

LA TEORÍA DE LA OBLIGACIÓN EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y LA REGULACIÓN ECONÓMICA

José Amando MEJÍA BETANCOURT

Abogado de la UCAB. Doctor de la Universidad de París (II). DSUP en Finanzas Públicas, DSUP en Derecho Administrativo y DSUP en Derecho Comercial, en la Universidad de París (II). Miembro de la Sociedad de Legislación Comparada de París. Profesor universitario. Tiene una tesis doctoral y más de cincuenta artículos publicados.

Recibido 22-8-2021 Aprobado 8-9-2021

Revista Tachirensis de Derecho N° 7/2021 Edic. Digital - 32/2021 Edic. Ordinaria ISSN: 1316-6883 125-148

Resumen

El “Derecho de la competencia y la regulación económica”, además de su actualidad, tiene una gran complejidad teórica, institucional y técnica, que requiere de un manejo conceptual que lo haga accesible y legible. Su estudio desde la perspectiva de la “teoría de la obligación” puede contribuir a estos propósitos y proporcionarle además unicidad y coherencia.

Palabras clave

Derecho. Competencia. Obligación. Regulación Económica.

Abstract

The “Law of competition and economic regulation”, in addition to its actuality, has a great theoretical, institutional and technical complexity, which requires a conceptual management that makes it accessible and legible. Its study from the perspective of the “theory of obligation” can contribute to these purposes and also provide uniqueness and coherence.

Key words

Law. Competition. Obligation. Economic regulation.

SUMARIO: Introducción: Mercado y libertad económica. I. La teoría de la obligación en el Derecho público. II. Competencia, obligación y mercado. III. Regulación económica, redes y plataformas. IV. El impacto del cambio a la competencia. Conclusión: La seguridad jurídica competitiva.

Introducción: Mercado y libertad económica

El establecimiento de una economía de mercado requiere de un régimen jurídico que la haga funcionar adecuadamente que se conoce como el “Derecho de la competencia y la regulación económica”. Lo que plantea problemas políticos, jurídicos y económicos, de orden teórico y práctico, interesantes y hasta polémicos, pero, aquí, solo podemos concretarnos a teorizar la expresión y significado jurídico del comportamiento de los participantes en el mercado, es decir, tratar el asunto del cumplimiento por los operadores de las reglas jurídicas de la competencia desde la perspectiva de la “teoría de la obligación”.

La doctrina jurídica comparada viene señalando que hay necesidad “de avanzar en la construcción de un régimen jurídico cada vez más coherente y sistemático. No obstante, no parece que se haya conseguido todavía construir una categoría jurídica alrededor de la regulación que desemboque en un régimen jurídico diferenciado”¹. Sin embargo, en el Derecho europeo se reconoce que de las normas comunitarias y de su trasposición a las realidades nacionales, como en el caso español, deriva una gran coherencia normativa. “En los últimos veinte años hemos observado la adopción de un nuevo marco normativo e institucional, con una ya voluminosa práctica administrativa e incluso un naciente cuerpo jurisprudencial. Es de destacar la coherencia identificable en el nuevo marco. La normativa, las instituciones, los procedimientos y las garantías presentan una gran homogeneidad en sectores bien diferentes. Además, se observa una aproximación coherente e incluso sistemática entre regímenes dispares como la entrada al mercado, el acceso a redes, las obligaciones de servicio público y las ayudas públicas, y algunos otros. Esta coherencia no puede más que explicarse por el origen común del nuevo marco en las instituciones comunitarias y en concreto en la Comisión Europea”². Como en América Latina no se dispone de una referencia institucional exógena común que produzca esa coherencia interna en los Derechos nacionales como se observa en el Derecho

¹ Juan José MONTERO PASCUAL. “Regulación Económica”. Tirant lo blanch. Valencia. España. 2020. P. 40.

² Juan José MONTERO PASCUAL. “Regulación Económica”. Tirant lo blanch. Valencia. España. 2020. P. 42

europeo, con este trabajo queremos participar en la discusión académica proponiendo utilizar la “teoría de la obligación” como estructura jurídica de un régimen coherente y sistemático del “Derecho de la competencia y la regulación económica”³. Plantear la “obligación de competir” como categoría jurídica fundamental, que contribuya a darle forma y hacerlo evolucionar, tal y como ha ocurrido con el Derecho tributario latinoamericano que nos sirve de inspiración y modelo en esta reflexión.

Desde que se instaló la competencia en aquellos sectores que antes eran monopolios, se demostró la superioridad indiscutible de la economía de mercado como “organización económica fundada sobre el mercado”⁴, como elemento fundamental del desarrollo y quedó superada la discusión sobre el modelo más eficiente para promover e impulsar el crecimiento de la economía⁵. Hoy en día en Europa pasó al olvido todo vestigio significativo, por ejemplo, de una política pública de planificación económica y son las fuerzas del mercado las que indican la dirección del desarrollo económico. El Estado sigue jugando un papel de importancia en la realidad económica pero nunca como antes, la lucidez política se ha adaptado a la realidad económica. El desarrollo del “Derecho de la competencia y la regulación económica” es una demostración de que las cosas han cambiado sustancialmente en el orden económico europeo.

