

La Ley Antimonopolio y la Constitución económica

José Ignacio HERNÁNDEZ G.*

SUMARIO: Introducción 1. Las bases constitucionales de la libre competencia 1.1. *El concepto constitucional de libre competencia y el bienestar general de los consumidores y usuarios en el marco del sistema de economía social de mercado* 1.2. *La prohibición de monopolios* 1.3. *Los fines de la política de competencia* 1.4. *La disposición transitoria decimoctava y su violación por la Ley Antimonopolio*
2. El ámbito de aplicación de la nueva Ley 2.1. *Ámbito objetivo* 2.2. *Ámbito subjetivo* 2.3. *El objeto de la Ley y su necesaria interpretación conforme a la Constitución económica*

Introducción

En la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 40.543 de 18 de noviembre de 2014 –que circuló el 20 de noviembre– se anunció la publicación de 24 Decretos-Leyes, que serían publicados en seis gacetas oficiales con número extraordinario¹. Entre ellos, se anunció la publicación del Decreto N° 1.415, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Antimonopolio². En realidad, el texto de ese Decreto solo circuló el 24

* **Universidad Central de Venezuela y Universidad Católica Andrés Bello**, Profesor de Derecho Administrativo. **Universidad Monteávila**, Director del Centro de Estudios de Derecho Público.

¹ Para una valoración general de esos Decretos-Leyes, véase: *Revista de Derecho Público*. N° 140. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2014.

² *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 6.151 extraordinario.

de noviembre. Pocos días después, sería reimpreso por error del ente emisor, para incorporar una disposición derogatoria³.

La Ley Antimonopolio derogó a la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia⁴, manteniendo, sin embargo, los perfiles básicos de esa Ley.

Por ello, la nueva Ley contradice el espíritu de muchos de los Decretos-Leyes dictados bajo la Ley Habilitante 2013 y, en general, contradice los fundamentos del llamado modelo socialista, en ejecución desde el 2006. Como apunta Alfredo MORLES HERNÁNDEZ⁵, la Ley Antimonopolio se basa en la defensa de la competencia económica de acuerdo con la garantía de la libertad económica, mientras que tal modelo socialista parte de la funcionalización de la competencia y de esa libertad.

La contradicción es especialmente evidente al comparar la Ley Antimonopolio con la Ley Orgánica de Precios Justos⁶. La referida Ley Orgánica parte de la defensa del «orden económico socialista» (artículos 1 y 3.1). Desde esa óptica, la Ley Orgánica de Precios Justos promueve la intervención administrativa para «atacar los efectos nocivos y restrictivos derivados de las prácticas monopólicas, monopsónicas, oligopólicas y de cartelización» (artículo 3.9).

³ *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 40.549, de 26-11-14.

⁴ *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, N° 34.880 del 13-01-92. Sobre esa Ley, en general, *vid.* BREWER-CARIAS, Allan, *et al.*: *Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1996. Para una recopilación básica de la jurisprudencia y legislación, *vid.* GIRAUD, Armando y CASTRO, Ignacio: *Derecho Administrativo de la competencia*. FUNEDA. Caracas, 1999.

⁵ *La repercusión en el Derecho Privado de los actos dirigidos a consolidar el orden económico socialista*. Caracas, 2015 (consultado en original).

⁶ En la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 6.156 extraordinario, de 19-11-14 –que en realidad circuló el 4 de diciembre– fue publicado el Decreto N° 1.467, mediante el cual se dicta el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de reforma parcial del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos. Al no haber sido publicado dentro del lapso de vigencia de la Ley Habilitante, la validez de este Decreto-Ley puede ser cuestionada. En todo caso, tal Ley sería nuevamente reformada, mediante Decreto-Ley, en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 40.787, de 12-11-15.

Salvo algunas menciones confusas en sus primeros artículos, no hay en la Ley Antimonopolio referencia alguna a tal orden económico socialista. Por el contrario, la Ley se basa en la defensa de la competencia económica y la libertad de empresa. Partiendo de este dato, en este trabajo se expone la necesidad de interpretar la nueva Ley en el marco de la Constitución económica de 1999. Con este tema, queremos participar en el merecido reconocimiento que se tributa al profesor José PEÑA SOLÍS.

1. Las bases constitucionales de la libre competencia

Dentro de las cláusulas económicas de la Constitución de 1999, encontramos el artículo 113, cuyo tenor es el siguiente:

No se permitirán monopolios. Se declaran contrarios a los principios fundamentales de esta Constitución cualesquier acto, actividad, conducta o acuerdo de los y las particulares que tengan por objeto el establecimiento de un monopolio o que conduzcan, por sus efectos reales e independientemente de la voluntad de aquellos o aquellas, a su existencia, cualquiera que fuere la forma que adoptare en la realidad. También es contrario a dichos principios el abuso de la posición de dominio que un o una particular, un conjunto de ellos o de ellas, o una empresa o conjunto de empresas, adquiera o haya adquirido en un determinado mercado de bienes o de servicios, con independencia de la causa determinante de tal posición de dominio, así como cuando se trate de una demanda concentrada. En todos los casos antes indicados, el Estado adoptará las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos del monopolio, del abuso de la posición de dominio y de las demandas concentradas, teniendo como finalidad la protección del público consumidor, de los productores y productoras, y el aseguramiento de condiciones efectivas de competencia en la economía.

Cuando se trate de explotación de recursos naturales propiedad de la Nación o de la prestación de servicios de naturaleza pública con exclusividad o sin ella, el Estado podrá otorgar concesiones por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público.

La sola lectura del artículo permite evidenciar que él desdice los principios generales que informan a las cláusulas económicas. No se trata de una disposición abierta y flexible, sino más bien de una norma descriptiva, detallada y repetitiva, propia de una Ley –e incluso, de un Reglamento– pero ajena a la teoría general de las normas constitucionales. Es criticable también que el artículo 113, cuyo objeto principal es la tutela de la libre competencia, se refiera a situaciones muy concretas, a saber, los «monopolios», la «posición de dominio» y las «concertaciones». Quizás sea por ello que en la lectura de esa norma, la atención se haya desplazado de la libre competencia, como principio rector del orden socioeconómico, a las concretas prácticas que ese artículo recoge⁷.

Con todo, lo cierto es que, dentro de la evolución histórica de la Constitución económica venezolana, como lo pone en evidencia GIRAUD⁸, el artículo 113 representa una auténtica novedad, más por su nociva prolijidad –agregamos– que por su propio contenido, pues la tutela constitucional de la libre competencia era un precepto ya aceptado.

Tomando en cuenta la prolijidad del artículo 113, llama la atención que este no asuma un concepto de «libre competencia», término que ni siquiera aparece dentro de esa norma, aun cuando sí se menciona en el artículo 299. Se trata, en todo caso, de una circunstancia bastante común: el concepto «jurídico» de libre competencia es ciertamente huidizo. Se prefiere, como apunta

⁷ En cuanto al régimen constitucional de la libre competencia puede verse, entre otros, a FLAMARIQUE, Faustino: «Una primera interpretación aproximación a la regulación constitucional de la libre competencia en Venezuela». En: *VII Jornadas de Derecho Administrativo «Allan-Randolph Brewer-Carías»*. FUNEDA. Caracas, 2004, pp. 373 y ss., y HERNÁNDEZ G., José Ignacio: «Libre competencia en la Constitución de 1999». En: *Revista de Derecho Constitucional*. N° 8. Editorial Sherwood. Caracas, 2003, pp. 81 y ss. Sobre todos estos aspectos véase lo que tratamos en HERNÁNDEZ G., José Ignacio: *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho español y venezolano*. IESA-FUNEDA. Caracas, 2004, pp. 512 y ss.

⁸ GIRAUD, Armando: «Prohibición constitucional de los monopolios en Venezuela. Una aproximación histórica sobre el tema con miras a la Asamblea Nacional Constituyente». En: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. N° 135. Caracas, 1998, pp. 402 y 403.

GARRIGUES⁹, el estudio de la «patología» de la competencia, esto es, la definición de las acciones de los operadores económicos estimadas contrarias a la libre competencia. Lo que sea libre competencia cede, entonces, a favor de la definición de las prácticas comerciales reputadas contrarias a ese bien.

De allí que, para poder interpretar mejor la nueva Ley, es preciso fijar algunos aspectos generales en torno al citado artículo 113.

1.1. El concepto constitucional de libre competencia y el bienestar general de los consumidores y usuarios en el marco del sistema de economía social de mercado

Para tratar de llegar al concepto constitucional de libre competencia, debemos recordar que el citado artículo 113 alude a «condiciones efectivas de competencia en la economía». Esta norma debe interpretarse en concordancia con el artículo 112 –que reconoce el derecho de libertad de empresa– y el artículo 117 –que reconoce el derecho de los consumidores y usuarios a acceder y seleccionar los bienes y servicios de su preferencia, esto es, el principio de la «soberanía del consumidor».

