que cuestionan, desde un punto de vista teórico o, incluso, desde un punto de vista moral o teológico los beneficios reales de la libre competencia. En este sentido, una de las figuras que destacan en el ámbito teológico es el Papa Francisco, quien en su Encíclica refleja una opinión negativa de la competencia como instrumento de progreso social:

- *“Estamos más solos que nunca en este mundo masificado que hace prevalecer los intereses individuales y debilita la dimensión comunitaria de la existencia. Hay más bien mercados, donde las personas cumplen roles de consumidores o de espectadores. El avance de este globalismo favorece normalmente la identidad de los más fuertes que se protegen a sí mismos, pero procura licuar las identidades de las regiones más débiles y pobres, haciéndolas más vulnerables y dependientes.”⁴⁷*

No obstante, no podemos obviar que, igualmente, así como se pronunció el actual Obispo de Roma, existen otros pontífices que se muestran muy favorables a los procesos de libre competencia como fue Juan Pablo II, que describió el proceso de la competencia como *“una cadena de solidaridad que se extiende progresivamente”⁴⁸*, o Benedicto XVI, que ya se mostraba en sus reflexiones contrario a la planificación externa de los mercados⁴⁹.

La cantidad de organismos y agentes, tanto nacionales e internacionales, que se involucran en dar un pronunciamiento, ya sea favorable o desfavorable, sobre la competencia, involucrando a autoridades morales tales como el Sumo Pontífice, sólo deja claro que es un campo teórico no solo de gran polémica y actualidad, sino de gran importancia por su gran influencia en las sociedades tal y como las comprendemos en la modernidad.

⁴⁷ Papa Francisco, *Fratelli Tutti*, 12

⁴⁸ Juan Pablo II, *Centesimus Annus*, 43.3

⁴⁹ Benedicto XVI, *Spe Salvi*, 30

También queda patente que, hoy en día, la tolerancia a la competencia es mayor que en otras etapas históricas del derecho, apostando la mayoría de los Estados y organizaciones internacionales por un mayor desarrollo del comercio y de acuerdos que reduzcan barreras anticompetitivas tradicionales tales como los aranceles u otros instrumentos aduaneros, o por la creación de un mercado competitivo interior como el caso de la Unión Europea, si bien no se ha decidido extender dicho estatus al dinero y la banca.

5.2. La competencia como instituto superior al mando y su base praxeológica.

La regulación de la competencia tiene como bien jurídico protegido la libertad individual de los empresarios que, reconocida en el artículo 38 de la CE, trata de maximizar los efectos beneficiosos de la misma dotando de gran importancia la autonomía de los individuos, propiciando la división del trabajo y la valoración de los bienes a través del sistema de precios⁵⁰. En este sentido, se da una enorme importancia a la autonomía individual, permitiendo a los sujetos realizar sus proyectos de vida y elegir los medios para alcanzarlos dentro del respeto a la autonomía privada, el libre desarrollo de la personalidad, reconocido en el artículo 10.1 de la CE, y la propiedad privada como base material de la libertad y de motor del bienestar social⁵¹. Esto se encuentra en consonancia con los mandatos de la parte económica de la Constitución que, conforme el profesor Massaguer, contribuye en la parte legislativa al mantenimiento de un orden concurrencial saneado en el que coexisten en consonancia el interés de los empresarios, de los consumidores y el general del Estado⁵².