A esta nueva realidad de la economía de mercado debe adaptarse el Derecho administrativo, que ha pasado de ser un Derecho de la intervención económica del Estado a un Derecho de la regulación de la libre competencia. Ya no se puede seguir pensando en un Derecho administrativo de los servicios públicos industriales y comerciales, sino en un Derecho administrativo regulatorio del funcionamiento de la competencia en esos sectores. El Derecho administrativo ha pasado de ser un Derecho del funcionamiento del Estado prestacional, a un Derecho garante del funcionamiento eficiente de la libre competencia⁶.

3 Esta edición homenaje a María Candelaria Domínguez Guillen, ilustre civilista, es una oportuna ocasión.

4 Roger GUESNERIE. “L’ économie de marché”. Pöche-Le Pommier. París. 2013. P. 9.

5 Ver: Laurent BRAQUET y David MOUREY. “Économie Principes fondamentaux”. deboeck. Louvain. Bélgica. 2019. “El crecimiento económico no es el desarrollo...” “El desarrollo designa el conjunto de transformaciones técnicas, sociales, demográficas, estructurales, culturales, políticas y jurídicas que acompañan el crecimiento de la producción”. P. 186.

6 Ver: Víctor HERNÁNDEZ-MENDIBLE. “Telecomunicaciones, regulación y competencia”. EJV. Caracas. 2009. “La Regulación Económica. Tendencias actuales de Derecho Público”. En: “Libro Homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello en su 50 Aniversario”. UCAB. Caracas. 2004. “Economía social de mercado en el Estado de garantías de prestaciones”. En: “Desafíos de la República en la Venezuela de hoy. (Homenaje a José Guillermo Andueza). Memoria del XI congreso Venezolano de Derecho Constitucional”. UCAB. Caracas. Tomo II. 2013. “La regulación para la consecución de objetivos de interés general en el Estado de garantías de prestaciones”. En: “*Derecho Administrativo y Regulación Económica*”. *Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortíz*. (Coords. Juan Miguel de la Cuétara Martínez, José Luis Martínez López-Muñiz, Francisco J. Villar Rojas). La Ley. Madrid. 2011. Y, José ESTEVE PARDO. “Estado Garante. Idea y realidad”. Inap. Madrid. 2015.

El punto de partida que justifica esta evolución del Derecho administrativo, además del razonamiento sobre la necesidad de garantizar la eficiencia competitiva del mercado, lo constituye el argumento de respetar el derecho fundamental a la libertad económica del ciudadano dentro de la democracia constitucional. En un estado democrático no solo se trata de reconocer y garantizar el ejercicio del derecho a la libertad política de los ciudadanos, sino, también, de su derecho a la libertad económica, conocido como el Derecho a la libertad de comercio, industria y empresa, que requiere precisamente de un mercado libre y competitivo para su efectiva justificación, realización, efectividad y disfrute⁷. Ambos argumentos se juntan en una misma dirección como justificación del mercado competitivo: su indiscutible eficiencia y efectividad como modelo económico y la necesidad de garantizar la plena libertad económica de los ciudadanos⁸.

El “Derecho de la competencia y la regulación económica”, además de su actualidad, tiene una gran complejidad teórica, institucional y técnica, que requiere de un manejo conceptual que lo haga accesible y legible. Su estudio desde la perspectiva de la “teoría de la obligación” puede contribuir a estos propósitos y proporcionarles además unicidad y coherencia.

I. La teoría de la obligación en el Derecho público

Al hablar de la obligación lo primero que se asoma al espíritu es su origen civil, lo que nos hace asimilarla inicialmente como institución de Derecho civil para luego poder entenderla en su manifestación como institución de Derecho público. Lo que nos lleva de inmediato a reflexionar sobre la influencia que ha tenido la teoría de la obligación civil en el Derecho administrativo. Se trata de comprender “el juego que las instituciones civiles han prestado en la génesis del Derecho Administrativo, de sus instituciones, de sus mismos conceptos”⁹ y el papel que la técnica civil ha podido prestar al Derecho administrativo y tributario.

Como señala el Profesor español Sebastián Martín-Retortillo, “las instituciones y los conceptos jurídico-privados han servido de base para que se formara buen número de conceptos y de instituciones administrativas”; el Derecho civil ha venido haciendo un préstamo de esquemas, técnicas e instituciones al Derecho

⁷ Ver: Marie MALAURIE-VIGNAL. “Droit de la concurrence interne et européen”. Sirey. París. 2020. P. 1.

⁸ En Venezuela la democracia se ha valorizado casi exclusivamente desde el punto de vista de las libertades políticas, pero muy poco o casi nada como respeto a las libertades económicas de los ciudadanos. Recordemos que de los cuarenta años de democracia las libertades económicas estuvieron suspendidas durante treinta años. Ver: Manuel RACHADELL. “Evolución del Estado venezolano 1958-2015: de la conciliación de intereses al populismo autoritario”. EJV. Caracas. 2015. P. 67.