Por ende, el concepto constitucional de libre competencia¹⁰ puede ser definido como la aptitud de los operadores económicos de rivalizar entre sí¹¹, especialmente con fundamento en el derecho de libertad de empresa, con la intención de ofrecer bienes y servicios en el mercado para satisfacer el derecho de los consumidores y usuarios reconocido en el artículo 117 constitucional. Por ello, lo que justifica la intervención del Estado en la economía, desde el artículo 113,

⁹ GARRIGUES, Joaquín: *La defensa de la competencia mercantil*. Sociedad de Estudios y Publicaciones. Madrid, 1964, pp. 14 y 20.

¹⁰ En cuanto al concepto económico de libre competencia, véase especialmente a GELLHORN, Ernest y KOVACIC, William: *Antitrust Law and Economics*. West Publishing Co. Minnesota, 1994, pp. 42 y ss. y SULLIVAN, Thomas y HARRISON, Jeffrey: *Understanding antitrust and its economic implications*. Matther Bender. New York, 1997, pp. 42 y ss.

¹¹ La libre competencia se define en atención a su «dimensión conflictual». Véase a FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, Miguel Angel: *La competencia*. Alianza Editorial. Madrid, 2000, pp. 43-62.

es «la protección del público consumidor», o sea, el bienestar general de los consumidores y usuarios¹².

Desde el artículo 113, la intervención del Estado pretende evitar toda conducta que afecte «injustificadamente» esa aptitud de competir y, en su caso, adoptar las medidas para restablecer las situaciones lesionadas por tales afectaciones «injustificadas». Por ello, la norma impone mandatos positivos al Estado, quien se encuentra emplazado a intervenir en el sistema económico a fin de defender la aptitud de competir de los operadores económicos. Debe el Estado, así, adoptar las medidas necesarias para «evitar los efectos nocivos y restrictivos» de las conductas contrarias a la libre competencia, ello con la finalidad de proteger a los consumidores y a los productores.

La referencia a las «condiciones efectivas» de competencia, además, permite sostener que el propósito de la Constitución no es proteger la «competencia perfecta», sino la llamada «competencia imperfecta». Es decir, aquella que permite un margen suficiente de disputa entre los operadores económicos, con lo cual se acepta que la aptitud de competir es relativa¹³.

La llamada «competencia perfecta» presupone condiciones económicas que difícilmente puedan darse en la práctica, debido a distintos obstáculos que pueden afectar la aptitud de competir, como barreras de entrada al mercado, la organización del mercado y la elasticidad de la demanda. De allí que el Derecho de la Competencia –como se deriva del artículo 113 constitucional– debe asegurar la existencia de condiciones de competencia imperfecta que, sin embargo,

¹² Para una revisión de la doctrina que justifica la intervención pública en defensa de la competencia desde el bienestar general de los consumidores y usuarios, nos remitimos a nuestro artículo HERNÁNDEZ G., José Ignacio: «Libre competencia y defensa de los consumidores y usuarios». En: *Revista de Derecho Público*. N° 102. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2005, pp. 25 y ss.

¹³ La distinción es tratada también como «competencia perfecta y competencia efectiva». Cfr., MÓNACO, Miguel: *Regulación de los monopolios en Venezuela desde la perspectiva del Derecho de la Competencia*. Tesis Doctoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV. Caracas, 2013, pp. 27 y ss. (luego ha sido publicada por la UCAB, Caracas, 2015).

permitan incidir favorablemente en el bienestar general de los consumidores y usuarios. La tutela jurídica de ese bienestar es lo que justifica, entonces, la intervención pública, de forma tal que lo relevante no es tanto si alguna conducta restringe la competencia, sino determinar —a través de un análisis económico— si esa restricción afecta negativamente a tal bienestar¹⁴.

Lo que protege la Constitución, por tanto, es la aptitud de disputa de los operadores económicos necesaria para asegurar el cumplimiento de los fines

¹⁴ En relación con las críticas a la tesis de la competencia perfecta, véase la síntesis contenida en DEMSETZ, Harold: *La competencia. Aspectos económicos, jurídicos y políticos*. Alianza Universidad. Madrid, 1986, pp. 11 y ss. En realidad, el análisis posterior derivado de la teoría clásica de la competencia perfecta ha sido mucho más complejo. Siguiendo a GALBRAITH, puede concluirse que las iniciales críticas a la teoría de la competencia perfecta se centraron en cuestionar el excesivo control que se pretendía imponer sobre el monopolio, y sobre el poder económico derivado de él. Con el temprano trabajo de Piero SRAFFA («*The laws of returns under competition conditions*»). En: *Economic Journal*. Vol. 36. 1926, pp. 535 y ss.) se afirmaría que las hipótesis más adecuadas aplicables a las teorías de mercado se fundan en el monopolio y no en la competencia libre, según palabras de GALBRAITH. Poco tiempo después aparecen dos obras que avanzan notablemente en este sentido. La primera, el estudio de ROBINSON, Joan: *Economics of Imperfect Competition*. Macmillan. London, 1933; la segunda de CHAMBERLIN, Edward: *The Theory of Monopolistic Competition*. Harvard University Press. Mas., 1932. En ambos estudios se cuestiona la aparente dicotomía existente entre el modelo puro de competencia imperfecta y el modelo puro de monopolio: entre ambos estadios hay, ciertamente, una importante gradación. Tal y como señala GALBRAITH: «... la contribución más trascendente aportada por el profesor Chamberlin y la Sra. Robinson fue la de emancipar el análisis de mercados de las categorías inadecuadas de la competencia (...) y del monopolio ejercido por una empresa única. Casi inmediatamente los duopolios así como una diferenciación acertada entre los productos, se convirtieron en categorías acreditadas y muy eficaces para el análisis de los mercados...» (p. 21). Las referencias clásicas de estas teorías, realizadas por John GALBRAITH se toman de «El desarrollo de la teoría del monopolio». En: *Monopolio y competencia. Textos escogidos*. Tecnos. Alex HUNTER, editor. Madrid, 1974, pp. 19 y ss. La comparación entre la teoría de la competencia perfecta y la teoría de la competencia imperfecta puede verse en JONES, Alison y SUFRIN, Brenda: *EC Competition Law. Text, cases and materials*. Oxford University Press. Oxford, 2001, pp. 8 y ss. Vid. DE LEÓN, Ignacio: «¿Políticas antimonopolio o políticas anti-competencia?». En: *Jornadas Internacionales de derecho sobre la libre competencia y sectores especiales*. FUNEDA. Caracas, 2007, pp. 163 y ss.

a los que alude el artículo 113 –protección de los usuarios y productores– y además, agregamos, necesaria para permitir el ejercicio efectivo –y no meramente formal– de la libertad económica reconocida en el artículo 112. Va de suyo que el concepto de libre competencia asumido es relativo, en el sentido que ella puede ser limitada por los Poderes Públicos, en tanto se respete el sistema de garantías formales y materiales que protegen a la libertad económica. Exigencia, por tanto, de inequívoca cobertura legal para llevar adelante esa regulación, que debe guardar además consonancia con el principio *favor libertate*. De ello resulta que la adecuada interpretación del citado artículo, debe conducir a concluir que este no prohíbe de manera absoluta cualquier restricción a la competencia, ni por parte de los Poderes Públicos ni por parte de las propias empresas u operadores económicos¹⁵.

Ahora bien, bajo nuestra posición, la libre competencia debe ser concebida en especial como atributo del derecho de libertad de empresa reconocido en el artículo 112, lo cual permite valorarla desde una doble vertiente: como «derecho subjetivo» de los operadores económicos privados y como «institución constitucionalmente garantizada»¹⁶. En nuestra opinión, el artículo 113 de la Constitución protege a la libre competencia «desde su vertiente objetiva». Esto es, el bien jurídico tutelado por esa norma no es el derecho subjetivo de los operadores económicos a rivalizar entre sí, sino la competencia como institución del sistema de economía social de mercado reconocido en la Constitución¹⁷.

La tesis que asumimos, y según la cual la libre competencia es un atributo de la libertad de empresa, requiere algunas precisiones puntuales a fin de poder aclarar mejor a qué sujetos puede aplicar el artículo 113 constitucional:

¹⁵ Esto ha permitido que la –hoy derogada– Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia haya sido interpretada en el sentido de admitir, en algunos casos, el análisis de la racionalidad de las prohibiciones allí contenidas. Por ejemplo, véase la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de 19-12-02, caso Laboratorios Leti, S.A.V.

¹⁶ TSJ/SC, sent. N° 462, de 06-04-01. Véase en general el libro colectivo: *La libertad económica en Venezuela: balance de una década (1999-2009)*. UCAB. 2011.

¹⁷ Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, sentencia citada *supra*.

En primer lugar, bajo la Constitución económica de 1999, la iniciativa económica directa puede ser ejercida por operadores públicos y privados¹⁸. Solo los operadores económicos privados ejercen su actividad con fundamento en el derecho de libertad económica; las empresas públicas actúan, por el contrario, sobre la base de la habilitación del artículo 300 constitucional.