En definitiva, se establece un respeto irrestricto a los proyectos de vida del prójimo en el marco de los principios anteriores, suponiendo admitir que la sociedad civil es la que ha de planificar la vida en sociedad de forma espontánea evitando

⁵⁰ ALFARO.J.: *La libertad de competencia y el Derecho de la Competencia* Disponible en <https://almacenederecho.org/la-libertad-competencia-derecho-la-competencia> (última consulta el 5 de junio de 2.021)

⁵¹ *Ibidem* (última consulta el 5 de junio de 2.021)

⁵² MASSAGUER FUENTES.J.: *Treinta años de la Ley de competencia desleal* nº 55, 2.021, pág 68. Disponible en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/7434/documento/art03.pdf?id=12262> , (última consulta el 6 de julio de 2.021)

concebirla como una forma de organización deliberadamente construida para conseguir unos fines⁵³; es la acción humana, individual, libre y no dirigida, la que, como base creadora de las instituciones jurídicas privadas, debe ser la rectora de las mismas y no otras externalidades, pues se incurre en una falta de comprensión de estas al partir de otra base teórica que no sea el individuo.⁵⁴

Es por ello que tratar de comprender los fenómenos sociales como la competencia desde otro postulado teórico que no sea el individual no contribuye a desentrañar su verdadera naturaleza, que no es otra que la evolutiva e indivisible con el ser humano y no una construcción social impuesta o creada por un planificador partiendo de conductas y comportamiento predefinidos y típicos en los textos legales sobre la competencia.

5.3. El proceso dinámico de competencia.

Si para comprender la institución de la competencia es necesario estudiar la acción humana, es pertinente analizar la consecuencia directa de dejar al orden espontáneo la planificación social, es decir, el carácter dinámico.

La competencia, partiendo de esta base teórica, consiste en un conjunto de acciones individuales que de forma espontánea, no dirigidas o planificadas por un ente externo más allá de la información disponible y dispersa en la sociedad, desencadena un proceso de organización y cooperación social que, en coordinación con los intereses privados de cada uno de sus partícipes, y bajo la observancia de los principios generales del derecho, los guía a la consecución de sus propios fines mediante la satisfacción de las necesidades individuales ajenas, mediando la adquisición de las cosas legítima y pacíficamente adquiridas y, con ello, el enriquecimiento justo de aquellos que mejor resuelven dichas necesidades valiéndose de medios que no conculquen la voluntad, la propiedad o la autonomía privada.

La institución de la competencia, y todas en general, por lo tanto, son un producto de la acción individual personalísima y no de una indicación concreta de la

⁵³ MANUEL ROJAS.R.: *ob.cit.*, pág 190

⁵⁴ *Idem*, pág 203

Ley o de carácter reglamentario, pues fueron los individuos los que con fines distintos, y puede que en ocasiones contradictorios, contribuyeron a su formación sin expresos fines para ello⁵⁵, lo que la hace, en última instancia, de carácter dinámico en su funcionamiento.

Sin embargo, parece que las disposiciones legislativas no conciben la competencia con tal carácter, más bien le atribuye un carácter estático; esto son limitaciones a la libertad empresarial de tal forma que se mantengan los máximos competidores posibles.

Esta decisión se basa en un argumento lógico: si siempre son varios los competidores en el tráfico jurídico que mantienen sus relaciones con los usuarios, se mantendrá constante en el tiempo los beneficios de la competencia, bienes y servicios de mejor calidad o mejor precio, evitando los perjuicios de un exceso de la misma, bienes y servicios de peor calidad o peor precio en el largo plazo con el consiguiente perjuicio y detrimento del bienestar social.

Aceptar este argumento supondría socavar la verdadera naturaleza de la competencia suponiendo que se trata de una situación concreta, un estado inalterable de la conducta humana que no desencadena ningún proceso más allá del de competir limitadamente con sus iguales donde se le atribuye, en este sentido, una condición estática⁵⁶.

La realidad es que, como se indicó en el anterior punto, debido a su carácter dinámico, la competencia resulta, más que en una situación concreta de carácter estático, en un proceso dinámico donde las acciones de los individuos no se adecuan a un patrón predeterminado por Ley que limita la actividad empresarial de los competidores⁵⁷.

