

LIBRE COMPETENCIA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

José Ignacio Hernández G.*

Sumario. INTRODUCCION. I. EL CONCEPTO JURIDICO DE LIBRE COMPETENCIA. 1. *Las teorías predominantes: la escasa atención al concepto jurídico de libre competencia.* 2. *Nuestra posición: el estudio constitucional de la libre competencia desde el derecho fundamental de libertad económica. Consecuencias prácticas de esta visión.* II. ANALISIS SISTEMATICO DEL ARTICULO 113 DE LA CONSTITUCION. 1. *La tutela de la libre competencia: contenido. La competencia imperfecta o practicable.* A. *El concepto de libre competencia desde la patología: monopolios, abuso de la posición dominante y demandas concentradas.* B. *La intención velada del constituyente: la tutela de la competencia efectiva, imperfecta o practicable (workable competition).* C. *La interpretación constitucional de la LPPLC.* 2. *Libre competencia, concesiones y reserva de actividades al Estado.* III. LA DISPOSICION TRANSITORIA DECIMOACTAVA DE LA CONSTITUCION. OTRAS REFERENCIAS CONSTITUCIONALES A LA LIBRE COMPETENCIA. 1. *El mandato a la Asamblea Nacional. Contenido de la Ley de ordenación de la libre competencia.* 2. *La vinculación de los funcionarios públicos a la libre competencia.* 3. *El concepto de libre competencia desde otras normas constitucionales. Especial atención al artículo 299.* IV. A MODO DE RECAPITULACION: LA REFORMA POSIBLE DE LA LPPLC.

INTRODUCCION

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 de la Constitución. No se trata de una disposición abierta, flexible, sino más bien descriptiva, detallada y repetitiva,

* Profesor de la Universidad Monteávila.

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 la “demanda concentrada”. 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 recoge.

Con todo, lo cierto es que, dentro de la evolución histórica de la Constitución económica venezolana, como lo pone en evidencia ARMANDO GIRAUD, 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 principio predicado desde el Texto de 1961. Al estudio sistemático de ese artículo dedicaremos el presente estudio, no sin antes advertir una peculiaridad: el término libre competencia no aparece en esa norma, a pesar de su prolijidad. Pero ello ha sido lo usual en Venezuela, puesto que doctrina, jurisprudencia, legislación y ahora, la Constitución, rehúsan abordar el concepto mismo de libre competencia¹.

Lo que se pretende, por ello, es derivar cuál ha sido el concepto de libre competencia asumido por el constituyente de 1999, y cuáles son las consecuencias de la recepción, de tal término, en la vigente Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (LPPLC).

A tales efectos, atenderemos al siguiente plan. En primer lugar, analizaremos cuál es el concepto jurídico de libre competencia, para realizar, en segundo lugar, el análisis sistemático del artículo 113 de la Constitución, sin descuidar el estudio de las otras normas constitucionales que se refieren a tal concepto jurídico, aspecto que trataremos en la tercera parte. Finalmente, y en cuarto lugar, precisaremos qué reformas deben efectuarse a la LPPLC, para adecuarla al nuevo marco constitucional de la libre competencia.

I. EL CONCEPTO JURIDICO DE LIBRE COMPETENCIA

¿Qué es libre competencia?. Abordar el tema, desde su perspectiva jurídica, agotaría con creces los límites de este estudio. Es por ello que, efectuando un esfuerzo de síntesis, nos referimos a la posición tradicional que ha imperado al definir, desde las Ciencias Jurídicas, lo que deba entenderse por libre competencia, para luego referirnos, en segundo lugar, a nuestra posición que, como se verá, parte de una posición fundamentalmente constitucional. Lo haremos, además, con un ejercicio de renuncia del estudio del Derecho Comparado, para centrarnos así, exclusivamente, en el análisis del Derecho venezolano.

¹ Sobre la evolución constitucional de las cláusulas constitucionales en materia de libre competencia, vid. GIRAUD, ARMANDO, “Prohibición constitucional de los monopolios en Venezuela (Una aproximación histórica sobre el tema con miras a la Asamblea Nacional Constituyente)” Caracas, 1999, Consulta: 20.11.03.

1. *Las teorías predominantes: la escasa atención al concepto jurídico de libre competencia*

Advertía JOAQUIN GARRIGUES que el Derecho de la Competencia presta más atención a la “patología de la competencia” que al concepto de libre competencia en sí. Otra afirmación, un tanto exagerada pero no carente de todo fundamento, es la que elaborara BAÑO LEÓN: no hay un objeto teórico del Derecho a la competencia².

Posiciones extremas, quizás, pero basadas en un análisis que bien puede ser calificado de certero. Un breve repaso a la doctrina jurídica venezolana permitirá evidenciar la escasa importancia que al concepto jurídico de libre competencia se ha prestado. No hay, así, una concisa definición de libre competencia en el Derecho venezolano. Entre nosotros, se han manejado, básicamente, tres posiciones.

La primera posición, parte de la estrecha relación existente entre la libertad económica y la libre competencia (DE LEON, J. RIEBER DE BENTATA). A esa relación se refiere, también, la Resolución N° SPPLC/0002-93 del 17 de mayo de 1993, caso *Premezclados*, en la cual se enfatizó que el objeto de la LPPELC no es otro que “regular el ejercicio individual de la libertad económica”, estableciendo “para ello los límites dentro de los cuales cualquier persona podrá ejercer la actividad lucrativa de su preferencia y garantizando que no se producirán maniobras abusivas”. La protección de la competencia, es, así, derivación del sistema económico constitucionalizado (MORLES). El concepto suele ser analizado, también, a partir del estudio de la LPPLC como norma de ordenación y limitación de la libertad económica (sentencia de la Sala Político-Administrativa de 25 de febrero de 2003, caso *Cervecera Nacional C.A., Brahma*)³.

La segunda posición es aquella que fundamenta la defensa de la competencia en el indeterminado concepto de orden público económico (BREWER-CARIAS, CARDENAS). La doctrina de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (SPPLC) también se ha pronunciado en reiteradas oportunidades sobre este aspecto: la LPPLC contiene normas que disciplinan el comportamiento de los agentes económicos en el mercado, al prohibir toda una serie de prácticas, catalogadas por el legislador como restrictivas de la libre competencia” (Resolución: N° SPPLC/002-2002 de 1 de febrero de 2002, caso *Regional vs. Polar*)⁴.

² Cfr.: BAÑO LEON, JOSE MARIA, *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho Español de la competencia*, McGraw Hill, Madrid, 1996, p. 20 y GARRIGUES, JOAQUIN, *La defensa de la competencia mercantil*, Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1964, p. 11.

³ Para lo aquí expuesto, vid. DE LEON, 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; MORLES HERNANDEZ, ALFREDO, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, pp. 273 y ss. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1976, y RIEBER DE BENTATA, JUDITH, “La libertad económica y el régimen de la Protección de la Competencia”, en *Revista de Derecho Público* N° 35, Caracas, 1988, pp. 5 y ss.

⁴ Cfr.: BREWER-CARIAS, ALLAN, “Introducción general al régimen para promover y proteger la libre competencia”, en *Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1996, pp. 16 y ss y CARDENAS PERDOMO,

La tercera posición pivota sobre los objetivos de la política de competencia (JATAR, LINARES). Protección de la eficiencia económica y el bienestar del consumidor, son, así, objetivos que fundamentarían el concepto jurídico de libre competencia⁵.