En segundo lugar, como atributo de la libertad de empresa, la libre competencia es privativa de los operadores económicos privados. Ello no significa que la empresa pública no pueda rivalizar entre sí ofreciendo bienes y servicios en el mercado. Todo lo contrario, el artículo 300 constitucional reconoce esa facultad que es, además, consustancial al artículo 117 constitucional. Así, el principio de soberanía del consumidor se erige indistintamente frente al sector público y al sector privado.

Por lo anterior, y en tercer lugar, el artículo 113 constitucional aplica también al sector público, como concluyó la Sala Constitucional¹⁹. En especial, ese artículo 113 aplica a la empresa pública²⁰.

En cuarto lugar, la empresa pública queda sometida al artículo 113, pues ella no puede llevar a cabo actuaciones y omisiones que, al lesionar la aptitud de competir de los operadores económicos privados, lesione el bienestar general de los consumidores y usuarios.

Además, y en quinto lugar, tampoco podría un operador económico –público o privado– incurrir en las prohibiciones legalmente establecidas que eliminan, impidan u obstaculicen la aptitud de la empresa pública de ofrecer bienes y servicios en el mercado. En definitiva, el bienestar general de los consumidores

¹⁸ HERNÁNDEZ G., José Ignacio: *Derecho Administrativo y regulación económica*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2006, pp. 27 y ss.

¹⁹ TSJ/SC, sent. N° 1556, de 08-12-00.

²⁰ Tan solo se justifica la exclusión de aquellos operadores públicos o privados que actúan en un sector reservado al Estado conforme al artículo 302 constitucional. Una posición contraria a la nuestra puede ser vista en el fundamental trabajo de MÓNACO: ob. cit., pp. 60 y ss., véanse en especial sus consideraciones sobre la defensa de la competencia en China (pp. 77 y ss.).

puede lesionarse por actuaciones restrictivas cometidas, incluso, frente a la empresa pública.

Todo lo anterior es, además, consecuencia del principio de igualdad ante la Ley de la iniciativa pública y privada. Ciertamente, ambas iniciativas son distintas en su origen: la iniciativa privada es libre, mientras que la iniciativa pública queda subordinada a la Ley conforme a los principios de subsidiariedad y menor intervención²¹. Pero frente a la Ley, ambas deben quedar sometidas al mismo régimen y en especial, a las mismas prohibiciones del Derecho de la Competencia²².

Bajo esta perspectiva, desde el comentado artículo 113 la intervención del Estado en la economía solo se justificaría cuando ello fuere necesario para asegurar que, en el mercado, existan condiciones efectivas de competencia. Dicho en otros términos, el artículo 113 emplaza la actuación de los Poderes Públicos para defender la existencia de condiciones efectivas de competencia dentro del mercado²³. Es por ello que el bienestar general de los consumidores, desde el artículo 113, no se tutela en función a los derechos subjetivos de esos sujetos en sus relaciones comerciales con los proveedores, sino desde la tutela de la libre competencia dentro del mercado.

La extinta Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia asumió esta conclusión en diversas decisiones. Por ejemplo, señaló:

²¹ Antes hemos rectificado nuestra interpretación inicial sobre el principio de subsidiariedad en el Derecho económico venezolano. *Vid.* «Repensando a la libertad de empresa: breve ensayo sobre la libertad de empresa en Venezuela en 2012». En: *Libro homenaje a Clarisa Sanoja de Ochoa*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales-UCAB-LUZ. Caracas, 2013, pp. 146 y ss.

²² Respecto de la empresa pública, la aplicación del Derecho de la Competencia es útil herramienta para la aplicación del principio de legalidad y el control del abuso de poder. Véase lo que hemos expuesto en HERNÁNDEZ G.: *ob. cit.* (*La libertad de empresa...*), *passim*.

²³ Tema tratado, entre otros, por FONT GALÁN, Juan Ignacio: *Constitución económica y Derecho de la Competencia*. Tecnos. Madrid, 1987, pp. 166-174.

Vale la pena incluir a estas alturas un señalamiento que ya ha apuntado la Superintendencia en cuanto al análisis de supuestos de prácticas anticompetitivas. El sustento de este sistema normativo es la protección de la competencia, no de los competidores. Por esta razón, la demostración de que ocurren consecuencias respecto a la forma como pueden desenvolverse las empresas en el mercado es un requisito ineludible para entrar a considerar cualquier situación a la luz de los supuestos que estructuran la parte sustantiva de la Ley²⁴.

Partiendo de esta interpretación, la intervención pública en la economía, desde el artículo 113 constitucional, solo se justifica cuando el ejercicio de una actividad económica –por la iniciativa privada o pública– tenga aptitud suficiente para afectar negativamente el bienestar general de los consumidores y usuarios a través del mercado²⁵. De allí que un elemento característico de toda conducta restrictiva de la competencia es el denominado «poder de mercado».

Así, la intervención de la Administración en defensa de la competencia, concretamente, investigando determinados actos de competencia, solo se justifica cuando el operador que realiza el acto de competencia examinado tiene capacidad económica suficiente para afectar el mercado. Es lo que se conoce como «poder de mercado» o capacidad para afectar las condiciones de intercambio:

La capacidad de afectar el mercado que establece la Ley se ven reflejado con lo que se denomina en doctrina económica poder de mercado, que consiste en la facultad que posee una persona o una empresa de afectar o modificar el precio y demás condiciones de comercialización de un producto o servicio, sin que se lo impidan los demás competidores y sin que se vea alterado su nivel de ventas y operaciones. Para determinar la capacidad que tiene las empresas denunciadas en el mercado relevante anteriormente definido, esta Superintendencia considera importante indicar la participación

²⁴ Resolución N° SPPELC/006-1998, de 27-01-98, caso Stahl vs. Polilac.

²⁵ Para una discusión en torno a este punto, véase el trabajo de VICIANO PASTOR, JAVIER: *Libre competencia e intervención pública en la economía*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1995, pp. 57 y ss.

de mercado y número de competidores presentes en el mismo y que fue suministrada por la empresa denunciante²⁶.

Si determinado operador carece de capacidad para afectar el mercado, la intervención del Estado es innecesaria. No habría en tal caso posibilidad alguna de incidir negativamente sobre las condiciones efectivas de competencia, que es el objetivo que el artículo 113 constitucional traza como fundamento de la intervención pública en la economía. Recordar, en tal sentido, que la defensa de la competencia es «institucional», por lo que siempre se requiere que el operador investigado cuente con capacidad efectiva para lesionar el mercado²⁷.

De allí que las conductas abusivas pueden resultar lesivas a los consumidores y usuarios desde dos perspectivas: en sus relaciones comerciales directas y a través del mercado. La tutela de la primera situación corresponde al Derecho de defensa de los consumidores y usuarios, hoy día tímidamente regulado en la Ley Orgánica de Precios Justos. La tutela de la segunda situación constituye el objeto del Derecho de la competencia y, por ende, de la nueva Ley.

De lo anterior se colige que el concepto constitucional de libre competencia debe cohonestarse con el sistema de economía social de mercado del cual

²⁶ Resolución N° SPPLC/0032-2005, de 13-07-05, caso Gases Unidos vs. BOC Gases de Venezuela, C.A. y otros.

²⁷ La conclusión es similar a la sostenida en el Derecho Comunitario europeo, en el cual se exige siempre la comprobación de un «efecto sensible» sobre el mercado europeo. De allí que lo relevante para determinar la aplicación de las normas sobre libre competencia del Tratado es la sensible afectación a ese comercio intracomunitario, tal y como decidiera el entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en sentencia de 17-07-97, asunto C-219/95P, caso Ferriere Nord SpA vs. Comisión (Rec. 1997 p. I-4437). Respecto del rol que desempeña el poder de mercado en los análisis de prácticas restrictivas de la competencia, *vid.* DE LEÓN, Ignacio: «La noción de poder de mercado y su relevancia en el análisis de la existencia de restricciones a la libre competencia». En: *XXIX Jornadas «J.M. Domínguez Escobar»*. Derecho Mercantil. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. Barquisimeto, 2004, pp. 59 y ss. Véase también a COLOMA, Germán: *Defensa de la Competencia*. Ciudad Argentina. Buenos Aires, 2003, pp. 357 y ss.

parte la Constitución de 1999. Como ha señalado el profesor PEÑA SOLÍS, en cuyo homenaje se escriben estas líneas:

Pese a la negativa de los constituyentes a definir en la Constitución al sistema económico como economía social de mercado, un ejercicio hermenéutico acerca de las normas que delinear a la Constitución económica conduce inevitablemente a agrupar principios que encuadran en la intervención del Estado en la economía (...) todo lo cual conduce a reiterar la intención del constituyente de consagrar un modelo económico constitucional mixto, sustentando en el Estado y en el mercado, que inclusive puede ser calificado como sistema de economía social de mercado²⁸.