Es por ello, por paradójico que suene teniendo en cuenta el contexto nacional e internacional, que la legislación sobre competencia consiste, como es entendida hoy en día fundamentalmente, en destruir esta institución o, en otros casos mayoritarios como

⁵⁵ MANUEL ROJAS.R.: *ob.cit.*, pág 204

⁵⁶ MEIR KIRZNER.I.: *Competencia y Empresarialidad*, Unión Editorial, Unión Editorial, 2.020, pág 103

⁵⁷ *Idem*, pág 105

el europeo o el americano, en impedir su desarrollo y sus efectos al ignorar su naturaleza⁵⁸.

5.3. La posición dominante y la ejecución de la competencia.

Siendo estos los postulados sobre la competencia, merece especial atención ese conjunto de mandatos legislativos que limitan el ejercicio de la competencia como lo que verdaderamente es. Uno de ellos, y exclusivo objeto de análisis en este punto, es el abuso de posición dominante.

Este es uno de los instrumentos de legalidad más potentes para limitar la libertad empresarial, en tanto en cuanto afecta una parte importante del proceso de competencia y su perfeccionamiento.

La tesis que sostiene prever esta conducta, el abuso de posición dominante, como una conducta prohibida es la siguiente y lógica: si alguno de los empresarios se hace con una posición privilegiada frente a sus iguales, podrá eliminar a los demás competidores y cubrirse frente a otros en previsión de ulteriores situaciones, todo ello con el desagradable perjuicio sobre los consumidores en relación con los precios y la calidad de los bienes. En consonancia con esto se prevé en la Ley de competencia desleal como conducta contraria a la leal competencia la venta a pérdidas cuando concurren alguno de los puestos previstos legalmente, entre los que destaca la estrategia de eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado⁵⁹.

En definitiva, lo que se trata es de evitar el detrimento de la competitividad en los mercados, y con ello los beneficios sociales de la misma, por el nacimiento de monopolios que se valgan través de estas prácticas; es decir, lo que se entiende entre los teóricos americanos como la competencia de degüello al competidor, "*cutthroat competition*", o el "*dumping*". En otras palabras, que los actos de competencia no se orienten a proveer bienestar a la sociedad, sino a eliminar a esos mismos proveedores de bienes y servicios perdiendo la calidad y los precios competitivos en el proceso.

⁵⁸MEIR KIRZNER.I.: *ob.cit.*, pág 102

⁵⁹ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, BOE nº 10, de 11/01/1991, art 17.c)

En este sentido, se justifica la tipificación de dichas prohibiciones, en la Ley como conducta desleal, con el fin de volver a orientar dichos actos de comercio a su fin último: la comercialización bienes o servicios de mejor calidad o precio que benefician al conjunto de la sociedad y la vuelta al comportamiento de un mercado competitivo teniendo en cuenta a sus proveedores, competidores y clientes⁶⁰.

Esto, además, estaría en consonancia con el principio “*ex uberrima fides*” que informa en todo el derecho mercantil y, por ello, en la competencia imponiendo la buena fe en un grado superlativo⁶¹. Sin embargo, resulta en una concepción teórica errónea el hecho de intentar concebir la competencia de este modo.

En primer lugar, debemos indagar en las razones por las cuales surge la posición dominante. En un entorno de libre concurrencia de competidores, son varios los empresarios que ofrecen insumos que los consumidores desean; en este sentido, y siendo las necesidades de los consumidores ciertas y concretas, los competidores orientan sus actos a satisfacerles, provocando una distribución irregular de aquellos, producto de las preferencias propias, en los que, inevitablemente, uno, o varios, destacan sobre los demás.

Estos últimos, indudablemente, si se han valido de instituciones legítimas en libre concurrencia y no de la coacción o la violencia, son aquel conjunto de empresarios más exitosos y perspicaces, y lo son precisamente porque, inevitablemente, han servido al prójimo con bienes de mayor calidad o mejor precio que sus competidores, de tal forma que han satisfecho de una forma más deseable para ellos sus necesidades⁶²; son los consumidores, en última instancia, los que deciden, inconscientemente, el éxito de los empresarios.