La indeterminación conceptual de la libre competencia queda en evidencia. La doctrina venezolana alude a los objetivos de la libre competencia; defiende la proscripción de las prácticas anticompetitivas y recalca que la LPPLC permite una protección reforzada de la libertad económica, pero no define qué es libre competencia. Tampoco ha colaborado en esta tarea la Legislación, dado los términos por demás censurables empleados por la LPPLC, cuyo artículo 3 trae una “definición auténtica” de libre competencia: se entiende por tal “aquella actividad en la cual existan las condiciones para que cualquier sujeto económico, sea oferente o demandante, tenga completa libertad de entrar o salir del mercado, y quienes están dentro de él, no tengan posibilidad, tanto individualmente como en colusión con otros, de imponer alguna condiciones en las relaciones de intercambio”. Una norma, insistimos, muy cuestionable. En primer lugar, pues mal puede concebirse a la libre competencia como una “actividad”, tal y como hace el artículo comentado; es, cuando mucho, atributo de ciertas actividades económicas. Además, en segundo lugar, la norma se basa en un concepto absoluto de la libre competencia que no tiene, sin embargo, reflejo en la práctica: son pocas las actividades económicas en las que existe “completa libertad” de entrada y salida. No todos los mercados, como se sabe, son contestables, ni la competencia perfecta –teoría que subyace tras esa norma– tiene virtualidad más allá de determinados modelos económicos. Así lo ha entendido la CPCA:

“...En efecto, el concepto de libre competencia no depende de la completa libertad de entrada y salida del mercado, sino de la aptitud de los agentes económicos que actúan en el mercado (como oferentes o demandantes), de fijar libremente las condiciones de los intercambios comerciales que se realicen...” (sentencia de 19 de diciembre de 2002, caso *Laboratorios Leti, S.A.V.*)

Finalmente, la jurisprudencia tampoco ha abonado a favor de un concepto de libre competencia, pues los muy escasos pronunciamientos en la materia se anclan en la pretendida equiparación entre libre competencia y libertad económica (sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 24 de septiembre de 1997, caso *Aeropostal*, y de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 13 de diciembre de 2000, caso *Ley sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas y de la Ley de Transición del Distrito Federal al Distrito*

ORLANDO, “Libre competencia, orden público y actividad de policía”, en *Revista de Derecho Internacional Económico*, Volumen 2, Número 1, Caracas, 1997, pp. 1-8. En relación con el llamado orden público económico, puede verse también a BARBIERI, MARIA EUGENIA y RIVERO, GIGLIANA, “Medidas cautelares en el procedimiento administrativo sancionador previsto en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia”, en *Revista de Derecho Administrativo* N° 8, Caracas, 2000, p. 16.

⁵ Cfr.: LINARES BENZO, GUSTAVO, “Fusiones. Análisis de las concentraciones económicas en el derecho de la competencia”, en *Revista de Derecho Administrativo* N° 6, Caracas, 1999, p. 253, y JATAR, ANA JULIA, “Políticas de competencia en economías recientemente liberalizadas: El caso de Venezuela”, en *Revista de la Fundación de la Procuraduría General de la República* N° 9, Caracas, 1994, pp. 343 y ss.

Metropolitano de Caracas). Sin negar tal relación, lo cierto es que ella no resuelve el problema conceptual de la libre competencia.

2. *Nuestra posición: el estudio constitucional de la libre competencia desde el derecho fundamental de libertad económica. Consecuencias prácticas de esta visión*

El artículo 113 de la Constitución favorece el estudio y comprensión de la libre competencia como concepto jurídico inserto dentro de las cláusulas económicas del Texto de 1999. De esa manera, aún cuando esa norma pueda ser considerada una cláusula general —y a pesar de su nefasta prolijidad— no cabe ya abordar el concepto de libre competencia sobre posiciones ambiguas. Esta técnica se proscribe en el análisis jurídico de la Constitución económica.

Este breve exordio nos permite entrar de lleno en nuestra posición, expuesta con detenimiento en otro lugar, por lo que aquí procuraremos llevar el planteamiento hasta sus términos centrales⁶. En nuestro criterio, la libre competencia es la aptitud de los operadores económicos de disputar entre sí en condiciones de igualdad, en ejercicio del derecho fundamental de libertad económica. Libre competencia como el derecho de los operadores económicos privados de rivalizar entre sí como oferentes en el mercado⁷. Asumimos, por ello, que la libre competencia es un atributo de la libertad económica, en concreto, del derecho al ejercicio de la empresa, que conforme la tradicional doctrina francesa (DELVOLVÉ)⁸ se fundamenta en dos pilares: la libre autonomía privada y la libertad de competir. La esencia del concepto asumido reside entonces en esa dimensión conflictual. A ella se ha referido la doctrina de la SPPLC, al indicar que “la competencia del mercado genera una lucha entre las empresas competidoras por captar clientela, en el que resultan vencedoras las más eficientes” (Resolución N° SPPLC/036-1998 de 23 de noviembre de 1998, caso *Duracell vs. Energizer*, entre muchas otras).

Nótese que, a diferencia de la doctrina predominante en Venezuela, no compartimos la pretendida equiparación entre la libre competencia y la libertad económica. No son ellos conceptos coincidentes. Se insiste, es preciso situar a la libre competencia como atributo de uno de los tres derechos que, conforme a la ya convencional posición de A. ROJO⁹, convergen en la libertad económica: el derecho de acceso al mercado, el derecho al ejercicio de la empresa y el derecho a cesar en la empresa emprendida. En el segundo de esos derechos derivados de la libertad económica ubicamos a la libre competencia.

⁶ Cfr.: HERNANDEZ G., JOSE IGNACIO, *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas*, FUNEDA-IESA, Caracas, 2003.

⁷ Aún cuando, en su posición de demandantes de bienes y servicios, los operadores económicos también se encuentran sujetos a las normas sobre libre competencia.

⁸ Cfr. ANDRE DE LAUBADÈRE y PIERRE DELVOLVÉ, *Droit public économique*, Dalloz, quinta edición, París, 1986, pp. 203-233.

⁹ Vid. ROJO, ANGEL, “Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española”, en *Revista de Derecho Mercantil* Nos. 169-170, Madrid, 1983, pp. 327 y ss.

La libre competencia es, ante todo, un atributo derivado de la libertad económica. En concreto, el atributo que permite a todos los operadores económicos privados explotar la actividad económica de su preferencia, rivalizando entre sí conforme a las estrategias comerciales diseñadas en virtud de su libre autonomía empresarial. Asunto del todo distinto al aquí planteado es lo relativo a la medida de esa aptitud, aspecto que, si bien debatido, ha sido zanjado por la Constitución de 1999: tal aptitud no es absoluta sino relativa, de suerte tal que la libre competencia se manifiesta conforme la teoría de la competencia imperfecta o practicable (*workable competition*).

Desde esta perspectiva derivan diversas consecuencias que bien pueden agruparse en cuatro categorías.

- En primer lugar, la libre competencia es atributo inherente a la libertad económica. Sólo en aquellas actividades empresariales en las que rija ese derecho fundamental tendrá cabida la libre competencia, la cual, por otro lado, no es en realidad atributo de la iniciativa pública directa. Para el Estado, la libre competencia, más que atributo o derecho, es un importante límite a respetar. Respecto de la Administración económica, como concluyera GONZALEZ-VARAS, la libre competencia refuerza la sujeción de la empresa pública al principio de legalidad, tal y como pregonaba el artículo 141 de la Constitución¹⁰.