Tal es la interpretación que debe prevalecer, evitándose así interpretaciones sesgadas que, desde una posición unilateral, pretenden imponer una lectura única de la Constitución económica, para ver en sus cláusulas un pretendido modelo socialista que, según los casos, es avalado o criticado. Más allá de la opinión personal que se pueda tener sobre el tema, es preciso partir de una interpretación democrática, plural y honesta de la Constitución económica de 1999.

Desde esta visión, por ello, la libre competencia aparece imbricada con la economía social de mercado desde dos visiones: en tanto garantía institucional de la economía de mercado y como medio para procurar el bienestar general de los consumidores, de acuerdo con el Estado social y democrático de Derecho.

1.2. La prohibición de monopolios

El énfasis en el artículo 113 constitucional ha sido puesto en la prohibición de monopolios²⁹. Esa norma precisa que «no se permitirán monopolios». Consecuentemente, se declaran contrarios a la Constitución «cualesquier acto, actividad, conducta o acuerdo de los y las particulares que tengan por

²⁸ *Manual de Derecho Administrativo*. Vol. III. TSJ. Caracas, 2009, p. 577.

²⁹ Para este tema en específico véase ampliamente a MÓNACO: ob. cit., pp. 79 y ss.

objeto el establecimiento de un monopolio o que conduzcan, por sus efectos reales e independientemente de la voluntad de aquellos o aquellas, a su existencia, cualquiera que fuere la forma que adoptare en la realidad».

Una primera interpretación conduciría a concluir que bajo ese artículo queda prohibida de manera absoluta la existencia de un monopolio, o sea, la condición en la cual determinada actividad es llevada a cabo por un solo oferente, siempre, dentro del mercado relevante³⁰. Luego, y siempre bajo esta interpretación, la existencia de tal monopolio, consciente o no, sería un acto contrario a la Constitución.

Esa interpretación, sin embargo, debe desecharse, pues parte de una interpretación literal y aislada del artículo 113. Como bien explica MÓNACO: «Tal interpretación sería contradictoria con los principios económicos y constitucionales (...) sobre los cuales se funda el Derecho de la Competencia»³¹.

A partir de allí, MÓNACO defiende una interpretación teleológica de la norma, en la cual coincidimos:

... los monopolios que se causen por vía de la obstrucción al proceso de competencia o a los competidores estarían prohibidos, pues no benefician a los consumidores; mientras que los monopolios que se obtengan o mantengan por vía de los méritos capaces de atraer preferencia de los consumidores no estarían prohibidos³².

Ha quedado dicho, ya que el bien jurídico tutelado en el artículo 113 constitucional es la competencia efectiva, como instrumento para proteger el bienestar general de los consumidores y usuarios. Dicho en otros términos: para la Constitución, la defensa de la competencia no es un fin en sí mismo, sino un instrumento.

³⁰ Al tratar sobre el ámbito de aplicación de la nueva Ley volveremos sobre este concepto de mercado relevante.

³¹ MÓNACO: ob. cit., p. 169.

³² *Ibíd.*, p. 245.

Siendo ello así, carece de sentido prohibir de manera absoluta la existencia del monopolio, pues ese monopolio puede ser consecuencia de la propia dinámica del mercado –y no de conductas abusivas o ilícitas– o en su caso, puede ser una condición favorable al bienestar de los consumidores y usuarios³³. Como resume MÓNACO, el artículo 113 prohíbe los efectos nocivos del monopolio y no al monopolio en sí mismo³⁴.

Es preciso insistir, así, en que no todo acto que limite la libre competencia es siempre y necesariamente contrario al artículo 113 constitucional. Este aspecto ha sido resuelto ya en el Derecho de la Competencia de los Estados Unidos de Norteamérica, en el cual se acepta que solo deben reputarse como ilícitos aquellos actos que, de manera injustificada o desproporcionada, menoscaben la libre competencia³⁵.

Esta posición ha sido objeto de posteriores estudios, que parten de la visión conforme a la cual el objetivo del Derecho de la Competencia es el bienestar de los consumidores y usuarios, como vimos. Por consiguiente, solo deben prohibirse aquellos actos que al limitar la competencia ocasionen una lesión intolerable a ese bienestar. Por el contrario, si las limitaciones repercuten favorablemente en el bienestar de los consumidores y usuarios, estas deberán ser toleradas³⁶.

Un ejemplo notable de lo que se expone es el Derecho de la Unión Europea, en el cual la tutela de los «servicios de interés económico general», como

³³ La literatura cita el ejemplo del monopolio natural, es decir, aquella actividad en la cual es más eficiente la existencia de un solo competidor, atendiendo a las economías de alcance o escala existentes. CALVANI, Terry y SIEGFRIED, John (editores): *Economics Analysis and Antitrust Law*. Little, Brown and Company. Boston, 1988, pp. 15 y ss. Una explicación más detallada puede verse en: POSNER, Richard: *Antitrust Law. An economic Perspective*. The University of Chicago Press. Chicago, 1976, pp. 8 y ss.

³⁴ MÓNACO: ob. cit., p. 247.

³⁵ Véase así el célebre caso de la Corte Suprema de Justicia «Standard» recaído en el caso *Standard Oil of N.J. vs. United States* (221 U.S. [1911]).

³⁶ El planteamiento básico de esta teoría puede verse en BORK, Robert: *The Antitrust Paradox*. The Free Press. New York, 1993, pp. 90 y ss. Sobre este aspecto véase lo que exponemos en HERNÁNDEZ G.: ob. cit. (*Libre competencia y defensa...*), *passim*.

pilares de la cohesión social, ha demostrado que, en ciertas ocasiones, la restricción a la libre competencia puede tolerarse³⁷. La Comisión Europea, igualmente, ha insistido en la necesidad de ponderar el impacto de los actos que limitan objetivamente la libre competencia sobre el bienestar de los consumidores y usuarios, a fin de considerar la licitud de esa restricción³⁸.

Por ello, la prohibición de monopolios –como sucedía, por ejemplo, con el artículo 97 de la Constitución de 1961– se ha entendido en el sentido de prohibir las «prácticas monopólicas», o sea, las prácticas que lesionen la competencia efectiva y por ello, afectan el bienestar general de los consumidores y usuarios³⁹. Perder ello de vista, puede trastocar todo el sistema de defensa de la competencia, para hacer de este un fin y no un medio.

Ello se relaciona con la distinción entre el análisis de las «conductas» y el análisis de la «estructura». El primer análisis de competencia estudia la conducta de los operadores económicos a fin de medir cuándo estas son abusivas y cuándo pueden lesionar al bienestar general de los consumidores y usuarios. El segundo análisis coloca el énfasis en la organización del mercado, es decir, en el número de competidores existentes y su poder de mercado, al margen de la conducta.

Desde el artículo 113 constitucional no es posible otorgar preferencia al análisis estructural, mucho menos hasta el extremo de considerar nociva la existencia

³⁷ Cfr., ROBLES MARTÍN-LABORDA, Antonio: *Libre competencia y competencia desleal*. La Ley. Madrid, 2001, pp. 81 y ss.

³⁸ Véanse, por ejemplo, las «Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal» (2011/C 11/01).

³⁹ GIRAUD: ob. cit. («Prohibición constitucional...»), *passim*. Véase también a DE LEÓN, Ignacio: «Las normas venezolanas de defensa de la libre competencia». En: *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República*. N° 9. Caracas, 1994, pp. 330 y ss.; JATAR, Ana Julia: «Políticas de competencia en economías recientemente liberalizadas: El caso de Venezuela». En: *Revista supra citada*, pp. 343 y ss. y LINARES BENZO, Gustavo: «Fusiones. Análisis de las concentraciones económicas en el Derecho de la Competencia». En: *Revista de Derecho Administrativo*. N° 6. Editorial Sherwood. Caracas, 1999, pp. 253 y ss.

de todo monopolio. Ello olvida que el fin último de ese artículo es la defensa del bienestar de los consumidores y usuarios a través de la tutela del mercado, con lo cual, si ese bienestar no es lesionado, no se justifica la intervención del Estado, siquiera, en caso de existir un monopolio.

Además, es preciso interpretar ese artículo 113 con el concepto de los ilícitos económicos dentro del artículo 116. Así, las conductas restrictivas de la competencia, para constituir ilícitos económicos, deben ser conductas abusivas o injustificadas, lo que se mide no solo desde la intencionalidad de los operadores económicos, sino en especial, desde su impacto sobre el bienestar de los consumidores y usuarios. En este sentido, la Sala Político-Administrativa ha señalado lo siguiente:

... el Estado tiene la obligación de mantener las condiciones efectivas de competencia dentro de la economía. Por tal razón el artículo 113 de la Carta Fundamental, relativo a los derechos económicos, en concordancia con el artículo 299 *eiusdem*, relacionado con el régimen socioeconómico del Estado, aluden al deber que comporta para el Estado venezolano proveer los mecanismos necesarios a fin de garantizar el cumplimiento de la actividad económica en términos de transparencia; motivo por el cual, se deja a cargo de la ley respectiva el tratamiento y regulación de esta materia tan específica...⁴⁰.