Conforme se desarrolla el proceso de competencia, son varios los empresarios que no consiguen satisfacer correctamente las necesidades de sus consumidores por existir otros que lo hagan mejor que él, de tal forma que estos se retiran. Eventualmente,

⁶⁰ ALONSO SOTO, R.: “Derecho de la competencia”, en AA.VV (LUISA APARICIO, M., Coord): *Lecciones de Derecho Mercantil*, 16ª ed, Ed. Thomson Reuters, Navarra, 2.018, pág 298.

⁶¹ STS (sala de lo contencioso) de de 23 de enero de 1981 rec. núm. 509/057

⁶² MEIR KIRZNER, I.: *ob.cit.*, pág 146

este proceso continúa hasta que un reducido grupo de empresarios, habiendo resistido las acciones de sus competidores por cautivar a sus clientes, han sabido satisfacer a estos con bienes de mayor calidad o mejor precio de la manera que los mismos consumidores lo desean por encima de el resto, eliminando a aquellos que no lo hacían. Es este último reducto de empresarios, aunque bien podría ser sólo uno, lo que se conoce como la posición dominante.

Lo primero que cabe destacar en este caso es que tal posición es legítima, producto de las buenas labores del empresario para con los consumidores que, necesitando insumos para satisfacer sus necesidades y sin conculcar la buena fe y la autonomía de estos, deciden, de entre todos los competidores, acudir a este por ser el que mejor las satisface en forma de mejor calidad o mejores precios⁶³.

Ahora bien, se podría plantear que el problema no es que, efectivamente, se haga con una posición dominante, sino que la alcanza eliminando a los competidores a través de abaratar sus insumos de tal forma que sus competidores no lo resisten y se retiran, quedando justificada la prohibición de la venta a pérdidas con tales fines pues, eventualmente, la situación se volvería desfavorable para los consumidores. En este sentido, jurídicamente, se trataría de evitar los incentivos perversos y las barreras artificiales de entrada a nuevos competidores⁶⁴; el ánimo de evadir las reglas de competencia con la consecuencia de que no se atiende a los consumidores perjudicando el interés general⁶⁵.

No obstante, esta afirmación no casa con el régimen de competencia. Recordemos que si el proceso de competencia es un proceso dinámico, lo es por aquellos que deciden hacer de satisfacer las necesidades ajenas su oficio; es decir, los empresarios; y siendo los empresarios los involucrados en la actividad competitiva, la

⁶³ MEIR KIRZNER, I.: *ob.cit.*, pág 145

⁶⁴ ALONSO SOTO, R.: “ Derecho de la competencia”, en AA.VV (LUISA APARICIO, M., Coord): *Lecciones de Derecho Mercantil*, 16ª ed, Ed. Thomson Reuters, Navarra, 2.018, pág 299.

⁶⁵ ALFARO.J.: *La libertad de competencia y el Derecho de la Competencia* Disponible en <https://almacenederecho.org/la-libertad-competencia-derecho-la-competencia> (última consulta el 20 de junio de 2.021)

competencia resulta en un proceso de inevitable rivalidad empresarial donde cada uno trata de organizarse para superar a sus rivales.⁶⁶

De esto cabe deducir que la prohibición de la venta a pérdidas cuando formase parte de una estrategia tendente a eliminar competidores es una prohibición que deviene en ineficaz o, cuanto menos, en un sinsentido. Siendo la relación entre los competidores una rivalidad, que la bajada de los precios no obedezca a este ánimo no sería posible, pues ¿cuál otra razón cabría para ofrecer productos de mejor precio que el resto de los competidores, sino para que los consumidores los elijan a ellos y no a los demás y, consecuencia directa de ello, si no resisten la competencia, retirarse de la escena competitiva?