- En segundo lugar, al ser la libre competencia un atributo de la libertad económica, debe concluirse que las limitaciones a la aptitud de competir de los operadores económicos privados se regirán por los mismos principios que gobiernan las limitaciones a la libertad económica. Esta segunda conclusión impone dos consecuencias prácticas de primer orden. Tal y como acota el artículo 112 constitucional, toda limitación a la libre competencia (y por ende, a la libertad económica) ha de estar establecida en la Ley; frente a la Administración, esta premisa supone una importante barrera: no le es dado a ella afectar la aptitud de disputa de los operadores económicos privados, si no se encuentra suficientemente habilitada por la Ley. Además, toda limitación a esa aptitud de competir debe respetar el contenido esencial de la libertad económica y además, ha de estar informada por la máxima *favor libertate*, sobre la que se erige la libertad económica. Por ende, toda restricción a esa aptitud de competir deberá ser interpretada estrictamente, en sujeción a los principios de igualdad y proporcionalidad (cfr.: sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 8 de mayo de 2002, caso *Cervecería Nacional Brahma*).

- En tercer lugar, debe recordarse que el ejercicio de actividades económicas privadas, con fundamento en la libertad de empresa, queda informada preponderantemente por normas de Derecho Privado. Los operadores económicos interactúan en el tráfico mercantil principalmente bajo las normas del Código Civil y del Código de Comercio, ambos basados en el principio de la libre autonomía. Régimen jurídico-privado que informa, también, a la libre competencia. Es interesante recordar que, en sus orígenes, la defensa de la competencia surge ante la necesidad de controlar los abusos en el ejercicio del derecho de libertad económica, prote-

¹⁰ Cfr.: GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, SANTIAGO, "La aplicación del Derecho de la Competencia a los poderes públicos. Últimas tendencias", en *Revista de Derecho Mercantil* N° 239, Madrid, 2001, pp. 253 y ss.

giendo así a los operadores económicos con menor poder de mercado. De allí surge una paradoja ya conocida: la protección de la libertad económica, a través de la defensa de la competencia, ha derivado en restricciones a esa propia libertad. El concepto nuclear, desde esta perspectiva, es el de abuso de derecho. Referido a la libertad económica, él alude a las prácticas anticompetitivas imputables a los operadores privados que se exceden en el ejercicio de su libertad económica. En relación con los Poderes Públicos, él alude a la extralimitación de funciones de la Administración respecto de su actividad de gestión económica. La consecuencia de tal origen es palpable en la actualidad, pues la LPPLC resulta aplicable (como aclara su artículo 4) a las actividades desplegadas por operadores económicos —públicos o privados— pero sometidos, como tales, al Derecho Privado (cfr.: sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 20 de mayo de 1994, caso *Federación Farmacéutica Venezolana*). Las conductas, prácticas, acuerdos, convenios, contratos o decisiones prohibidos, *ex* artículo 5, son siempre actos y negocios que se desenvuelven en tráfico mercantil.

- Ya por último, y en cuarto lugar, al entender a la libre competencia como atributo de la libertad económica, es preciso situar su estudio desde una doble dimensión. La libertad económica, se afirma, tiene una doble vertiente: subjetiva, como derecho, y objetiva, como institución (sentencia de la Sala Constitucional de 6 de abril de 2001, caso *Manuel Quevedo Fernández*). Idénticas conclusiones cabe predicar respecto de la libre competencia. Subjetivamente, ella alude al derecho de los operadores económicos privados a rivalizar, libremente entre sí, en el desarrollo de la empresa que han emprendido. Objetivamente, la libre competencia es institución que ha de proyectarse sobre el mercado, en virtud del sistema de economía social de mercado que sido recibido en la Constitución, como insistentemente viene recordando la Sala Constitucional (sentencia de 1 de octubre de 2003, caso *El Morro*). Vertiente subjetiva y objetiva de la libre competencia.

Es esta una distinción muy común dentro del llamado Derecho de la Competencia. De esa manera, algunas prácticas prohibidas por la LPPLC —aquéllas en las que no rige la regla del *per se*— exigen determinar no sólo una vulneración a la aptitud subjetiva de disputa, sino que, además, requieren precisar los efectos sobre el mercado, esto es, sobre las condiciones de intercambio. Es manifestación de esa distinción, también, la regla del *minimis*, que se sustenta en la prevalencia de la vertiente objetiva sobre la subjetiva.

Esto último es lo que nos permite, precisamente, realizar una reflexión última. Bajo la LPPLC, la defensa de la libre competencia cede ante la defensa del mercado y del “orden público económico” que disciplina a éste. Defensa del mercado y no de la libre competencia de los operadores económicos: sólo así se explica que, aún constatándose prácticas contrarias a la LPPLC, la Administración renuncie a su control por no resultar relevantes de cara al mercado, o por ser económicamente inocuas. Planteado en otros términos, el sistema administrativo que la LPPLC regula, otorga clara preponderancia a la tutela de la vertiente objetiva de la libertad económica sobre su vertiente subjetiva.

II. ANALISIS SISTEMATICO DEL ARTICULO 113 DE LA CONSTITUCION

Las consideraciones previas son imprescindibles a fin de ahondar en el análisis sistemático del artículo 113 de la Constitución. Si se inicia su estudio sin definir previamente qué debe entenderse por libre competencia, difícilmente se llegarán a conclusiones útiles; se caerá, incluso, en razonamientos repetitivos, en planteamientos tautológicos. Y ello por cuanto el artículo 113 rehusó a incluir el concepto de libre competencia, limitándose —como es lo usual en Venezuela— a definir cuándo se menoscaba ese bien jurídico. Preferencia del constituyente, por ello, a la patología de la competencia.

1. *La tutela de la libre competencia: contenido. La competencia imperfecta o practicable*

Lo primero que habría que considerar es qué es libre competencia para el constituyente. Tarea difícil pues, como ya se adelantó, el término no aparece en el artículo 113 constitucional, el cual alude, simplemente, a “condiciones efectivas de competencia en la economía”. Tampoco aparece el concepto en la disposición transitoria decimoctava. Sí lo encontramos, por el contrario, en el artículo 299, que enuncia los principios del orden socioeconómico. Es por lo anterior que, en nuestro criterio, el concepto constitucional de libre competencia ha de asumirse, por ende, a partir del análisis conjunto de la Constitución económica y, en especial, del artículo 112.

La lectura del precitado artículo 113 debe inspirarse en las técnicas de interpretación de la Constitución económica¹¹. En la técnica de interpretación constitucional —ha señalado el Máximo Tribunal— se debe evitar la interpretación estricta y literal, porque siendo la Constitución el instrumento regulador de la organización del Estado y de los límites de los Poderes Públicos “y el que reconoce los derechos fundamentales de la persona frente al mismo Estado, sus normas son más fuentes generales que reglas particulares” (sentencia de la entonces Corte Suprema de Justicia en Pleno de 27 de noviembre de 1990, caso *Acacio Sabino Guzmán*). El artículo 113 debe ser leído, por ello, como una norma abierta y flexible, “dentro de un contexto y no aisladamente”. Además, no caben interpretaciones unilaterales de esa norma. Esta ha de insertarse dentro de toda la Constitución económica. Interpretación armónica del artículo 113, que no debe ignorar el peso que representa la economía social de mercado constitucionalmente garantizada.