Como se observa, el artículo 113 no debe ser interpretado desde la prohibición absoluta de los monopolios, sino desde el fin último de promover la defensa de condiciones efectivas de competencia en la economía. En similar sentido, la Sala Constitucional ha realzado el significado del deber del Estado de velar por la libre competencia:

... por otra parte, si es deber del Estado adoptar las medidas necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos de la posición de dominio, como lo expresa el artículo 113 constitucional, con la finalidad de proteger

⁴⁰ TSJ/SPA, sent. N° 00227, de 13-02-03.

al público consumidor y a los productores el aseguramiento de condiciones efectivas de competencia en la economía, es de pensar que el Estado, a pesar de no ser un competidor en un mercado signado por la libre competencia, y por ello no estar técnicamente en una posición de dominio, no puede propiciar entre los concesionarios, en el ámbito del servicio público que controla, desigualdades que atenten contra los derechos económicos de quienes contrataron con él, y que favorezcan a unos en detrimento de otros que prestan el mismo servicio. De actuar así, estaría limitando la libre competencia, partiendo de una situación equivalente a la de quien ejerce una posición de dominio...⁴¹.

Lo que se proscribe, de acuerdo con la sentencia, son los efectos nocivos y restrictivos de la posición de dominio, no la posición de dominio en sí⁴².

Por lo anterior, en lo que atañe a los Poderes Públicos, el mandato comentado se desdobra, a su vez, en una dimensión «positiva» y en otra «negativa». Conforme la primera, es obligación jurídica del Estado adoptar las medidas que permitan el efectivo ejercicio de la aptitud de competir de los operadores económicos privados, incluso cuando ello suponga remover los obstáculos que impidan o dificulten el ejercicio de ese atributo. Según la segunda dimensión, los Poderes Públicos deben abstenerse de perturbar, ilegítimamente, ese atributo de la libertad económica.

En definitiva, tal mandato positivo realza que la economía de mercado que la Constitución reconoce, basada en la tutela de la libertad económica, no se opone a la intervención de los Poderes Públicos. Por el contrario, el reconocimiento de tal sistema entraña un emplazamiento positivo a la actuación de los Poderes Públicos. De allí que a través de las normas sobre libre competencia –como ha entendido la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo– se concreta la intervención del Estado en lo relativo a la libertad de entrar y salir del mercado de cualquier sujeto económico «sin que persona alguna que

⁴¹ TSJ/SC, sent. N° 1556, citada *supra*.

⁴² Para todo ello, véase MÓNACO: ob. cit., *passim*.

esté dentro de él, pueda en forma individual o grupal imponer alguna condición en las relaciones de intercambio»⁴³.

1.3. *Los fines de la política de competencia*

Resumiendo lo antes señalado, desde la perspectiva del artículo 113 constitucional, y conforme a la explicación de ALAYÓN⁴⁴, la política de competencia persigue promover el bienestar de consumidores y productores⁴⁵. El bienestar de los consumidores se mide en función al excedente derivado de la diferencia entre lo que el consumidor podría pagar por un bien y su precio. El bienestar del productor se mide en función al excedente entre los costos y el precio de venta.

Por ello, como hemos insistido, la política de competencia debe orientarse al análisis económico de la conducta de los operadores económicos y valorar cómo esa conducta, dentro del mercado, incide en el bienestar general de los consumidores e incluso de los propios productores. O lo que es igual: cómo esa conducta promueve la eficiencia económica en su doble acepción de eficiencia en la asignación y eficiencia en la producción⁴⁶. Se entiende, así, que la competencia es el mecanismo más eficiente para asignar recursos y en concreto, para satisfacer las necesidades de los consumidores y usuarios. Sobre ello, la extinta Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia señaló lo siguiente:

... Sin embargo, la sola capacidad efectiva o potencial de una empresa para restringir la competencia, no es condición suficiente (aunque sí necesaria) para concluir en la existencia de una conducta ilícita. Como se mencionó

⁴³ Sentencia de 19-12-02, citada *supra*.

⁴⁴ De acuerdo a la charla impartida por Ángel ALAYÓN en el «Diplomado sobre Libre Competencia» que organizamos en 2005, en la Universidad Monteávila.

⁴⁵ Vid. MIRANDA LONDOÑO, Alfonso y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Juan David: «Fundamentos económicos del Derecho de la Competencia: los beneficios del monopolio vs. los beneficios de la competencia». En: *Jornadas Internacionales de derecho sobre la libre competencia y sectores especiales*. FUNEDA. Caracas, 2007, p. 31.

⁴⁶ BORK: ob. cit., pp. 90 y ss.

anteriormente, es necesario que además se produzca una condición objetiva consistente en que la acción de la empresa produzca, o sea susceptible de producir el resultado esperado, esto es restringir la competencia «ilegítimamente». Es decir, se requiere que la práctica limite la competencia en el mercado, esto es, que pueda tener por efecto la obtención de una ganancia superior de la que existiría en una situación de libre competencia, como sería la imposición de cargas sobre otros agentes económicos, pues su ejecución haría más oneroso su ingreso o permanencia en el mercado...⁴⁷.

Esta distinción tiene su origen en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos. Frente a la inicial interpretación conforme a la cual toda restricción a la competencia se encontraba prohibida por la *Sherman Act*⁴⁸, se adoptó la tesis según la cual solo aquellas restricciones irrazonables debían ser prohibida. En efecto, en el ya célebre caso *Standard Oil of N.J. vs. United States*, de 1911, se planteó una nueva técnica de interpretación de la *Sherman Act*, a partir de la razonabilidad de la iniciativa económica privada. El fundamento de esta tesis es ciertamente afinado. Refleja una conclusión continuamente recalcada, especialmente, desde el Derecho Privado: todo acuerdo anejo al comercio siempre «restringe» al comercio; todo operador que desarrolla su iniciativa económica causa –al menos como regla general– un «daño concurrencial» a sus competidores. No obstante, no toda restricción es, en si misma –*per se*–, ilícita y de allí, precisamente, la necesidad de precisar su razonabilidad. La aparente ambigüedad de la regla fue matizada por la Corte Suprema, al insistir que ciertas manifestaciones de la iniciativa económica –en concreto, acuerdos de fijación de precio entre competidores– en modo alguno podían responder a razones valederas. En la sentencia del caso *United States vs. Trenton Potteries Co.*, dictada en 1927, observó:

... la norma establecida en las sentencias de este Tribunal en los juicios *Standard Oil y Tobacco* es que la Ley *Sherman* solo prohíbe las restricciones

⁴⁷ Resolución N° SPPLC/001-2000, de 10-01-00, caso *Los Alpes, C.A.*

⁴⁸ Para un estudio detallado de las bases del Derecho de la Competencia en Estados Unidos, desde la perspectiva venezolana, *vid. MÓNACO: ob. cit.*, pp. 34 y ss.

no razonables al comercio interestatal. Pero ello no se desprende que los convenios para fijar o mantener precios sean restricciones razonables y, por lo tanto, permitidas por la Ley, meramente porque los precios en sí son razonables. La racionalidad no es un concepto de contenido preciso e inalterable. Su significado necesariamente varía en los diferentes sectores de la ley, porque se la utiliza como un resumen conveniente de las consideraciones dominantes que controlan la aplicación de las doctrinas legales (...). Si este tipo de restricción es razonable o no, debe ser juzgado por lo menos en parte, a la luz de su efecto sobre la competencia...

Determinar, en cada caso, cuándo la restricción es o no razonable puede ser, ciertamente, tarea ardua y compleja⁴⁹. En todo caso, bajo el artículo 113 constitucional, la intervención del Estado en la economía debe limitarse a aquellos casos en los cuales la restricción real o potencial de la competencia dentro del mercado incida desfavorablemente en la eficiencia, concepto sobre el que luego volveremos de cara a la Ley Antimonopolio.

1.4. La disposición transitoria decimoctava y su violación por la Ley Antimonopolio

El artículo 113 se complementa con la disposición transitoria decimoctava de la Constitución, la cual ordena la actuación del legislador, imponiéndole una serie de obligaciones que debían estar encaminadas a la reforma de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia. El contenido de ese artículo es doble. Por un lado, confiere un mandato al legislador; por el otro, afirma la sujeción de la Administración a las normas sobre libre competencia⁵⁰.

Lo primero que ha de destacarse de la disposición transitoria decimoctava es el falso supuesto del cual ella parte: encomienda al legislador a dictar una

⁴⁹ Vid. GAVIL, Andrew: «Editor's note. Symposium: the future course of the rule of reason». En: *Antitrust Law Journal*. Vol. 68, Issue 2, Section of Antitrust Law. American Bar Association. 2000, pp. 331 y ss. Véase muy especialmente a AREEDA, Phillip y HOVENKAMP, Herbert: *Fundamentals of Antitrust Law*. Vol. 1. Aspen. 2003, pp. 579 y ss.