⁹ Sebastian MARTIN-RETORTILLO BAQUER. *El Derecho Civil en la Génesis del Derecho Administrativo y de sus Instituciones*. Civitas. Madrid. 1996.

administrativo; y un conjunto de conceptos centrales en torno a los cuales se ha edificado el Derecho administrativo se han desarrollado conforme al esquema que facilitó el Derecho privado. Existe “un verdadero préstamo, una verdadera cesión de técnicas”. Cuando el Derecho administrativo construyó la formulación sistemática de sus conceptos e instituciones, acudió al Derecho civil; y, por tanto, a “la estructuración de la materia administrativa con principios “análogos” a los ya formulados en el Derecho civil...”. “El Derecho administrativo se formó teóricamente en un medio jurídico impregnado de tendencias y de tradiciones civiles, gracias a la obra de administradores, jueces, y miembros del Parlamento que habían sido formados en la escuela del Derecho civil y del Derecho romano”¹⁰.

La teoría de la obligación ingresa al Derecho público durante el siglo XIX con el desarrollo del Derecho administrativo, que para afirmarse buscó su autonomía del Derecho privado. “Posteriormente un área del Derecho administrativo se perfila también de manera autónoma y aparece el Derecho tributario, que regula la relación jurídica que se produce con la creación de prestaciones forzosas de carácter pecuniario a cargo del ciudadano. Ésta se conoce como relación jurídico tributaria y su régimen jurídico se le encomienda al Derecho tributario, que comienza a manifestarse con perfiles propios dentro del Derecho administrativo hasta independizarse de él, y constituir una nueva disciplina jurídica autónoma”¹¹. Pero, es indudable, que “cuando el Derecho administrativo hubo de llevar a cabo la formulación sistemática de sus conceptos, de sus instituciones, no pudo sino acudir al Derecho civil, poseedor ya entonces de una milenaria tradición técnicamente depurada”¹².

La teoría de la obligación en el Derecho tributario venezolano proviene de la influencia del Derecho público alemán y en particular lo que significó la teoría del Fisco para su construcción científica. Que se materializó vía el Código Orgánico Tributario de 1982, como un cambio de trascendental importancia¹³.

¹⁰ Sebastian MARTIN-RETORTILLO BAQUER. *El Derecho Civil en la Génesis del Derecho Administrativo y de sus Instituciones*. Civitas. Madrid. 1996.

¹¹ El Derecho Tributario es un derecho que se ha independizado del Derecho Administrativo adquiriendo un alto grado de especificidad y autonomía en sus aspectos materiales. Ver: Fernando GARRIDO FALLA. *Tratado de Derecho Administrativo*. Volumen II. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1982. Pág. 228. Donde afirma: “Las prestaciones en dinero constituyen la teoría del impuesto y forman parte de una disciplina autónoma (por lo menos desde el punto de vista didáctico) que es el Derecho Fiscal”. Y, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. Thomson Civitas. Madrid. 2006. Pág. 125. Donde se señala que las prestaciones en dinero, o reales, constituyen normalmente la materia del Derecho Tributario como disciplina autónoma: son las prestaciones tributarias. “Su estudio ha de remitirse íntegro al Derecho Tributario, que es una rama especializada, y ya separada definitivamente del Derecho Administrativo”.

¹² Sebastian MARTIN-RETORTILLO BAQUER. *El Derecho Civil en la Génesis del Derecho Administrativo y de sus Instituciones*. Civitas. Madrid. 1996. Pág. 33.

¹³ Ver: José Amando MEJÍA BETANCOURT. “La teoría de la obligación tributaria en el Derecho Público venezolano”. En: “30 años Codificación del Derecho Tributario en Venezuela.

El Derecho civil prestó al Derecho tributario su institución fundamental: la obligación. La cual ya había sido incorporada tempranamente al Derecho tributario alemán con la “Ordenanza Tributaria Alemana”, que data en su versión original del 13 de diciembre de 1919. La que en su versión actual establece en su Parte Segunda: “De la Obligación Tributaria”¹⁴. De manera que, en Alemania, en primer lugar, se desarrolló la teoría del Fisco y posteriormente a partir de la Ordenanza Tributaria de 1919, como una consecuencia, la Teoría de la Obligación Tributaria¹⁵.

En Venezuela, si bien se aceptó desde el Código de Guzmán de 1873 la teoría del Fisco, no fue sino hasta el Código Orgánico Tributario de 1982 cuando se incorporó al Derecho tributario la teoría de la obligación tributaria. La Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional que reguló el Derecho tributario desde 1918 hasta 1982, concibió la relación jurídica tributaria como una relación de poder, siguiendo la teoría general del impuesto conforme a la tradición del derecho administrativo y tributario francés. En el sentido que del impuesto surge una relación jurídica impositiva, de sujeción y sometimiento, una relación jurídica forzosa de coacción¹⁶. Donde, precisamente, la actividad de coacción de la Administración tributaria produce un acto de imposición, un acto administrativo de autoridad, que fuerza a una prestación, a una exacción. La vieja Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional responde a cabalidad a ese criterio orgánico del Derecho administrativo francés y concibe al Derecho fiscal¹⁷ como un derecho interno del Fisco para procurarse los recursos necesarios para cubrir las cargas públicas¹⁸.