La aptitud de competir que ese artículo consagra no ha de ser, por ende, absoluta; antes por el contrario, ella ha de cohonestarse con los fines derivados de la cláusula del Estado social, recogida en el artículo 2 constitucional. Recordar, en este sentido, que la libre competencia no es un fin en sí mismo; por el contrario, es instrumento para alcanzar otros fines relevantes. Como ha señalado ANA JULIA

¹¹ En efecto, las cláusulas económicas del Texto de 1999, en tanto normas constitucionales, han de ser interpretadas con fundamento en las adecuadas técnicas de interpretación constitucional. Específicamente sobre este tema, vid. LINARES BENZO, GUSTAVO, *Leer la Constitución*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1998, pp. 117 y ss.

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”.

A. El concepto de libre competencia desde la patología: monopolios, abuso de la posición dominante y demandas concentradas

El concepto constitucional de libre competencia se ha asumido desde la patología, a partir de tres concretas prácticas anticompetitivas: el monopolio, el abuso de la posición de dominio y las “demandas concentradas”. Por lo pronto, surge una interrogante: ¿por qué el constituyente se refirió a esas tres prácticas en concreto?. ¿Podría deducirse que las otras prácticas o conductas anticompetitivas –boicot, por ejemplo- no encuentran cobertura constitucional?. Hubiese sido deseable, por supuesto, que la norma aludiera a una cláusula general de protección de libre competencia, como es la comprendida en el artículo 5 de la LPPLC. Y aún así, sería censurable la recepción, en el Texto Constitucional, de normas propias una Ley.

No nos detendremos en el análisis de las prácticas anticompetitivas a las que se refiere la norma. Su contenido es bastante conocido, especialmente, ha partir de la ya tradicional doctrina de la SPPLC. Señalaremos, únicamente, la deficiente técnica legislativa que supone consagrar la protección constitucional de la libre competencia, a partir de tres prohibiciones concretas, y que además lucen enteramente relativas. Así, la interdicción a los monopolios ha de referirse, obviamente, a aquellos derivados de la voluntad de los operadores económicos, y no de los fundados en las características naturales de ciertas actividades, como sería el caso de los llamados monopolios naturales. Además, la expresión monopolio no puede interpretarse en sentido literal. Como apunta JATAR: “cuando se dice que una empresa incurrir en conductas monopólicas no necesariamente responde a una situación donde sólo hay una empresa, implica más bien que esa empresa tiene el suficiente poder de mercado como para realizar conductas anticompetitivas”.

En nuestra opinión, por tanto, tres son los aspectos que deben considerarse en la interpretación del artículo 113:

- En primer lugar, él tiene por objeto proteger la libre competencia, es decir, la aptitud de los particulares de rivalizar entre sí, en ejercicio de la libertad económica reconocida en el artículo 112 constitucional. El concepto constitucional de libre competencia no puede, entonces, se ubica en el artículo 113 sino en el propio artículo 112, como atributo de la libertad de empresa. La norma del artículo 113, por el contrario, se limitó a recoger algunos supuestos de restricciones a esa aptitud de competir, así como a imponer obligaciones positivas en cabeza del Estado, referidas a tutela del mercado.

- En segundo lugar, la norma prohíbe cualquier acción encaminada –o que conduzca por sus “efectos reales– a restringir ilegítimamente esa aptitud de competir. En principio, la prohibición se refiere, conforme al artículo 113, a los “particulares”, aún cuando incidentalmente la interdicción del abuso de la posición de dominio alude, también, a las “empresas”.

- Finalmente, y en tercer lugar, el artículo 113 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 particulares. 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, asegurando además condiciones efectivas de competencia en la economía. Nótese así el carácter instrumental que imprimió la norma comentada a la libre competencia, dado que ella se dirige a alcanzar los fines a los que alude el artículo comentado, para lo cual los Poderes Públicos, en ejercicio de sus potestades, se encuentran emplazados a intervenir en el sistema económico. Actuación del Estado que, en respeto a la garantía formal de la libertad económica, debe ser asumida, en primer término, por el Legislador, quien sentará las bases para que la Administración pueda desplegar sus potestades de ordenación y limitación en defensa de la libre competencia. Pues, a nuestro entender, el artículo 113 de la Constitución permite aseverar que la defensa de la competencia es de las materias reservadas constitucionalmente a la Administración, pues sólo ella puede, a fin de servir a los intereses generales, adoptar medidas concretas para la defensa del mercado, tal y como se desprende del artículo 141 constitucional.

B. *La intención velada del constituyente: la tutela de la competencia efectiva, imperfecta o practicable (workable competition)*

Si bien hemos avanzado en el análisis del artículo 113, aún queda un aspecto por resolver. Admitiéndose que esa norma protege la aptitud de competir de los operadores económicos, debemos indicar cuál es la *medida* de esa aptitud protegida.

La doctrina que ha analizado este aspecto (FONT GALAN) indica que existen básicamente dos teorías, contrastadas recientemente por JONES y SUFRIN¹². La primera, se refiere a la competencia perfecta, aquella en la cual los operadores económicos tienen completa libertad para rivalizar entre sí, al ejercer la actividad empresarial que le es propia; bajo esta posición, la medida de la aptitud de competir sería absoluta. Otra posición se refiere a la competencia efectiva, como aquella que permite un margen suficiente de disputa entre los operadores económicos privados, con lo cual se acepta que la aptitud de competir es relativa.

Entre esas dos posiciones, la primera responde a un modelo teórico, carente de virtualidad práctica. La aptitud de competir de los operadores económicos privados es relativa, pues relativo es también el alcance que tiene la libertad económica. De allí las críticas que hemos realizado al artículo 3 de la LPPLC, dado que él parte de la existencia de una “libertad completa” de salida y entrada al mercado, idea que alude a una competencia perfecta o plena. En Venezuela, acotamos, la doctrina (CARDENAS, M. A. GRAU y DE LEON) ha aceptado que la LPPLC protege la competencia eficaz o imperfecta¹³. A tal conclusión llega también V. BENTATA. No toda

¹² Vid. FONT GALAN, JUAN IGNACIO, *Constitución económica y Derecho a la competencia*, Tecnos Madrid, 1987, pp. 34-36 y JONES, ALISON y SUFRIN, BRENDA, *EC Competition Law. Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 8-9 y 13-15.

¹³ Sobre este concepto, conviene traer a colación los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el cual ha defendido la existencia de una competencia practicable (*workable competition*), es decir, el grado de competencia necesario para asegurar la

restricción a la competencia es ilegal, pues lo relevante es la posibilidad real de competencia¹⁴.

El artículo 113 de la Constitución se fundamenta en el principio de competencia eficaz o practicable. Básicamente, por cuanto el modelo de competencia perfecta, como ya se dijo, carece de virtualidad en la práctica, y más aún en Venezuela, pues las deficiencias estructurales de sus mercados merman —en ocasiones, considerablemente— la aptitud de competir de los agentes económicos. Así lo evidencia el propio artículo, al encomendar al Estado la adopción de medidas necesarias para asegurar condiciones efectivas —que no absolutas— de competencia en la economía. Lo que protege la Constitución, por tanto, es la aptitud de disputa de los operadores económicos privados necesaria para asegurar el cumplimiento de los fines a los que alude el artículo 113 (promoción de las ventajas sociales que derivan de la sana competencia) y además, agregamos, necesaria para permitir el ejercicio efectivo —y no meramente formal— de la libertad económica reconocida en el artículo 112.