⁵⁰ MÓNACO: ob. cit., pp. 90 y ss.

Ley de desarrollo de los «principios» contenidos en el artículo 113. En realidad, ya esa Ley existía: la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia. Lo que ha debido dictarse, por la Asamblea Nacional, era la reforma de esa Ley en aquellos aspectos necesarios para cumplir con las nuevas normas constitucionales. Tal mandato, en todo caso, nunca fue cumplido, al punto que el desarrollo del citado artículo 113, de ser el caso, fue consecuencia de un Decreto-Ley y no de una Ley de la Asamblea.

Además, es relevante el contenido del tercer párrafo de la disposición comentada. Según este, la Administración y los órganos del Poder Judicial deberán observar «con carácter prioritario y excluyente» los principios contenidos en el artículo 113, debiendo abstenerse de «aplicar cualquier disposición susceptible de generar efectos contrarios a ellos». Respecto del Poder Judicial, entendemos que la norma reafirma el deber de todo juez de garantizar la supremacía constitucional, previsto en los artículos 7 y 334 del Texto de 1999, específicamente en lo relacionado con el comentado artículo 113, lo que se extenderá al «control difuso» de las normas legales que deben ser aplicadas al caso concreto y que, sin embargo, se reputan contrarias a la libre competencia.

En relación con la Administración, la disposición produce consecuencias más complejas. Su actuación ha de quedar subordinada a las normas sobre libre competencia, estando impedida de desplegar cualquier actividad cuyo efecto último resulte contrario a la aptitud de competir de los particulares. Acotación notable, decimos, pues ella rectifica la errada redacción del artículo 113, que al referirse a la protección de la libre competencia, alude siempre a la actuación de los «particulares» y de las «empresas». La disposición transitoria decimoctava viene así a aclarar que no solo los «particulares» deben respetar la libre competencia, sino que también la Administración –actuando como *potentior persona* o a través de las empresas del Estado–, ha de actuar con subordinación plena a las normas encaminadas a defender la aptitud de disputa de los agentes económicos. Así lo ha señalado ya la Sala Constitucional, en sentencia N° 1556, citada *supra*.

Otro aspecto relevante es si la norma en cuestión permitiría a la Administración aplicar una suerte de «control difuso» de la constitucionalidad de los

principios contenidos en el artículo 113, debiendo abstenerse de «aplicar cualquier disposición susceptible de generar efectos contrarios a ellos». Ha entendido la Sala Constitucional que ese control difuso solo puede ser ejercido por el Poder Judicial, en los términos reconocidos en la propia Constitución⁵¹.

Esta disposición en todo caso fue ignorada en la Ley Antimonopolio. En efecto, según esa disposición constitucional la persona que presida la figura creada a los efectos del artículo 113 constitucional «será designada por el voto de la mayoría de los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional, previo informe favorable de una comisión especial designada de su seno al efecto». Esa norma quiso realzar la objetividad de esa figura en materia de defensa de la competencia. La Ley Antimonopolio, sin embargo, establece que la máxima autoridad –el Superintendente– es funcionario de libre nombramiento y remoción del presidente. Además, la Ley Antimonopolio nada reguló respecto de la competencia de los funcionarios de observar «con carácter prioritario y excluyente» los principios definidos en el artículo 113.

2. El ámbito de aplicación de la nueva Ley

2.1. *Ámbito objetivo*

La Ley Antimonopolio aborda adecuadamente su ámbito objetivo de aplicación, en un todo de acuerdo con los postulados del comentado artículo 113 constitucional. De esa manera, la Ley se aplica a las actividades económicas, con o sin fines de lucro, realizadas en Venezuela (artículo 3). Ello incluye a las actividades derivadas del ejercicio del derecho fundamental de libertad económica, definido en el literal a) del artículo 2, como el derecho a dedicarse a la actividad económica de su preferencia. A su vez, el literal b) define «actividad económica» como toda manifestación de producción, distribución o comercialización de bienes y servicios.

⁵¹ TSJ/SC, sent. de 13-02-01, caso Comisión Nacional de Casinos, en: *Revista de Derecho Público*. N^{os} 85-86/87-88. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2001, pp. 373 y ss.

Debe entonces entenderse que el ámbito de aplicación de la Ley se limita a aquellas actividades económicas con efectos sobre Venezuela, como corresponde al principio de aplicación territorial de la Ley administrativa, que aun cuando es el principio general, ha venido admitiendo excepciones, incluso, en materia de defensa de la competencia⁵².

Con esta aproximación la Ley Antimonopolio reconoce –como antes asomábamos– que la competencia es un atributo de la libertad económica. De allí la definición de competencia económica, en el literal c):

Actividad que permite a los sujetos regulados en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley en su condición de sujetos económicos, acceder, actuar y participar en el mercado, como oferentes o demandantes, sobre la base de los principios de complementariedad, intercambio justo y solidaridad; y que quienes estén dentro de él, no tengan la posibilidad de imponer condición alguna en las relaciones de intercambio, que desmejoren las posibilidades de actuación de los otros sujetos económicos.

El concepto requiere diversas acotaciones. Por un lado, hay cierta confusión entre «competencia» y «competencia efectiva», que es un concepto incluido en el artículo 15, en el marco de la regulación del abuso de la posición de dominio. La competencia económica, como hemos visto, puede definirse como el derecho de los oferentes a rivalizar entre sí ofreciendo bienes y servicios en el mercado. Más que una «actividad», la competencia es un atributo de la actividad económica.

Esa capacidad de rivalizar está determinada por el «poder de mercado», o sea, la capacidad del operador de incidir en algunas de las condiciones de intercambio dentro del mercado. De allí deviene el concepto de «competencia efectiva», es decir, aquella condición presente en un «mercado relevante»

⁵² Para este aspecto y en general, la incidencia de ordenamientos internacionales y supranacionales sobre el Derecho local de la competencia, véase nuestro artículo: «La mundialización del Derecho de la Competencia». En: *La mundialización del Derecho*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2009, pp. 69 y ss.

y de acuerdo a la cual, no solo hay concurrencia de operadores sino que además, esa concurrencia impide que cualquiera de los oferentes tenga poder de mercado susceptible de incidir totalmente en las condiciones de intercambio. Esta distinción ha sido reiterada en la doctrina de la extinta Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia y es tratada, como se verá, en la Ley Antimonopolio⁵³.

En este sentido, el artículo 2 de la Ley Antimonopolio reitera que la Ley protege precisamente a la «competencia económica», como condición para salvaguardar el bienestar general de los consumidores y usuarios de acuerdo con el objeto de la Ley definido en su artículo 1.

2.2. *Ámbito subjetivo*

El artículo 3 de la Ley Antimonopolio, consecuente con la definición de actividad económica, señala que todo operador que lleve a cabo tal actividad quedará sujeto a la Ley, sea una empresa pública o privada. La aplicación del Derecho de la Competencia a la empresa pública y privada es consecuencia del principio de igualdad y, además, es una medida racional desde la perspectiva del objetivo último de salvaguardar el bienestar general de los consumidores y usuarios, tal y como vimos.

⁵³ Entre otras, véase, en el caso *Pro-Competencia vs. Cementos Caribe, C.A. y otros*, la Resolución N° SPPLC/0033-2003, de 14-11-03. Allí se afirma que «en este sentido, es necesario recordar que el principio de libre competencia garantizado por la Constitución y protegido por la Ley de Competencia, está sustentado en la rivalidad empresarial, toda vez que ésta en esencia propicia las acciones de los distintos agentes económicos que participan en un mercado». El poder de mercado «consiste en la facultad que posee un agente económico de afectar y modificar el precio y demás condiciones de comercialización de un producto, bien o servicio, sin tomar en cuenta a los demás competidores» (Resolución N° SPPLC/001-97, de 19-02-97, caso: *Haras Varsego C.A. vs. Instituto Nacional de Hipódromos*). El poder de mercado no se opone a la existencia de una competencia efectiva. Lo que se opone a esta es la posición de dominio, que es un grado extremo de poder de mercado. En general, sobre la competencia efectiva puede verse la Resolución N° SPPLC/0033-2006, de 18-07-06, caso *Comercializadora Internacional de Maderas C.I.M.C.A., vs. Terranova de Venezuela, S.A.*

Es por ello criticable, e incluso, contrario al artículo 113 constitucional, que el citado artículo 3 haya excluido de la Ley a ciertos sujetos, incluyendo ciertos tipos de empresas públicas.

De esa manera, y en primer lugar, quedan excluidas de la Ley a las organizaciones de base del poder popular regidas por la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal. Tal es el caso de las llamadas «empresas de propiedad social»⁵⁴. Tal exclusión es injustificada, pues el llamado sistema económico comunal no queda sustraído del artículo 113 constitucional. Todo lo contrario, incluso en ese sistema la competencia, se presenta como una herramienta que favorece la eficacia económica.