Tomo I Derecho Tributario Sustantivo”. “Memorias de las XI Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario”. AVDT. Caracas. 2012. Pág. 367. Y, “La configuración histórica del derecho tributario”. En: “Temas de Actualidad Tributaria”. Libro Homenaje a Jaime Parra Pérez. Academia de Ciencias Políticas. AVDT. Caracas. 2009. Pág. 421.

¹⁴ Heinz PAULICK. La Ordenanza Tributaria de la República Federal Alemana su función y significado para el derecho Tributario. Estudio Preliminar. Ordenanza Tributaria Alemana. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid. 1980.

¹⁵ La teoría del Fisco concebía “como de Derecho civil las relaciones jurídicas de soberanía que constituían el fondo de las demandas contra el Fisco”. Por lo tanto, es fácil entender como en este contexto surge en Alemania la Teoría de la Obligación Tributaria. Ver: Sebastian MARTIN-RETORTILLO BAQUER. *El Derecho Civil en la Génesis del Derecho Administrativo y de sus Instituciones*. Civitas. Madrid. 1996. Pág. 40.

¹⁶ A diferencia, a partir del Código Orgánico Tributario de 1982, del impuesto y de cualquier tributo surge una obligación tributaria. Una relación jurídica conformada como una relación obligatoria.

¹⁷ La Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional no contiene el concepto de tributo ni de lo tributario; habla de los impuestos y contribuciones.

¹⁸ La Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional se refiere al concepto de contribución y concibe a la relación que surge de la contribución como una relación impositiva; de la cual se deriva una deuda o “cuota exigible”. Y que, al establecerse la “contribución” deben determinarse “las obligaciones de los contribuyentes” (Art. 45), entendidas éstas, además de la deuda, fundamentalmente, como los deberes formales de declarar y llevar registros contables. No es fácil

Específica y concretamente, la introducción en Venezuela de la teoría de la obligación tributaria se debe al “Proyecto de Código Orgánico Tributario OEA – BID” que inspiró a nuestro Código Orgánico Tributario¹⁹. Lo cual es indicativo que la influencia del Derecho administrativo alemán fue significativa tanto en nuestro medio como en la construcción del derecho tributario latinoamericano. También debemos tener en cuenta la influencia del Derecho italiano, que desde muy temprano doctrinariamente identificó la configuración de la relación jurídica tributaria como una obligación tributaria²⁰, pero que está ubicado en una situación intermedia, en una situación puente, ya que, “el desarrollo dogmático italiano, está influenciado, en la faceta que podemos considerar como política, por el planteamiento francés; en el aspecto estrictamente técnico-jurídico, recibe, y a su vez desarrolla, la línea marcada en el Derecho alemán”²¹.

Una apuntación adicional para señalar que el Derecho Tributario Francés no conoce el desarrollo de la teoría de la obligación tributaria y la explicación de la relación jurídica tributaria y del Derecho tributario se hace en el país galo a partir de la “Teoría General del Impuesto”²². Lo que es indicativo que la influencia del Derecho fiscal francés llegó hasta la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, luego no podemos buscar en él la explicación de la aparición de la teoría general de la obligación tributaria en el Derecho público venezolano.

II. Competencia, obligación y mercado

El establecimiento de una “economía de mercado”, la creación de un mercado en un determinado sector económico o el cese de la intervención del Estado en un área de la economía y su transformación y sometimiento a las reglas del mercado conlleva el surgimiento de una “obligación de competir”, para todos aquellos operadores económicos que ingresan como oferentes de productos y servicios en el mercado. Para que el modelo de mercado funcione es necesario que exista competencia entre los operadores y el “Derecho de la competencia” garantiza, justamente, su existencia en el mercado. Cuando se participa en un mercado ofreciendo a la venta bienes y servicios se hace pues en condiciones

interpretar los fundamentos del Derecho tributario que concibe la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional desde la perspectiva actual; la semántica o significado de sus conceptos es confusa y distinta; pero algo sí está claro: la teoría de la Obligación Tributaria no existe en ella.

19 José Andrés OCTAVIO. “El Proyecto de Código Tributario en Venezuela”. *Revista de Control Fiscal* N° 89. Contraloría General de la República. Caracas. 1978. Pág. 23.

20 Ver: Antonio BERLIRI. *Principios de Derecho Tributario*. Volumen II. (Consagrado a la Obligación Tributaria). Editorial de Derecho Financiero. Madrid. 1973. Traducción Narciso Amoros Rica y Eusebio Gonzalez García.

21 Sebastian MARTIN-RETORTILLO BAQUER. *El Derecho Civil en la Génesis del Derecho Administrativo y de sus Instituciones*. Civitas. Madrid. 1996. Pág. 47.