C. La interpretación constitucional de la LPPLC

Las anteriores consideraciones fuerzan a la interpretación constitucional de la LPPLC, no sólo en lo que atañe al equívoco artículo 3, sino además, por la interpretación que deba darse a la prohibición general contenida en su artículo 5: no toda afectación a la aptitud de competir de las empresas se entenderá como ilícita; ello sólo será así, si tal afectación produce cualquiera de las tres consecuencias antes anotadas, es decir, si (i) carece de cobertura legal; (ii) elimina la autonomía privada en el diseño de las estrategias comerciales y (iii) menoscaba las garantías materias, basadas en la máxima *in dubio pro libertate*. Tal es, por tanto, el baremo constitucional para determinar los efectos anticompetitivos del ejercicio de la iniciativa económica.

Cierto reflejo de lo que se expone lo encontramos en la distinción entre las prohibiciones *per se* de la Ley, y las prohibiciones que exigen un análisis conforme la regla de la razón (*rule of reason*). Precisamente, la aplicación de esta regla pasa por determinar si la práctica en cuestión carece de justificación con base “a las eficiencias que aporta a la sociedad” (NAVARRO)¹⁵. Ponderación de la justificación de las prácticas que afectan la aptitud de disputa. Aplicación, en fin, de las garantías formales y materiales a las que hemos hecho alusión, por lo que deberá reputarse como injustificada toda restricción que —imputable a los particulares o al propio

observancia de los requerimientos básicos y el cumplimiento de los objetivos del Tratado de la Comunidad Europea (sentencia de 25 de octubre de 1977, asunto 26/76, caso *Metro-SB-Großmärkte GmbH*. Recientemente, véase la sentencia de 7 de diciembre de 2000, asunto C-214/99, caso *Neste Markkinointi Oy*). En Venezuela, vid. DE LEON, IGNACIO, “Las normas venezolanas de...”, cit., p. 334; ORLANDO CARDENAS PERDOMO, “Libre competencia, orden público...”, cit., p. 7 y GRAU, MARIA AMPARO “Tendencias jurisprudenciales en materia de protección a la libre competencia”, en *Revista de Derecho Internacional Económico*, volumen 2, N° 1, Caracas, 1997, p. 141.

¹⁴ Prácticas económicas ilícitas, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995, p. 390.

¹⁵ “Reglas para la determinación de prácticas contrarias a la libre competencia”, en *Revista de Derecho Administrativo* N° 6, Caracas, 2001, pp. 125 y ss.

Estado— carezca de cobertura legal, o que contando con tal soporte, desconozca el contenido esencial de la libertad económica, sea discriminatoria, desproporcional o inmotivada.

Subyace, tras lo expuesto, un planteamiento fundamental del Derecho administrativo económico: la mutabilidad del sistema económico —y de la libre competencia— se opone a férreas regulaciones intangibles. El artículo 5, y la regla de la razón, operan como verdaderas cláusulas de escape, tal y como ha indicado la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 19 de diciembre de 2002, caso *Laboratorios Leti, S.A.V.* Por ello, partiendo del fin del artículo 113 constitucional, la aplicación de la LPPLC por la Administración debería matizarse, muy mucho, dando prevalencia a un análisis ponderado de cada práctica estimada contraria a las prohibiciones legalmente contempladas. Matización, también, de la valoración del elemento de la lesión del mercado como criterio determinante de aplicación de tales prohibiciones. Principalmente, pues el marco constitucional de la libre competencia coloca el énfasis en la tutela del derecho subjetivo de libertad económica; la consideración de la lesión al mercado, por el contrario, parte de la prevalencia de la vertiente institucional de tal derecho fundamental.

Precisada en estos términos, la aprehensión jurídica de la libre competencia no debe llevarse hasta extremos indeseables. Se requiere, por tanto, la existencia de cierta flexibilidad, que permita a los Poderes Públicos configurar cuál será la medida de la aptitud de competir deseable. Por lo que respecta al Poder Legislativo, éste ha delimitado en la LPPLC tal medida a través de dos técnicas: las prácticas cuyo efecto anticompetitivo se presume, sin que quepa prueba en contrario (*per se*), y las prácticas cuyo efecto nocivo sobre la vertiente objetiva de la libre competencia debe probarse (*rule of reason*), lo que supone determinar el grado de afectación a las condiciones de intercambio, y las posibles ventajas derivadas de esa situación, tomando en cuenta, además, las matizaciones ya señaladas, derivadas de la Constitución de 1999. Además, por lo que respecta a la Administración, tal flexibilidad se manifiesta a través del empleo de conceptos jurídicos indeterminados, de contenido económico, en cuya interpretación la Administración goza de cierto margen de libertad que en modo alguno debe equipararse a la discrecionalidad (sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 30 de enero de 1997, caso *Sofimara*).

2. Libre competencia, concesiones y reserva de actividades al Estado

Aborda el artículo 113 otro aspecto cardinal de la libre competencia: la relación de ésta con las concesiones que pueda otorgar la Administración. Recuérdese así que la norma dispone que “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 inclusión de esa disposición, en el artículo 113, no debe considerarse un error del constituyente. Por el contrario, se aprecia que la incorporación del régimen constitucional de las concesiones en la norma bajo análi-

sis, tiene claros fundamentos dogmáticos que, sin embargo, han sido desvirtuados por recientes tendencias jurisprudenciales y doctrinales.

El Derecho Administrativo, como expone VILLAR PALASI, logró formar una teoría unitaria de la concesión, válida para las distintas manifestaciones de esa figura. Así, ella se define como el acto a través del cual la Administración otorga al particular el derecho a realizar determinada actividad, cuya explotación queda excluida del ámbito de la iniciativa privada. Tres modalidades se presentan. Cuando la Administración otorga al particular el derecho a explotar actividades económicas reservadas al Estado, estamos ante la llamada concesión el servicio público, término equívoco, sin embargo, dado que parte de la falsa equiparación entre el concepto de servicio público y la reserva o *publicatio* al Estado. Tomemos nota de esa peculiaridad para desarrollarla más adelante. También, puede la Administración conferir al particular el derecho a construir, explotar o mantener una obra pública, o a explotar y aprovechar un bien del dominio público. En todos esos casos, la concesión –usualmente manifestada a través de un contrato administrativo– se sustenta en la previa exclusión de la iniciativa privada¹⁶.

¿Cuál es la relación, entonces, entre las concesiones y la libre competencia?. Tal relación destaca en la llamada concesión de servicio público: ésta tiene por fundamento la previa reserva o *publicatio* al Estado, acordada por el Legislador conforme el artículo 302 constitucional, y que produce la exclusión de la libre iniciativa privada, es decir, la supresión de la libertad económica. Pues bien, si se considera que la libre competencia es atributo de la libertad económica, habrá que concluir que cuando se extingue ésta –por efecto de la *publicatio*– queda también suprimida la libertad de competir, o sea, la aptitud de los agentes económicos de rivalizar libremente entre sí. En consecuencia, las concesiones, al basarse en la previa exclusión de la libre iniciativa privada, son excepciones a la libre competencia, lo que justifica la inclusión de la disposición analizada en el artículo 113. La jurisprudencia venezolana, anotamos, con criterios bastantes reiterados, aceptaba esta conclusión pacíficamente (así, en las sentencias clásicas de la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno de 23 de abril de 1991, caso *Lagoven*, y de 13 de febrero de 1997, caso *Venevisión*; también, la sentencia de la Sala Político-Administrativa de 26 de marzo de 1993, caso *RCTV*). Como resumiera R. BADELL, la “necesidad de obtener concesión para desarrollar determinada actividad presupone la existencia de un servicio o actividad reservada al Estado”¹⁷. Concesiones, por ello, como excepciones –tasadas– a la aptitud de competir de los operadores económicos privados, en desarrollo de su libertad económica.