Lo único que deja claro esto es que los consumidores prefieren a ese empresario sobre los demás al servir mejor sus intereses al realizar la venta a pérdidas. Llama poderosamente la atención a este punto, y teniendo en cuenta el acervo teórico expuesto, la prohibición de venta a pérdidas, que pudiendo considerarse como una forma de filantropía al satisfacer los intereses de terceros menoscabando su propio patrimonio, continua como una conducta prohibida en la Ley de competencia desleal.

En este punto, se hace necesario continuar el proceso de competencia a partir de generarse la situación monopolística, debiendo introducir el concepto de monopolio. A este respecto, una definición ortodoxa nos informa que son monopolios las situaciones en las que, mediando abuso de posición dominante, se evita el proceso de competencia impidiendo la entrada de nuevos competidores, ya sea a través de impedir el acceso a los factores productivos suficientes para comercializar un producto o, teniendo acceso a ellos, impidiendo su acceso al mercado.⁶⁷

Cabe destacar, en este estadio teórico, que las teorías sobre los monopolios definen estos, hoy en día, más que por la tenencia en exclusiva de los factores productivos, por la posibilidad de impedir el acceso de otros competidores al mercado,

⁶⁶ MEIR KIRZNER.I.: *ob.cit.*, pág 102

⁶⁷ *Idem*, pág 118

quedando rezagado el aspecto relacionado a industria y el producto a un segundo plano teórico⁶⁸.

Siendo esto, con esta puntualización, el monopolio, resulta todavía un estado no deseable, si bien legítimo en principio, para los consumidores,; si los monopolios son estados frutos de la competencia que ostentan la fuerza suficiente para evitar la entrada de nuevos competidores, eventualmente la calidad y los precios empeorarán con el consecuente detrimento del bienestar, y eso, en definitiva y sin lugar a dudas, no es deseable.

Sin embargo, ¿puede realmente asegurarse con certeza absoluta o bastante verosimilitud que tal fuerza existe en un monopolio, máxime cuando emana de una situación de apalancamiento o, en su caso, de esfuerzo monetario tan potente como vender a pérdidas? La realidad es que es precisamente en este momento donde surgen las nuevas empresas. Cuando fruto de la situación donde no hay competencia se comienzan a desatender las necesidades de los consumidores, pues ciertamente no necesita el monopolista satisfacerlas correctamente por razones obvias, surgiendo demandas insatisfechas y situaciones que, realmente, evocan en el consumidor una situación de rechazo o sensación de abuso de su confianza, degenerando el monopolista en un mero prestador de servicios o minorista.

Es esta circunstancia, cuando las demandas insatisfechas no pueden en este estadio ser correctamente satisfechas por el empresario que goza de posición dominante, la que provoca que distintas personas vean una oportunidad de introducirse en el mercado mediante la oferta de productos que sí sean deseados por los consumidores al satisfacer en mayor grado sus intereses individuales que la forma en la que lo hacía el empresario con dicha situación.⁶⁹

En este sentido, cabe deducir que el incentivo que asegura la competencia siempre es el abuso de posición dominante; dicho de otra manera, no hay mayor atractivo para que surjan nuevos competidores y empresarios que el abuso de posición dominante que, no pudiendo valerse de mecanismos ilegítimos una vez aparecen nuevos

⁶⁸ MEIR KIRZNER.I.: *ob.cit.*, pág 119

⁶⁹ *Idem*, pág 221

competidores para vincular a los consumidores a sus productos, no le queda otra que entrar en régimen de libre concurrencia con ellos para satisfacer de nuevo a aquellos que decepcionó, situación más difícil de lo normal si tenemos en cuenta que para acceder a tal posición temporal tuvo que perder dinero.

Siendo este proceso un perfeccionamiento de la competencia, inexorablemente, por paradójico que parezca, es reprimido por las disposiciones legislativas que se atribuyen la defensa de la competencia. Los efectos de esto son claros: al evitar el proceso dinámico de competencia en este estadio, determinadas empresas se enquistan en el mercado, normalmente grandes empresas y con grandes masas de consumidores, y como no necesitan competir entre ellas, pues sería adquirir una posición ilícita prohibiendo los principales mecanismos para ello como la venta pérdidas, se termina favoreciendo a unas pocas en detrimento de unas cuantas sin corresponderse, necesariamente, con los designios de los consumidores.