22 Gaston JÉZE. *Cours de Finances Publiques*. 1935-1936. LGDJ. Paris. 1936. Pág. 31.

de “libre competencia”²³. Lo que es la razón y fundamento del origen norteamericano de este Derecho, conocido como Derecho “antitrust”, cuando se dieron cuenta que el mercado no podía funcionar si no se garantizaba una libre competencia. La técnica económica ha hecho aprender la realidad que sin competencia el mercado no funciona y se distorsiona. Hay necesidad que una norma jurídica asegure, proteja y de certeza a que se den y mantengan las condiciones idóneas y necesarias para que la competencia exista.

El mercado espontáneamente no produce libre competencia. La historia de los hechos económicos ha enseñado que cuando no se garantiza jurídicamente la competencia, se produce una distorsión y una desviación hacia el monopolio de las fuerzas del mercado, que cesan de competir entre ellas y se produce la situación contraria a la competencia. Donde un pequeño grupo controla los intercambios económicos y deja entonces de ser un mercado competitivo para transformarse en un mercado monopólico, manejado por la voluntad de unos pocos. La existencia del moderno Derecho de la competencia, del “Derecho antitrust” y la regulación económica, ha significado en Estados Unidos someter a la competencia sectores monopólicos y en Europa ha producido el desmantelamiento de los monopolios públicos para instalar la competencia. El fenómeno del monopolio se dio de una manera muy parecida y planteando los mismos problemas técnicos en los dos lados del Atlántico. La diferencia fundamental consistió que en Estados Unidos los monopolios estaban en manos de empresas y operadores privados, mientras que en Europa los asumió el Estado bajo la figura de las empresas públicas. En EEUU surgió a finales del siglo XIX la función pública de “regulación de los monopolios” y un siglo después, a partir de los años mil novecientos ochenta, se inició un proceso de “desregulación” y desmantelamiento para someter esos sectores monopólicos a la competencia, dando origen a un nuevo modelo de “regulación para la competencia”²⁴.

La gran virtud que se le reconoce a la competencia es que permite el establecimiento real de los precios y mejora la calidad de los productos. Los operadores compiten entre ellos ofreciendo las mejores condiciones de precio y calidad de los bienes y servicios, lo que constituye un estímulo permanente a la creatividad, la innovación y la productividad, todo en beneficio del consumidor que por lo tanto decide que bienes y servicios adquiere en función de las condiciones de precio y calidad de las diversas ofertas de bienes y servicios en el mercado²⁵.

23 La doctrina jurídica especializada suele conceptualizar la competencia como “libre”, para enfatizar que no puede estar sometida ni controlada por la voluntad de determinados operadores económicos o por el Estado.

24 Ver: José ESTEVE PARDO. “La regulación de industrias y *public utilities* en los Estados Unidos de América. Modelos y experiencias”. En: Santiago MUÑOZ MACHADO. (Director) “Derecho de la Regulación Económica”. Tomo I. “Fundamentos e Instituciones de la Regulación”. Iustel. Madrid. 2009. P. 293.

25 Ver: Hugo FARIA. “El encarecimiento injusto”. Cedice. Caracas. 2010.

El Derecho de la competencia constituye una limitación legal de la libertad de industria, comercio y empresa, que obliga al disfrute de las libertades económicas dentro de las condiciones establecidas por la competencia e impide que se imponga la voluntad de unos pocos en detrimento de la mayoría. Lo que hace de la competencia un bien jurídico a proteger por el Estado que requiere ser cuidado y garantizado para el disfrute de todos. Se trata también de un interés público de primera importancia en el orden económico para controlar la inflación y mantener la estabilidad de la moneda.

Participar en el mercado significa que los operadores económicos²⁶ deben competir entre ellos. La Ley crea una obligación jurídica de competir para los operadores de conformidad con las condiciones y reglas establecidas en la normativa y que los vincula a pesar de no haberse querido comprometer voluntariamente. La ley tiene una función garantista de otorgar seguridad al sistema de mercado, “basadas en el principio general “neminem laedere” (evitar dañar a otro sin derecho)”²⁷.

Existe la obligación de participar en el mercado de manera competitiva, tanto desde un punto de vista jurídico porque lo establece la ley, como económico, pues, de no hacerlo, el operador económico desaparece del mercado. Las reglas jurídicas obligan a la competición económica e imposibilitan comportamientos que falsean, impidan o distorsionen la libre competencia. La obligación de competir comprende obligaciones “de hacer” como de “no hacer”, que recaen sobre el propio competidor. Cuando el objeto de la obligación es una prestación “de hacer”, “facere”, la conducta o comportamiento obligatorio del operador económico consiste en desarrollar una actividad. Las obligaciones de “no hacer”, “non facere”, denominadas también como obligaciones negativas, consisten en no hacer algo y “obligan al deudor a abstenerse de realizar o entregar aquello que la obligación prohíbe. Se trata de un comportamiento negativo...” “También se ha indicado que este “no hacer” puede referirse a: 1) una abstención concreta, es decir, una pura y simple actividad, 2) soportar una actividad específica, permitiendo una actividad determinada por parte del acreedor sin que sea obstaculizada por el deudor u obligado”²⁸. El derecho de la competencia consiste mayormente en obligaciones de “no hacer”, cuyo incumplimiento acarrea sanción. El Derecho de la regulación económica consiste fundamentalmente, además, en obligaciones “de hacer”.