El planteamiento anterior, de clara exposición, sería sin embargo desvirtuado, pues se entrecruzaron los conceptos de servicio público y reserva al Estado. No es ésta la ocasión para entrar de lleno en el análisis del concepto de servicio público. Basta con señalar que es un error afirmar que la reserva o *publicatio* es inherente al concepto de servicio público, como parece haberse defendido entre nosotros. Ello no fue afirmado, siquiera, por la doctrina francesa defensora de la institución (JEZÉ), quien acotó que el monopolio –y con él, la reserva– sólo puede ser índice

¹⁶ Cfr.: VILLAR PALASI, JOSE LUIS, “Naturaleza y regulación de la concesión minera”, en *Revista de Administración Pública* N° 1, Madrid, 1950, pp. 90 y ss.

¹⁷ Régimen jurídico de las concesiones en Venezuela, Caracas, 2002, pp. 39 y ss.

revelador del servicio público. En su concepción originaria, por tanto, la afirmación conforme a la cual el servicio público comprendía a actividades *asumidas* por el Estado, debía entenderse en un sentido laxo (MALARET GARCIA), reflejando con ello que los servicios públicos quedaban siempre bajo la tutela y control de la Administración, aún cuando podían ser desplegados por la iniciativa privada, con fundamento en el derecho propio a la libertad económica. Ejemplo paradigmático lo representaron los llamados servicios públicos industriales y comerciales¹⁸.

Ello, como decíamos, fue desvirtuado por la sentencia de la Sala Político-Administrativa de 18 de junio de 1997, caso *Avensa*, en la cual se acotó que el concepto de reserva y libertad económica no son excluyentes, pues aquella sólo afecta el derecho de acceso al mercado. Tal criterio, que sería reiterado por la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 19 de noviembre de 1998, caso *Omnivisión*, y por la sentencia de la Sala Constitucional de 30 de noviembre de 2000, caso *Omnivisión II*, deslinda la reserva de la libertad económica, afirmando que ésta puede coexistir con aquella¹⁹. El impacto de tal sentencia ha sido notable, al punto que la SPPLC ha asumido su criterio, al afirmar que en actividades sometidas al régimen concesional tiene vigencia la libre competencia (Resolución N° SPPLC/ 034-99, de 29 de junio de 1999, caso *Televisión por cable*), partiendo de una muy peculiar interpretación del artículo 16 de la LPPLC.

No compartimos tal concepción, pues ella desvirtúa el concepto de reserva o *publicatio*. Así, el efecto inmediato de la reserva es la exclusión de la libertad económica, y es por ello que es necesario otorgar al particular el derecho a explotar la actividad reservada. Asunto del todo distinto al que aquí se señala es que la reserva, que admite diversos grados, puede presentarse de manera mediana, esto es, admitiendo la concurrencia de concesionarios. Bastará con otorgar concesiones sin derechos exclusivos, tal y como ocurrió en el mercado de la telefonía celular o de la televisión privada en Venezuela. Pero tal concurrencia no es índice revelador de la vigencia de la libertad económica ni de la libre competencia; ella, por el contrario, refleja la existencia de concesiones sin derechos exclusivos. Libre concurrencia y libre competencia no son, en fin, términos coincidentes. Hay, además, un aspecto práctico que no debe olvidarse: las intensas potestades de dirección y control

¹⁸ Si reserva y servicio público no son términos coincidentes, hay que concluir que no existe en Venezuela un régimen uniforme del servicio público: en ocasiones, éste comprende a actividades reservadas al Estado; también, a actividades regidas por el derecho fundamental de libertad económica y en la que se aplica, por ende, la libre competencia. En relación con lo que se expone, vid. JÈZE, GASTON, *Principios generales de Derecho Administrativo*, Tomo II I, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1949, p. 23 y MALARET GARCIA, ELISENDA, en "Servicios Públicos, Funciones Públicas, Garantías de los Derechos de los Ciudadanos: Perennidad de las necesidades, transformación del contexto", *Revista de Administración Pública* N° 145, Madrid, 1998, pp. 55-56.

¹⁹ Un análisis de la sentencia *Avensa* en NAVARRO, EFREN y VALCARCEL, ISRAEL, "Acuerdos horizontales", en el volumen colectivo *Los dilemas de la competencia*, VELEA, Caracas, 1999, pp. 362. Preferimos la posición asumida por ARAUJO JUAREZ en "Los derechos fundamentales económicos y el derecho de los servicios públicos", *Servicio Público. Balance & Perspectiva*, Vadell Hermanos, Valencia, 1999, pp. 9 y ss. Para ARAUJO, lo relevante de la sentencia *Avensa* es que admite la protección jurídica del operador que gestiona la actividad declarada servicio público. La posición del autor puede ser vista también en *Manual de los Servicios Públicos*, Vadell Hermanos, Valencia, 2003, p. 103.

que ejerce la Administración concesionaria, son difícilmente compatibles con la autonomía privada empresarial, sobre la que se funda la libertad de competencia.

En definitiva, las concesiones, al presuponer la exclusión de la libre iniciativa privada, se erigen en excepciones a la libre competencia. Que se trate de concesiones con derechos exclusivos (lo que daría lugar a un monopolio *de iure*), o de concesiones concurrentes, nada afecta a lo que aquí se sostiene, pues al quedar destruida la libertad económica se suprime, también, la libre competencia. Las concesiones, con exclusividad o no, como acota el artículo 113 de la Constitución, son siempre excepciones a la libre competencia y a la libertad económica; en especial, cuando ellas operan en relación con los llamados “servicios de naturaleza pública”, esto es, servicios económicos reservados por Ley Orgánica al Estado, con fundamento en el artículo 302 constitucional.

También es forzoso separar este análisis de la relación entre la libre competencia y el “servicio público”. Tal relación no puede ser fijada de manera abstracta, sino siempre en atención a la concreta regulación, pues insistimos, no hay, en Venezuela, concepto unívoco de servicio público. Necesidad, por tanto, de acudir a un análisis casuístico, conforme la tipología desarrollada por BREWER-CARIAS²⁰. Así, en los servicios públicos reservados expresamente por Ley al Estado, y con independencia que puedan ser gestionados a través de la concesión, no tendrá cabida alguna la libre competencia, dado que la libertad económica ha quedado extinguida. Por el contrario, en los servicios públicos concurrentes, que son aquellos entregados a la libre iniciativa privada, sí tendrá vigencia el derecho a competir libremente.

Estas apreciaciones han sido difuminadas por la reciente doctrina venezolana que, con entusiasmo quizás excesivo, se ha dedicado al estudio del servicio público y su “nueva” modalidad. De esa manera, un grupo de autores han defendido la existencia, entre nosotros, del nuevo servicio público o de servicios públicos competitivos. Se plantea, como auténtica novedad, la existencia de un supuesto “nuevo servicio público”, que a diferencia del concepto tradicional (PEÑA SOLIS)²¹, no se encontraría reservado al Estado. Se ha trasladado así, sin matización alguna, la teoría del “nuevo servicio público” planteada en España por ARIÑO ORTIZ, no sin cierta exacerbación al libre mercado, ignorándose las ponderadas críticas a que a esa posición ha mantenido un importante sector (GARRIDO FALLA; S. MARTIN-RETORTILLO)²². También deben ser analizadas, con precaución, posturas de signo

²⁰ “Comentarios sobre la noción del servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias”, en *Revista de Derecho Público* N° 6, Caracas, 1981, pp. 65 y ss.