En segundo lugar, se excluyen a las empresas públicas o mixtas de carácter estratégico. No resulta posible determinar qué se entiende por «estratégico», concepto tan amplio que podría constituir una indebida válvula de escape para que todas las empresas públicas queden al margen de la Ley.

Por último, y en tercer lugar, se excluyen a las empresas estatales de prestación de servicios públicos. Esas «empresas estatales» son en realidad empresas públicas, y su exclusión pretende sustentarse en el tipo de actividad que gestionan, lo cual supone un trato desigual respecto de las empresas privadas que pueden gestionar actividades de «servicio público». De otro lado, la imprecisión del concepto «servicio público» es, igualmente, una amenaza de aplicación extensiva de este supuesto. Y en todo caso, se insiste, no puede justificarse esta exclusión total de las empresas públicas del artículo 113 constitucional. Lo que se ha admitido en Derecho Comparado, como ya se señaló, es la exclusión parcial de la libre competencia en los llamados «servicios de interés económico general», pero no la sustracción total de las normas de libre competencia⁵⁵.

⁵⁴ Vid. ALVARADO ANDRADE, Jesús María: «La Constitución económica y el Sistema Económico Comunal». En: *Leyes orgánicas sobre el Poder Popular y el Estado comunal*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2011, *passim*. Sobre este aspecto nos hemos pronunciado en: «El Estado comunal». En: *Anuario de Derecho Público*. N°s IV-V. Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila. Caracas, 2011, pp. 99 y ss.

⁵⁵ Como explicamos en HERNÁNDEZ G.: ob. cit. (*La libertad de empresa...*), *passim*.

Estas dos últimas exclusiones son imprecisas, al punto que se solapan: es difícil considerar que un servicio público pueda no ser considerado una actividad estratégica.

Tal exclusión, quizás, pretenda motivarse en las preocupaciones levantadas desde el Proyecto de 2006, en atención a la aplicación del Derecho de la Competencia a las empresas públicas. Empero, como explicamos al tratar las bases constitucionales de la libre competencia, la aplicación del Derecho de la Competencia a la empresa pública es una modalidad de control que permite cumplir con el postulado de una Administración sometida a la Ley y al Derecho, de acuerdo con el artículo 141 del Texto de 1999.

Asunto muy distinto es excluir de ese Derecho a las empresas –públicas o privadas– que llevan a cabo su actividad en un área reservada al Estado de conformidad con el artículo 302 constitucional. La reserva suprime el derecho de libertad de empresa y con ello, suprime la libre competencia. En tales sectores reservados podrá existir concurrencia e, incluso, podrán recrearse ciertos derechos propios de la competencia económica. Pero, en sentido estricto, no puede haber libre competencia, en tanto no hay libertad económica⁵⁶.

Esto último ha sido aceptado por la Sala Constitucional y reiterado por la Sala Político-Administrativa, en las cuales se concluyó que las actividades que constituyen un «un monopolio constitucional» permitido en procura de «la tutela de un interés general, más superior que mantener un mercado libre» no están sujetas a la –hoy derogada– Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia. Apartando el confuso uso de términos, este criterio debe ser extensible a las actividades reservadas por Ley Orgánica al Estado⁵⁷.

⁵⁶ Esta tesis la sostuvimos inicialmente, HERNÁNDEZ G.: ob. cit. (*La libertad de empresa...*), *passim*. Una posición contraria ha sido ampliamente fundamentada en MÓNACO: ob. cit., *passim*.

⁵⁷ TSJ/SC, sent. N° 3149, de 15-12-04; TSJ/SPA, sent. N° 01021, de 08-07-09. Un criterio contrario puede ser visto en la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de 10-10-02, caso Consorcio Guaritico-Guaritico III, en la cual se consideró que los concesionarios sí están sujetos a las normas sobre libre competencia.

De allí que sea preciso interpretar restrictivamente esas exclusiones y, en especial, sostener que la exclusión solo puede aplicarse respecto de empresas públicas que operen en sectores reservados al Estado.

2.3. El objeto de la Ley y su necesaria interpretación conforme a la Constitución económica

El artículo 1 de la Ley define su objeto, en una redacción que, sin embargo, demuestra poca precisión, lo que dificulta identificar cuál es la finalidad inmediata de la Ley Antimonopolio, todo lo cual aconseja la interpretación constitucional de tal norma. Muchos de los objetivos contenidos en ese artículo 1 conectan con principios del modelo socialista⁵⁸ y, por ende, coliden con el sistema de economía social de mercado reconocido en la Constitución de 1999. De allí la necesidad de interpretar constitucionalmente esa norma, de acuerdo con el artículo 117 constitucional⁵⁹:

i. La competencia económica justa: El artículo 1 establece que la Ley «tiene por objeto promover, proteger y regular el ejercicio de la competencia económica justa». Este concepto de «competencia económica justa» no coincide con el concepto de «competencia económica», que es reiterado a lo largo de la Ley. Ello constituye un riesgo, en tanto el concepto de competencia podría distorsionarse a fin de discriminar entre una competencia «justa» y una competencia «injusta».

Esa posibilidad debe descartarse, en tanto el fundamento de la Ley no puede ser otro que la tutela de las «condiciones efectivas de competencia» a las cuales se contrae el artículo 113 constitucional, lo que debe coincidir a su vez con el concepto de «competencia económica» del literal c) del artículo 2. Esto es, la rivalidad que como mínimo ha de existir entre los oferentes dentro del mercado para favorecer la eficacia y así incidir favorablemente en el bienestar

⁵⁸ Antes hemos analizado esos principios en HERNÁNDEZ G., José Ignacio: *Reflexiones sobre la Constitución económica y el modelo socioeconómico*. FUNEDA. Caracas, 2008.

⁵⁹ GRAU, María Amparo: «El inconstitucional modelo socialista». En: *El Nacional*. Caracas, 17-12-14.

general de los consumidores y usuarios. El concepto de «competencia efectiva» del artículo 15 de la Ley es coincidente con esta interpretación⁶⁰.

ii. La democratización de la actividad económica productiva: El artículo 1 alude al «fin de garantizar la democratización de la actividad económica productiva con igualdad social». Esta expresión puede conducir a una interpretación de la Ley orientada a asegurar la existencia de diversos oferentes en condiciones de igualdad y a cuestionar, así, toda situación que propenda a condiciones de monopolio u oligopolio. O sea, preferir un análisis estructural sobre un análisis de la conducta.

Se trata de una interpretación que debe descartarse, en tanto el artículo 113 constitucional no protege una estructura del mercado conformada por «muchos» competidores, sino la existencia de condiciones efectivas y mínimas que incidan favorablemente en el bienestar general de los consumidores y usuarios. Por ello, lo que prohíbe la Ley Antimonopolio es toda restricción indebida a la competencia económica (artículo 4).

iii. El desarrollo endógeno: El citado artículo 1 establece, dentro de sus objetivos, fortalecer «la soberanía nacional» y propiciar el «desarrollo endógeno, sostenible y sustentable, orientado a la satisfacción de las necesidades sociales

⁶⁰ El concepto clave de interpretación constitucional de la Ley Antimonopolio es el bienestar general de los consumidores y usuarios y la eficiencia. La extinta Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia insistió en este punto. En el caso *Pro-Competencia vs. Cementos Caribe, C.A. y otros* (Resolución N° SPPLC/0033-2003, citada *supra*), sostuvo que «puede afirmarse, que el resultado básico de la competencia es la reducción del nivel de precios en el mercado, puesto que mientras menor sea el precio cobrado por un producto mayor será su nivel de demanda, por lo que aquellas empresas que deseen atraer un mayor número de compradores que sus competidores deben fijar precios más bajos que éstos, lo cual solo será posible si las estrategias emprendidas por éstas generan resultados eficientes que se traducen en reducciones de costos, y que son en última instancia trasladados a los precios. En este sentido, es necesario recordar que el principio de libre competencia garantizado por la Constitución y protegido por la Ley de Competencia, está sustentado en la rivalidad empresarial, toda vez que ésta en esencia propicia las acciones de los distintos agentes económicos que participan en un mercado».

y a la construcción de una sociedad justa, libre, solidaria y corresponsable». Se trata de una expresión que desentona con el articulado general de la Ley y que, no puede obviarse, guarda una estrecha relación con los principios del modelo socialista⁶¹. De allí que, bajo una interpretación constitucional, tal expresión solo puede conducir a reiterar que la defensa de la competencia, al promover el ejercicio de la libertad económica y el bienestar general de los consumidores y usuarios, permite fomentar el desarrollo económico.

iv. La prohibición de prácticas monopólicas y la Ley Orgánica de Precios Justos: La Ley Antimonopolio, según la norma comentada, tiene también por objeto «la prohibición y sanción de conductas y prácticas monopólicas, oligopólicas, abuso de posición de dominio, demandas concertadas, concentraciones económicas y cualquier otra práctica económica anticompetitiva o fraudulenta». Esa expresión, general, debe interpretarse dentro del catálogo de prohibiciones de la Ley, y que estudiaremos en la sección siguiente.