El Derecho de la competencia se ha ampliado modernamente al añadir el capítulo del “Derecho de la regulación económica”. El Derecho de la

²⁶ La literatura jurídica especializada llama normalmente “operadores económicos” a los agentes, personas o empresas que participan en un mercado como oferentes de bienes y servicios. Y “consumidores” a quienes participan en la demanda de dichos bienes y servicios.

²⁷ Ángel ACEDO PENCO. “Teoría General de las Obligaciones”. Dykinson. Madrid. 2019. P. 16.

²⁸ Ángel ACEDO PENCO. “Teoría General de las Obligaciones”. Dykinson. Madrid. 2019. P. 41.

competencia ha sido tradicionalmente un Derecho general, proveniente del Derecho privado civil y mercantil, aplicable a todas las actividades económicas que los ciudadanos pueden realizar en ejercicio de sus libertades económicas. Mientras que, el “Derecho de la regulación económica” es un nuevo Derecho administrativo especial, aplicable a las actividades que los particulares pueden realizar conforme a las reglas de la competencia, en aquellas áreas económicas que antes estaban reservadas y eran objeto de la intervención del Estado. Estos sectores económicos se “des-publificaron”, dejaron de ser monopolios estatales y ahora se ordenan económica y jurídicamente bajo las reglas del mercado y la competencia. Son los llamados por el Derecho administrativo “servicios públicos industriales y comerciales”, que dejan de serlo y se someten a las reglas de la competencia. Y, el Estado debe someterse a la competencia si desea participar como operador económico²⁹. La regulación económica consiste, precisamente, en crear condiciones para que funcione y exista la competencia en ellos. La regulación económica surge en Europa como consecuencia de un proceso de liberación de la economía que comenzó a finales de los años 1980 del siglo pasado³⁰.

Esta materia como vemos tiene dos grandes áreas, la libre competencia y la regulación económica, estrechamente vinculadas, lo que explica su manejo conjunto y complejidad conceptual y técnica. El Derecho de la competencia proviene del Derecho privado y la regulación económica del Derecho Público, ambas conviven y forman hoy una misma disciplina jurídica que regula bajo las mismas condiciones al sector público y al privado. Constituyen un Derecho unificado que se aplica indistintamente por los tribunales de la jurisdicción civil y mercantil como por los de la contencioso-administrativa. Esta sumisión del Estado y de los particulares a las mismas reglas de la competencia sin casi excepciones, ha llevado a un debate doctrinal sobre la naturaleza y ubicación de este Derecho que de alguna manera ha borrado la frontera entre lo público y lo privado. La doctrina habla incluso de “imperialismo del Derecho de la competencia”, al observar que toda empresa, privada o pública, está sometida a las mismas leyes de la competencia³¹.

El “Derecho de la competencia” es un Derecho general que consiste primordialmente en un conjunto de obligaciones “de no hacer” establecidas en la Ley y, aquí, la relación jurídica obligatoria se establece entre los operadores

²⁹ Ver: Marie MALAURIE-VIGNAL. “Droit de la concurrence interne et européen”. Sirey. París. 2020. P. 49.

³⁰ En el Caso Venezolano, durante el segundo gobierno de Carlos Andrés Pérez (1989-1993), siguiendo la tendencia de liberalización de la economía que definitivamente se impuso en Europa, se intentó lucidamente establecer una economía de mercado competitiva, que, como sabemos, fue rechazada por la elite política, académica y empresarial venezolana. Su promotor terminó preso y desprestigiado.

³¹ Marie MALAURIE-VIGNAL. “Droit de la concurrence interne et européen”. Sirey. París. 2020. P. 77.

económicos. Comprende, por una parte, el “derecho de protección a los operadores”, que se conoce como el “Derecho de la competencia desleal”, donde dos grandes áreas lo conforman, una, la protección de los competidores contra las prácticas desleales comerciales, como las cláusulas abusivas y desproporcionadas, ruptura brutal de relaciones comerciales, obligaciones de no competir, etc. Y, otra, las prácticas típicas de la competencia desleal, como, la imitación, el parasitismo económico, la desorganización, las prácticas denigrativas, etc. Por otra parte, comprende el “derecho de protección del mercado” que organiza el Derecho antimonopolio o “antitrust”, como, por ejemplo, las ententes, el abuso de posición dominante, abuso de dependencia, las concentraciones económicas, etc.³². La literatura jurídica especializada considera a las violaciones de estas obligaciones “de no hacer” como “prácticas anticompetitivas”, que pueden acarrear el resarcimiento civil de daños y perjuicios causados.