²¹ Entre otros que asumen esta posición. vid. DIAZ COLINA, MARY ELBA, “El régimen de la libre competencia en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones”, en *Revista de Derecho Administrativo* N° 8, Caracas, 2000, p. 232 y FAVRIN RODRIGUEZ, ODETTE, “El servicio universal en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones”, en *Comentarios a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones*, Andersen Legal, Caracas, 2000, p. 140. La posición de PEÑA, en “La actividad administrativa de servicio público: aproximación a sus lineamientos generales”, en *Temas de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, Tomo II, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002, pp. 425 y ss.

²² La postura inicial de ARIÑO en “Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico”, en *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 25 y ss. Posiciones más ponderadas pueden ser vistas, entre otros, en GARRIDO FALLA, FERNANDEZ,

contrario, como la que defiende MONACO, para quien la “definición de servicio público se encontrará reservada para aquellos casos donde la libre competencia y concurrencia de éstos no sea posible”²³. A esa postura también ha aludido, recientemente, PEÑA SOLIS, al concluir que los servicios de telecomunicaciones –en tanto servicios públicos– se encuentran reservados al Estado²⁴. Es ésa una afirmación que no compartimos, pues la pretendida equivalencia entre servicio público y reserva al Estado no tiene, en Venezuela, vigencia alguna. Así, del análisis del concepto de servicio público en el Derecho positivo venezolano, puede llegarse a esta conclusión: son realmente excepcionales las ocasiones en las cuales el Legislador, junto a la declaración de servicio público, impone la reserva al Estado; lo usual, acotamos, es que se reserven actividades al Estado que no han sido declaradas servicios públicos, y que se declaren servicios públicos a actividades que no se reservan al Estado.

Tal es el sentido último que debe otorgarse al parágrafo único del artículo 16 de la LPPLC, esto es, que en las actividades reservadas al Estado, se aplicará la Ley Orgánica que ha acordado la *publicatio*, y no la LPPLC, puesto que en ellas, insistentemente, no tiene cabida ni la libertad económica ni la libre competencia. Para nosotros, no podría afirmarse que, en tales casos, tienen cierta vigencia las normas sobre libre competencia, como ha sostenido recientemente L. ORTIZ ALVAREZ²⁵. Guste o no, la libre competencia, en tanto atributo de la libertad económica, queda extinguida en actividades reservadas al Estado. Por el contrario, en las actividades sometidas a una intensa regulación, pero no reservadas por Ley al Estado, serán aplicables las Leyes especiales dictadas y, supletoriamente, la LPLLC, en tanto las empresas que operen en esos mercados pueden ejercer un poder relevante, influenciado directamente por la regulación jurídica que ha sido implementada.

En cualquier caso, el equivoco entre servicio público y reserva, y la tesis en virtud de la cual el servicio público supone siempre una *publicatio* o reserva al Estado, afortunadamente ha sido aclarado por la reciente sentencia de la Sala Constitucional de 29 de agosto de 2003, caso *Arnaldo González Sosa*:

“...Ahora bien, la Sala aclara que no toda actividad que se declara servicio público se encuentra necesariamente reservada al Estado, y tampoco es cierto que toda actividad, que ha sido reservada formalmente al Estado, es servicio público. (...)

Con base en lo anterior, se concluye que no es cierto lo que afirmó la decisión que fue apelada de que el servicio público excluye a la libertad económica porque es de la titu-

“¿Crisis de la noción de servicio público?, en Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje a D. Sebastián Martín-Retortillo Baquer, Civitas, Madrid, 2003, pp. 441 y ss. y MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, SEBASTIAN, “Reflexiones sobre las privatizaciones”, en *Revista de Administración Pública* 144, Madrid, 1997, pp. 22 y ss.

²³ Vid. MONACO, MIGUEL, “El concepto de Servicio Público en la actualidad en el Derecho Administrativo venezolano”, en VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carias”, FUNEDA, Caracas, 2003.

²⁴ Cfr.: *Manual de Derecho Administrativo*, Volumen Tercero, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2003, pp. 321 y ss. No puede dejar de observarse que la posición de PEÑA SOLIS es defendida aún cuando no hay, en la Constitución y en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, declaración alguna de las telecomunicaciones como servicios públicos, aspecto por él reconocido.

²⁵ *Antitrust, competencia y contencioso administrativo*, Editorial Sherwood, Caracas, 2001, pp. 31 y ss.

laridad del Estado, por cuanto lo determinante es la expresa reserva al Estado de la actividad, que se dicte con fundamento en lo que preceptúa el artículo 302 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela...”.

Una acotación final debe ser formulada. Acepta la Constitución la existencia de concesiones exclusivas, siempre por tiempo limitado, en actividades que han sido reservadas al Estado, conforme a los cauces del artículo 302. Y las concesiones exclusivas, esto es, aquellas que solamente permiten el desarrollo de la actividad publicada por un solo operador, conducen siempre al monopolio, tal y como ocurrió entre nosotros con el mercado de la telefonía básica. Nótese así que el propio artículo 113 admite la existencia de monopolios legales, lo que contradice la prohibición general que sirve de cláusula de apertura a la propia norma. Es por ello que, como antes indicamos, la prohibición de monopolios constitucionalmente reconocida se hace en relación con las conductas de los operadores económicos –públicos o privados– que conduzcan a tal situación.

III. LA DISPOSICION TRANSITORIA DECIMOACTAVA DE LA CONSTITUCION. OTRAS REFERENCIAS CONSTITUCIONALES A LA LIBRE COMPETENCIA

El artículo 113 se complementa con la disposición transitoria decimoactava, que como pone en evidencia H. RONDON DE SANZO²⁶, no es en realidad una norma transitoria. Ella, por el contrario, ordena la actuación del Legislador, imponiéndole una serie de obligaciones que deben estar encaminadas a la reforma de la LPPLC. 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 competencia.

1. El mandato a la Asamblea Nacional. Contenido de la Ley de ordenación de la libre competencia

Lo primero que ha de destacarse de la disposición transitoria decimoactava, es el falso supuesto del cual ella parte: encomienda al Legislador a dictar una Ley de desarrollo de los “principios” contenidos en el artículo 113, ignorando que tal Ley había sido sancionada bajo la vigencia del Texto de 1961. No hay duda que la LPPLC tiene por objeto, como acota su artículo 1, la defensa de los “principios” ahora constitucionalizados en el artículo 113. Luego, el mandato a la Asamblea Nacional ha de entenderse en el sentido de reformar la legislación vigente, para asegurar la mejor aplicación del artículo 113.

Ahora bien, la Ley de “desarrollo” deberá establecer el “organismo de supervisión, control y fiscalización que deba asegurar la efectiva aplicación de estos principios, cuyo presidente será designado por el voto de la mayoría de los diputados de la Asamblea Nacional”. Ello supondrá un cambio sustancial respecto de la situación actualmente vigente, puesto que, bajo la LPPLC, la tutela de la libre competencia se encomienda a un inequívoco ente administrativo, como es la SPPLC, la

²⁶ Análisis de la Constitución venezolana de 1999, Caracas, 2000, pp. 245-246.

cual tiene –según KIRIAKIDIS/LOUZA– un “notable grado de autonomía”²⁷. La máxima autoridad de ese órgano, el Superintendente, es designado por el Presidente de la República (cfr.: artículo 21 de la LPPLC).