Dicho de otra manera, los monopolios se definen mejor y se mantienen, más que por las fuerzas espontáneas del mercado, por los mandatos de los poderes públicos del estado que, mal o bien intencionados, intentando defender la competencia, socavan esta institución en última instancia.

Por ello no sólo es necesario realizar las reformas pertinentes en el sistema de competencia español, sino tratar de trasladar el mayor número de sectores a este, entre los cuales se encuentra, inexorable, el sector bancario.

5.4. Propuesta de tránsito del sistema bancario y el dinero a la libre competencia.

Si entonces la competencia es esa institución dinámica, entendida como la inexorable rivalidad empresarial, que permite a determinados sujetos, empresarios, servir a los consumidores, ofreciendo bienes de mejor calidad o mejor precio, satisfaciendo sus necesidades y estando, de manera inevitable, en función de los intereses de estos pues, de otra forma, estarían destinados a desaparecer de la escena competitiva, ¿cual podría ser, a priori, la razón para mantener el sistema bancario como un sector dirigido?

El hecho indicio de por qué es así resulta claro al hablar del sector bancario; los entes bancarios no son de fiar, pues acometen actos irresponsables con el crédito que van en detrimento de los clientes, llegando incluso a tales extremos como imitar este tipo de practicas entre ellos agravándose la situación y necesitando, por ello, de un control externo del poder público.

No cabe negar que esto realmente sucede; que las entidades de crédito incurren en temeridades con el dinero ajeno, impulsados por intereses espurios, es un hecho; incluso, es notorio que sus actos están detrás de grandes catástrofes relacionadas con la deuda y el sistema de pagos como la relativamente reciente crisis del 2.008. Sin embargo, atribuir tales actos a las fuerzas espontáneas de la competencia no es un elemento que case con la realidad.

Los bancos son irresponsables por la atribución legal de facultades y prerrogativas que solo ellos tienen en exclusiva y de elementos o entidades impulsadas por el Estado para perpetuarlos en el sistema bancario a pesar de no ser lo que los clientes objetivos de estos realmente desean.

Un ejemplo de esto es la facultad que ostentan los bancos como depositantes de los ahorros de los clientes bancarios, la cual les permite, por fuerza de la Ley, disponer de las cantidades líquidas de aquellos siempre que estas no sean inferiores a un cuarto del coeficiente de sus cajas⁷⁰; dicho de otra manera, pueden disponer de tres cuartos del dinero ajeno en posesión, que no en dominio, como si lo tuvieran en tal condición. Se trata, indudablemente, de un privilegio que no ostenta ningún otro empresario dedicado al depósito y, ciertamente, si esta no viniese expresada por pacto expreso entre las partes, los actos emprendidos podrían revestir criminalidad llegando incluso a la responsabilidad penal salvo que, conforme dicha disposición del Código de Comercio, se tratase de una entidad bancaria.

La vulneración de los derechos ajenos de propiedad, en otras circunstancias y revistiendo a todas luces carácter delictivo, sería suficiente como para convencer a los consumidores de retirar la confianza a dichas entidades; sin embargo, esto no pasa pues

⁷⁰ Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio, BOE nº 289, de 16/10/1885, art 180

de hecho es una facultad legal que, por razones obvias, favorece el uso irresponsable del crédito y los depósitos.

Esto sumado a los Bancos centrales, que insisten en perpetuar estas instituciones y modelos de crédito, ya sea a través de su función de prestamista de última instancia o salvando a estas entidades de la quiebra cuando acometen dichas irresponsabilidades, supone desviar estas entidades del servicio a sus clientes y no dejarlos decidir sobre cuáles deben servirlos y su continuidad, desviándolos del régimen de competencia.