El “Derecho de la regulación económica” es, por su parte y principalmente un Derecho especial de obligaciones “de hacer” o de “no hacer”, establecidas en la Ley o por la autoridad administrativa de regulación económica. Aquí se crea una relación jurídica obligatoria tanto entre el operador económico y la autoridad administrativa regulatoria como entre los operadores económicos. La violación por el operador económico de dichas obligaciones “de hacer” o de “no hacer”, acarrea normalmente una sanción administrativa y, eventualmente, el resarcimiento civil de daños y perjuicios causados³³. El operador económico debe respetar, además, las reglas generales de la libre competencia aplicables. La integración y complementariedad de estos dos Derechos es una realidad en Europa, como el caso español, donde se creó una única autoridad administrativa en materia de Derecho de la competencia y regulación económica³⁴.

El objeto de la obligación de competir, de hacer o de no hacer, es de orden y contenido técnico económico. Son las reglas de la economía las que se aplican y le indican al operador como competir y cuál debe ser la conducta debida, su comportamiento a que el vínculo obligatorio lo sujeta. La prestación considerada como objeto de la obligación³⁵, de hacer o de no hacer, tiene un contenido económico y tanto los operadores económicos como las autoridades administrativas de regulación, tienen como referencia el ajustarse necesariamente

³² Ver: Marie MALAURIE-VIGNAL. “Droit de la concurrence interne et européen”. Sirey. París. 2020.

³³ Sílvia GÓMEZ TRINIDAD. “Guía de buenas prácticas en el ejercicio de acciones judiciales de daños y perjuicios por infracciones de Derecho de la competencia”. Marcial Pons. Madrid. 2021.

³⁴ Ver: Juan José MONTERO PASCUAL. “La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Entre la actividad administrativa de regulación y el Derecho de la competencia”. Tirant lo blanch. Valencia. España. 2013.

³⁵ Ángel ACEDO PENCO. “Teoría General de las Obligaciones”. Dykinson. Madrid. 2019. P. 35.

a las reglas del mercado que indican cual debe ser el comportamiento debido y el contenido de la prestación de hacer o de no hacer. Las reglas económicas del mercado juegan un papel fundamental a la hora de interpretar y valorar el contenido de la obligación de competir y sus violaciones por prácticas anticompetitivas. Lo que se conoce como el análisis económico del Derecho, que tiene como un objetivo fundamental garantizar la neutralidad competitiva³⁶.

Las reglas de la economía señalan los elementos que el operador debe tomar en cuenta para tener éxito compitiendo en el mercado. Es la perspectiva microeconómica la que le da contenido a su actividad de competir sin que tenga que someterse a reglas jurídicas en el desarrollo de su actividad económica competitiva. La ley solo señala la necesidad de respetar unas reglas para participar en el mercado como un competidor, pero, la economía le indica al operador cómo debe hacer para competir exitosamente. El operador tiene completa libertad económica para decidir sobre su actividad competitiva. La microeconomía le indica al competidor cual debe ser su comportamiento que él decide en toda libertad, sus decisiones son individuales y libres en base a las reglas económicas. Esta referencia económica tiene un importante impacto jurídico cuando se procede a evaluar el comportamiento competitivo o anticompetitivo de un operador económico³⁷.

En una economía de mercado el operador como productor establece el vínculo entre la producción y la demanda. Busca un beneficio, percibe la demanda y asumen el riesgo y la incertidumbre. Busca responder a las necesidades de los consumidores y moviliza recursos, mano de obra, máquinas, tierra, y realiza innovaciones. El operador debe decidir que producir y en qué cantidad. El productor en un mercado competitivo toma en cuenta tres elementos: la fabricación de un bien, el costo de producción y la ganancia comercial. En la teoría microeconómica el productor maximiza su producción, su beneficio y busca minimizar sus costos de producción. Los factores de producción son todos los elementos necesarios a la producción de un bien o un servicio y utilizados en el proceso de producción, que son combinados conjuntamente para producir un bien o un servicio. Para medir la eficacia de su producción el empresario tiene necesidad de calcular la productividad que es un indicador de la eficacia de la combinación productiva, es la relación entre el volumen de producción realizada y la cantidad de factores de producción utilizados³⁸.

³⁶ Régis Lanneau. "Pour une analyse économique des interventions de l'État dans l'économie". Société de Législation Comparée. Paris, 2021. P. 89.

³⁷ Ver: Emilio José ARCHILA PEÑALOSA. (Editor). "Aproximación teórica a la aplicación del análisis económico del Derecho en materia de prácticas restrictivas de la libre competencia". Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2020.

³⁸ Ver: Laurent BRAQUET y David MOUREY. "Économie Principes fondamentaux". De Boeck Supérieur. Louvain-La-Neuve. Belgique. 2019. pp. 57-59.

Esta perspectiva económica en el funcionamiento del Derecho de la competencia y la regulación económica hace que esté adquiriendo fisionomía propia y autónoma, inscribiéndose en lo que en Europa se conoce como el Derecho de la economía³⁹.