La comentada disposición transitoria no debe ser interpretada, sin embargo, en el sentido que la defensa de la competencia debe ser encomendada a un órgano del Poder Judicial, con un modelo similar al que impera en los Estados Unidos de Norteamérica, tal y como se hizo en el Proyecto de Reforma de la LPPLC. Hemos señalado ya que, dentro de las materias reservadas por la Constitución a la Administración, se ubica la defensa de la competencia, en tanto ello supone el servicio a los intereses generales, que es pilar del concepto constitucional de las Administraciones Públicas, asumido por el artículo 141. Sólo que, en aras de su mayor objetividad, ha dispuesto el constituyente que la designación de la máxima autoridad de la Administración encargada de defender la libre competencia, será realizada por el Poder Legislativo. Delicada injerencia, sin duda, pero que encuentra sustento en la teoría de las Administraciones Independientes, de gran arraigo en el Derecho Comparado.

2. La vinculación de los funcionarios públicos a la libre competencia

Es realmente relevante el contenido del tercer párrafo de la disposición comentada. Según éste, 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 el artículo 334 del Texto de 1999, específicamente en lo relacionado con el comentado artículo 113.

En relación con la Administración, la disposición produce consecuencias más notables. 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 decimaoctava viene así a aclarar que no sólo los “particulares” deben respetar la libre competencia, sino que también la Administración (actuando como *potentior personae* 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 de 8 de diciembre de 2000, caso *Transporte Sicalpar*. La aplicación práctica de esa consideración supone, ciertamente, replantear las bases del Derecho de la Competencia en Venezuela, pues su ámbito de aplicación se reduce al desarrollo de actividades económicas, bien por los particulares, bien por el Estado.

²⁷ “La Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia: un ensayo para la determinación de su naturaleza y régimen jurídico”, en *Revista de la Fundación de la Procuraduría General de la República* N° 18, Caracas, 1997, pp. 41 y ss.

3. *El concepto de libre competencia desde otras normas constitucionales. Especial atención al artículo 299*

El estudio constitucional de la libre competencia no puede partir de la interpretación aislada y unilateral del artículo 113, sino que, por el contrario, debe integrarse dentro del análisis global de las cláusulas económicas del Texto de 1999. Algunas referencias concretas han de ser formuladas.

De esa manera, y en primer lugar, el artículo 113 es consustancial al artículo 112, que reconoce la libertad económica. La aptitud de competir de los particulares, como verdadero derecho, encuentra cobertura explícita en ésta norma, que encomienda a los Poderes Públicos promover la iniciativa privada, y con ella, la libre competencia. También juega papel importante el artículo 114, que refuerza –incluso, redundantemente– el carácter ilícito del abuso de la libertad económica.

Otra norma que permite aprehender el concepto constitucional de libre competencia es el artículo 117, que reconoce los derechos de los usuarios, y en especial, la libertad de elección, cuya efectiva tutela presupone la existencia de operadores económicos que libremente disputen entre sí a fin de ofrecer bienes y servicios. Pero además, la norma exige que tal disputa se realice en respeto a los principios de la buena fe, quedando proscritas las conductas basadas en informaciones engañosas o falsas. Cobertura constitucional, en estos términos, de la competencia desleal, con dos sentidos diferentes: en relación con la transparencia del mercado (artículo 113) y en relación con los derechos de los usuarios y consumidores (artículo 117).

Asimismo, reafirma el valor constitucional de la libre competencia, el artículo 299, que comprende a ésta dentro de los principios del orden socioeconómico, cuya promoción se encomienda, conjuntamente, al Estado y a la iniciativa privada. Manifestación explícita del principio de iniciativa, recibido en nuestro ordenamiento, que no acepta, así, el llamado principio de subsidiariedad.

Junto a estas normas, cabe analizar, también, las cláusulas constitucionales que reafirman el componente social de la economía de mercado. El propio artículo 112 deja a salvo las potestades de limitación de los Poderes Públicos, basadas en el impulso del desarrollo integral del país, tal y como hacen, con mayor énfasis, los artículos 301 y 302 de la Constitución. Los Poderes Públicos se encuentran emplazados, así, a intervenir en el orden económico, a fin de asegurar la efectiva tutela de necesidades de relevante interés social, intervención que en ciertos casos (i.e.: artículos 305 al 310), deja muy marginado el alcance práctico de la libre competencia. En la cúspide de estas normas se ubica el artículo 2, norma jurídica que erige a Venezuela en Estado social, exhortando, e incluso emplazando la actuación positiva de los Poderes Públicos. La cláusula del Estado social, como se ha dicho, modula el concepto constitucional de libre competencia.

IV. A MODO DE RECAPITULACION: LA REFORMA POSIBLE DE LA LPPLC

Que el Poder Legislativo deba reformar la LPPLC, no es, actualmente, cuestión sometida a debate. Tal reforma viene, como ha quedado dicho, directamente impuesta por la Constitución. Reforma del marco institucional aplicable. El titular del órgano administrativo llamado a ejercer la defensa de la competencia ha de ser, así,

designado por la Asamblea Nacional, con lo cual tal órgano pasará a considerarse una Administración Independiente. Caracterización que, advertimos, solamente debe reflejarse en esta peculiar nota, llamada a asegurar su —llamada— neutralidad política.

Reforma, también, de las prohibiciones enumeradas en la LPPLC. Son varios los aspectos que deben ser estimados. Nos referiremos, únicamente, a los tres principales, en sus rasgos más generales.

En primer lugar, la Constitución de 1999 impone matizar la aplicación de las prohibiciones, a fin de permitir una valoración más laxa de los efectos anticompetitivos que pueden derivar del ilícito ejercicio de la iniciativa económica de operadores públicos o privados. Preferencia, así, por la regla de la razón. La flexibilización propuesta debería alcanzar, también, al daño al mercado como criterio determinante de aplicación del sistema administrativo de defensa de la competencia, pues ello reduce la protección que pueda dar la Administración a lesiones subjetivas a la libertad económica.

En segundo lugar, debe analizarse con detenimiento la pretendida “objetivización” del sistema de defensa de la competencia que derivaría del artículo 113: la tutela de ese bien jurídico procederá respecto de la actividad comercial de las empresas que, con independencia de su voluntad, derive en la existencia de un monopolio. Sin embargo, pretender instaurar un sistema objetivo de responsabilidad, contradice las garantías de los particulares que dimanarían del artículo 49 de la Constitución, pues no debe olvidarse que la defensa de la competencia se exterioriza a través de sanciones administrativas, cuya aplicación ha de presuponer la culpabilidad del agente infractor. En cualquier caso, y como hemos venido señalando, no puede interpretarse el artículo 113 de manera literal. La mención que hace la norma debe referirse, por tanto, a la justificación de las prácticas contrarias a la libre competencia, lo que nos reconduce a la regla de la razón: aún cuando la intención no fuere la explícita restricción de la competencia, toda afectación a la aptitud de competir, que no responda a razones comerciales plausibles, será reputada ilícita.

Finalmente, y en tercer lugar, la reforma de la LPPLC debe ampliar su ámbito subjetivo de aplicación, a fin de incluir, también, a las Administraciones Públicas cuando ejerzan verdaderas potestades públicas. Estas, incluso con más intensidad que los actos y actuaciones comerciales, pueden derivar en ilícitas restricciones a la aptitud de competir de los particulares. Probablemente en la instrumentación de esta reforma reside la tarea más delicada que debe afrontarse al adecuarse la LPPLC a las normas constitucionales sobre libre competencia.