Ídem destaca en este punto el dinero que, analizada su naturaleza en puntos anteriores, no es correctamente comprendido por los Bancos Centrales, ya que queda claro que es una institución evolutiva, no construida y dependiente de una entidad que lo monopoliza, cuyo valor resulta imposible de estimar objetivamente, lo que justifica que este transite, así como el sistema bancario, a un régimen de libre competencia y dinero libre.

En su caso, pareciese que fuese un instrumento para financiar dichas entidades de crédito, lo cual los aleja aún más de los designios de los consumidores y, por lo tanto de la competencia, perpetuando la perversión del sistema bancario que, en realidad, es fruto de los poderes públicos.

Llegados a este punto, cabe destacar la presencia novedosa de sistemas de provisión privada de lo que podría considerarse, si bien se encuentra en un estadio demasiado temprano para ello, dinero libre a través de la tecnología blockchain.

Se trata de la aparición de activos muy cotizados altamente fungibles que podrían, y de hecho se les da tal uso aunque todavía no muy generalizado, constituirse como medio de intercambio de uso general en el futuro que, de forma descentralizada, permiten adquirir dinero en régimen libre competencia⁷¹.

Este elemento ha tratado de definirse desde distintas disciplinas, incluida la jurídica pasando por diversos estadios. En este punto, las criptomonedas parecen ser, desde el punto de vista del derecho, un objeto de derecho de contenido patrimonial,

⁷¹ FERNANDÉZ-VILLAVERDE.J.: *Criptomonedas: Un curso intensivo de Economía Monetaria Digital*, disponible en <https://almacenederecho.org/criptomonedas-un-curso-intensivo-de-economia-monetaria-digital> (última consulta en el 2 de julio de 2.021)

concretado en un dominio sobre una cosa inmaterial con una cualidad extremadamente fungible, de transmisión personalísima mediante un sistema abstracto determinado de forma informática, el sistema de bloques y nodos descentralizados, y de carácter transnacional⁷², aunque este último elemento se encuentra algo comprometido tras la declaración de curso forzoso de El Salvador.

Cabe destacar que, si bien cumple con diversos de los requisitos que definen al dinero en sentido jurídico, todavía se encuentra en un estadio temprano para conocer si puede adquirir el estatus jurídico de medio de intercambio de uso general, aunque todo apunta a que ese perfeccionamiento es posible.

Sin embargo, debe admitirse que, a pesar de existir indicios que pueden calificarlo como medio de intercambio de uso general, parece evolucionar no de la forma correcta, sobretodo teniendo en cuenta la declaración de curso forzoso de El Salvador, pues anteriormente analizamos que no es un elemento constitutivo del dinero. Pero, ¿ qué podría hacer más atractivo el sistema de blockchain que el sistema de banca central?; la respuesta es la participación activa de los que necesitan medios de cambio en el sistema.

Este sistema, al ser de libre competencia, dispone la provisión del dinero directamente al servicio de los intereses de los consumidores, de tal forma que podría ser un primer paso en la eliminación de los incentivos perversos en las relaciones bancarias y, de esta forma, ser menos perjudiciales para el bienestar del ser humano que el modelo dirigido⁷³ repercutiendo, como ha de ser en cualquier régimen de competencia, en un beneficio para el conjunto de la sociedad⁷⁴.