Tal objetivo está también incluido dentro de la Ley Orgánica de Precios Justos, como ya vimos (artículo 3.8). Esa Ley, sin embargo, no se orienta al desarrollo del artículo 113 constitucional, ni la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos tiene atribuciones específicas en materia de libre competencia. Todo lo contrario, tales atribuciones fueron asignadas a la Superintendencia Antimonopolio.

Estas expresiones deben evitar una conclusión que conduzca a señalar que en la Ley Antimonopolio todo monopolio u oligopolio está prohibido. No solo esa prohibición no está expresamente contenida en el citado artículo 1, sino que, además, ella sería contraria al artículo 113 constitucional.

v. El objetivo de la Ley Antimonopolio y la cláusula del Estado social y democrático de Derecho. El concepto de eficiencia económica: La interpretación del objetivo de la Ley Antimonopolio debe concordarse con el artículo 2 de la Constitución, de acuerdo con el cual Venezuela es un Estado social

⁶¹ Véase lo tratado en HERNÁNDEZ G.: ob. cit. (*Reflexiones sobre la Constitución...*), *passim*.

y democrático de Derecho. Es importante recordar que no puede sostenerse que la defensa de la competencia es un objetivo reñido con el Estado social⁶².

Así, la eficiencia económica –objetivo al cual se orienta la defensa de la competencia– enfoca el análisis de la razonabilidad a su impacto en los costos de producción o asignación. Sin embargo, la razonabilidad puede también ser ponderada atendiendo al impacto de la restricción sobre otros aspectos diferentes a la eficiencia económica: por ejemplo, incidencia en la calidad de los bienes y servicios, o los efectos sobre el desarrollo de la actividad económica. Esto se ha llamado «eficiencia social», o «bienestar social». Sobre el sentido de esta expresión, ROBLES MARTÍN-LABORDA señala lo siguiente:

... el bienestar de los consumidores consagrado por los tribunales norteamericanos es aceptado como la verdadera finalidad del Derecho *antitrust*. Para la nueva corriente, sin embargo, el concepto de bienestar de los consumidores no coincide exactamente con la maximización de la eficiencia, al menos tal como ésta es definida por la Escuela de Chicago; este concepto –se entiende ahora– es demasiado restringido, y no tiene en cuenta los aspectos dinámicos, como por ejemplo, la mejora de las condiciones del mercado como consecuencia de las actuales inversiones en innovación⁶³.

En realidad, ROBLES MARTÍNEZ-LABORDA no profundiza sobre este concepto, al cual se había referido ya, con amplias remisiones al Derecho alemán, FONT GALÁN. La tesis que postula este autor es que la libre competencia ha dado paso a una noción que parte de los objetivos propios del Estado social, de forma tal que también la libre competencia tendría una «función social», referida básicamente a la promoción de la igualdad jurídica de los competidores y la tutela de los intereses de los consumidores:

... la competencia económica solo encuentra justificación en su propia capacidad de funcionamiento –principio de rendimiento o de eficiencia–, en la

⁶² FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ: ob. cit., *passim*.

⁶³ ROBLES MARTÍN-LABORDA: ob. cit., pp. 81 y ss.

medida que efectivamente persigue y realiza una utilidad socioeconómica para toda la sociedad (...) desde esta nueva concepción dinámica y social, el principio decimonónico de libre competencia tiene, en la actualidad, como presupuesto legitimador inherente a su ejercicio, el cumplimiento de una función social que actúa, a su vez, como límite inmanente de la libertad de empresa en la organización y desarrollo de actividades económicas competitivas⁶⁴.

Este planteamiento de una «función social» de la libre competencia debe criticarse, por contaminar el análisis de la materia. No se pone en duda que la competencia genera un beneficio social, medido en función del bienestar general de los consumidores y usuarios. Pero para sostener tal premisa no es necesario aludir a una «función social». El análisis de un caso de competencia debe ser un análisis económico, en el cual ese bienestar pueda determinarse económicamente, conforme al sistema de prohibiciones legalmente establecidas.

Por supuesto, desde la perspectiva del bienestar general de los consumidores y usuarios, el concepto de eficiencia económica se amplía. Así, en el ámbito de la Unión Europea se ha aludido a las eficiencias en los «costes» –similar a la eficiencia económica– y la eficiencia «cualitativa» –similar a la eficiencia social–. En relación con esta última, la Comisión ha señalado:

En determinados casos, la principal mejora potencial de eficiencia del acuerdo no son las reducciones de costes, sino las mejoras de calidad y otras eficiencias de carácter cualitativo. Así, según el caso, este tipo de eficiencias pueden ser de igual o mayor importancia que las económicas⁶⁵.

⁶⁴ FONT GALÁN: ob. cit., pp. 148 y ss.

⁶⁵ Comunicación de la Comisión «Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado», (DOCE 101/97) de 27-04-04. A estas eficiencias cualitativas aluden también las ya citadas «Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal».

La extinta Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia también se ha referido a estos aspectos⁶⁶. El objeto concreto analizado en esa decisión fueron los contratos de patrocinio que ciertas empresas celebraron con equipos de béisbol, contratos que objetivamente se estimaron restrictivos de la competencia. Al analizar el caso concreto, la Superintendencia reiteró que las exclusiones prohibidas por la Ley solo eran aquellas ilegítimas, no amparadas, por tanto, en razones de eficiencia. Lo particular de esta decisión es que la extinta Superintendencia partió del concepto de eficiencia medido en función al bienestar de los consumidores:

Estas eficiencias son relevantes para los objetivos que pretende alcanzar la Superintendencia en aras de coadyuvar la competencia en un mercado, siempre y cuando el consumidor se vea lo menos afectado por las acciones que conducen a tales eficiencias. Es así, como el análisis de las eficiencias siempre va acompañado de un análisis del bienestar del consumidor. En otras palabras, se toman en cuenta los resultados finales y los medios que se utilizaron para obtenerlos. En este contexto, se observa que es posible utilizar a las eficiencias como una justificación para permitir la continuación de una acción restrictiva a la libre competencia, y esto se debe a la aplicación de un principio que reza que bajo ciertas circunstancias, la Superintendencia puede, temporalmente, subordinar el interés inmediato del consumidor, con la finalidad de alcanzar una ganancia durable en términos de eficiencia, en cualquiera de los elementos antes mencionados⁶⁷.

En definitiva, la razonabilidad de las prácticas investigadas requiere ponderar cómo incide la restricción sobre el bienestar de los consumidores, lo que podrá implicar la realización de un balance entre los costes asociados a la práctica y sus beneficios: solo si estos son objetivamente superiores que aquellos, la restricción será tolerable.

⁶⁶ Resolución N° SPPLC/0034-2001, de 18-07-01, caso Grupo Polar, Liga y Equipos de Béisbol Profesional.

⁶⁷ Puede verse también el caso Pro-Competencia vs. Marcelo Rivero, Compañía Anónima y otros, Resolución N° SPPLC/0041-2004, de 06-07-04.

Los actos de competencia prohibidos solo deberían proscribirse cuando ellos restrinjan, irrazonablemente, la libre competencia. La medida de esta razonabilidad vendrá determinada básicamente por un análisis que determine qué efecto tiene la conducta en cuestión sobre el bienestar de los consumidores, es decir, sobre la eficiencia. Como ha señalado JATAR: «la competencia debe promoverse cuando conduce a una situación de mayor beneficio social, por lo tanto no es ni debe ser un objetivo de política en sí misma»⁶⁸.

Todo ello en todo caso, no debe contaminar el análisis con objetivos fuera de la política de competencia, basada en la promoción de la eficiencia económica. Es esa eficiencia económica la que incidirá favorablemente en el bienestar de los consumidores y usuarios, de manera concordante con la cláusula del Estado social. Pero en modo alguno el análisis puede desviarse a fin de considerar cuándo una actividad económica es o no «socialmente favorable». De allí la importancia de insistir en la interpretación constitucional de la Ley, siempre de la mano de su análisis económico.

Este riesgo de contaminación no solo puede derivar de una sesgada interpretación de la Ley Antimonopolio, sino además, de las antinomias entre esa Ley y el resto de Leyes que desarrollan un modelo de planificación central vinculante contrario a la competencia efectiva, como es el caso de la Ley Orgánica de Precios Justos, según ha observado ya MORLES HERNÁNDEZ⁶⁹.

La Unión, diciembre de 2015

Resumen: El autor analiza la reciente Ley Antimonopolio y su relación con la Constitución económica, y cómo ella es contradictoria con algunos principios que en materia de libre competencia establece la Constitución. **Palabras clave:** constitución económica, libre competencia, ley antimonopolio. Recibido: 28-01-16. Aprobado: 28-04-16.

⁶⁸ JATAR: ob. cit., p. 358.

⁶⁹ MORLES HERNÁNDEZ: ob. cit., *passim*.