⁷² ASENSIO BORRELLAS.V.: *El bitcoin: una primera aproximación jurídica en derecho civil español* Disponible en <https://elderecho.com/bitcoin-una-primer-a-proximacion-juridica-derecho-civil-espanol> (última consulta en el 5 de junio de 2.021)

⁷³ FERNANDÉZ-VILLAVERDE.J.: *Criptomonedas: Un curso intensivo de Economía Monetaria Digital*, disponible en <https://almacenederecho.org/cryptomonedas-un-curso-intensivo-de-economia-monetaria-digital> (última consulta en el 2 de julio de 2.021)

⁷⁴ *Ibidem* (última consulta 2 de julio de 2.021)

VI. CONCLUSIONES.

Cuando inicié este trabajo, mi principal aspiración era suscitar el interés en la ciencia jurídica sobre una cuestión que, considero, no se debate lo suficiente y que exige una mayor participación de los juristas y la ciencia del derecho, junto a otras ciencias sociales, en la descripción de los fenómenos e instituciones sociales que en este escrito se detallan, pues estimo se ha relegado a un segundo plano la disciplina del derecho mercantil aún siendo muy necesaria su aportación científica cuando hablamos del dinero y de su naturaleza jurídica, del sistema de banca central y de la importancia que en relación con los mismos juega el sistema de libre competencia.

Ahora, es el momento de destacar aquellos puntos que, a mi juicio, resultan más importantes a la hora de comprender la competencia y el tránsito del sistema monetario y bancario a dicho régimen:

PRIMERA. El dinero es una institución social evolutiva que se perfecciona por su extrema fungibilidad en el tráfico jurídico, no necesitando de declaraciones de curso forzoso u otros mecanismos de derecho positivo para surtir sus efectos en la sociedad.

SEGUNDA. El precio del dinero, el interés, resulta imposible de cuantificar de forma objetiva con base en la teoría general de los contratos, de tal forma que tratar de fijar su valor a través de mecanismos ajenos a la contradicción subjetiva propia del tráfico sólo nos permitiría alcanzar resultados muy pobres.

TERCERA. La competencia es una institución que permite disponer de los recursos de manera eficiente en favor de los que verdaderamente los necesitan, obedeciendo su mantenimiento y cambios a las preferencias de los clientes y los consumidores que, en última instancia, son los que más se benefician.

CUARTA. Los abusos que en ocasiones cometen los bancos en perjuicio de los consumidores, al contrario de lo que suele pensarse, no son efectos indeseados de un sistema que protege excesivamente la competencia, sino que son producto de una regulación excesiva.

QUINTA. Para que el sistema sea saneado y se permita a los consumidores decidir sobre el dinero o quien debe servirles el depósito o el crédito, debe desaparecer la

institución del Banco Central, al menos como forma de funcionamiento normal del dinero en la sociedad.

SEXTA. Las criptomonedas pueden constituir una vía para realizar la transición del dinero a un sistema de libre competencia abandonando el paradigma de la Banca Central y el régimen de política monetaria, contribuyendo a una mayor participación de los consumidores y a la dependencia de las entidades de crédito y esta institución social de los intereses de estos.

VII. BIBLIOGRAFÍA.

ALFARO ÁGUILA REAL, J.: *La libertad de competencia y el Derecho de la Competencia*, Almacén de Derecho, 2.017.

ALONSO SOTO, R.: “ Derecho de la competencia”, en AA.VV (LUISA APARICIO, M., Coord): *Lecciones de Derecho Mercantil*, 16ª ed, Ed. Thomson Reuters, Navarra, 2.018, pág 293-326

ASENSIO BORRELLAS. V.: *El bitcoin: una primera aproximación jurídica en derecho civil español*, Lefebvre, 2.019.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ .A.: *Derecho romano*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2.017.

FERNANDÉZ-VILLAVERDE.J.: *Criptomonedas: Un curso intensivo de Economía Monetaria Digital*, Almacén de derecho, 2.019.

MANUEL ROJAS.R.: *Fundamentos praxeológicos del derecho*,Unión Editorial, Madrid, 2.018.

MASSAGUER FUENTES.J.: *Treinta años de la Ley de competencia desleal*, Actualidad jurídica Uría Menéndez, nº 55, 2.021, págs 64-94.

MEIR KIZNER.I.: *Competencia y empresarialidad*, 3ª ed, Unión Editorial, Madrid 2.020.

MENGER.C.: *El dinero*, Unión Editorial, Madrid, 2.013.