III. Regulación económica, redes y plataformas

La instalación de una economía de mercado en aquellos sectores que eran “servicios públicos industriales y comerciales”, obliga al Estado a la sumisión a las reglas de la competencia⁴⁰. Lo que ha provocado el surgimiento de una nueva actividad administrativa: La actividad de regulación económica⁴¹ y de una nueva autoridad: la “autoridad administrativa de regulación económica”⁴², como institución democrática de la imparcialidad, garante de la neutralidad competitiva⁴³. El aspecto material de este nuevo Derecho es la finalidad de establecer la libre competencia en esos sectores económicos donde el sistema de prestación y gestión se funda en la titularidad pública de la actividad, monopolizados por el Estado y donde ha existido una presencia de órganos públicos por mucho tiempo, que hace necesaria una transición hacia la competencia y superar los escollos y problemas específicos que plantea dicha transición.

Como ha ocurrido en Europa en los importantes sectores económicos en redes, donde normalmente se manifiesta con mayor intensidad la regulación económica. Para nivelar las actividades que se realizan en ellas y llevarlas a un punto que permita la existencia de una libre competencia entre los operadores económicos. “Según una extendida concepción, sobre todo entre los economistas, la regulación estaría exclusivamente concentrada en las economías y servicios

39 Ver: Stéphane BRACONNIER. “Droit public de l’économie”. Puf. París. 2017. P. 58.

40 Marie MALAURIE-VIGNAL. “Droit de la concurrence interne et européen”. Sirey. París. 2020. P. 49.

41 José Amando MEJIA BETANCOURT. “La actividad administrativa de regulación económica”. Publicado en el Libro homenaje a José Luis Villegas Moreno. José ARAUJO-JUÁREZ y Víctor Rafael HERNÁNDEZ-MENDIBLE (Coordinadores). “Retos del Derecho Público en la tercera década del siglo XXI”. EJV – CERECO. Caracas. 2021. Página 619.

42 José Amando MEJIA BETANCOURT. “Las autoridades independientes de regulación económica”. Publicado en la *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. Edición homenaje a: Jesús Caballero Ortiz. Número 16. Caracas. 2021. Página 311. <http://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2021/06/RVLJ-16-1-24.pdf>

43 Aparece aquí una nueva forma de ejercicio del poder público que tiene autonomía, independencia y se legitima en la imparcialidad, neutralidad y la independencia. Hay una ruptura del criterio jerárquico que ha dominado a la Administración y aparece un nuevo modelo de estructura administrativa que se fundamenta en la posibilidad de crear contrapesos dentro de la propia estructura administrativa, a partir de una nueva concepción de la legitimidad democrática conocida como la “legitimidad de la imparcialidad”. Ver: Pierre ROSANVALLON. “La légitimité démocratique”. Éditions du Seuil. Points. Paris. 2008. P. 119.

que operan en red y en ello se encontraría la singularidad sustantiva de la regulación misma...”. “Lo que sí es cierto es que la ordenación de las redes e infraestructuras y la regulación de su uso y acceso han generado algunas de las fórmulas más novedosas de la regulación, lo que ha conferido un gran interés a este capítulo del Derecho regulatorio”⁴⁴.

En los sectores o industrias en red, “en los casos más evidentes existe una infraestructura soporte por la que circulan los viajeros o las mercancías. Es el caso del transporte por carretera o ferroviario, así como las telecomunicaciones, el sector eléctrico y el gasístico. En otros casos la infraestructura se limita a los nodos de la red, lo que no reduce su relevancia. Es el caso de los aeropuertos y los puertos. Incluso los servicios postales se estructuran en red, constituyendo los nodos las centrales de clasificación...”. “Estos sectores presentan una tendencia casi inevitable de estructurarse como oligopolios o incluso como monopolios. La competencia no siempre es efectiva y suele requerirse la intervención pública en defensa de la misma. Las industrias en red llevan décadas inmersas en un proceso de liberalización”⁴⁵.

Es decir, estos sectores se liberalizan⁴⁶ para que funcionen bajo el régimen de competencia y se produzca el mejor producto y precio. La competencia en los sectores en redes es benéfica para la economía en general y el mercado tiene necesidad de ser protegido contra los comportamientos nocivos de los operadores. La regulación busca el buen funcionamiento del mercado, en el sentido de que los precios sean fijados por el juego de la competencia y que la entrada y salida del mercado sea libre. Dentro de los sectores en redes el contenido de la obligación de competir la establece, normalmente, la autoridad reguladora que tiene la potestad de determinarla conforme a la Ley. Pero, lo usual en materia de libre competencia, es que se produzca una “autodeterminación” espontánea de la “obligación de competir” por el operador económico, que se ajusta a las referencias económicas del mercado, respetando los límites establecidos en la normativa.

También hay que tomar en cuenta que “en paralelo a la liberalización de las tradicionales industrias en red, se ha ido desarrollando el fenómeno de la digitalización y la aparición de las plataformas digitales, que plantean nuevos

44 José ESTEVE PARDO. “Principios de Derecho regulatorio”. Marcial Pons. Madrid. 2021. P. 149.45 Juan José MONTERO PASCUAL. “Regulación Económica”. Tirant lo blanch. Valencia. España. 2020. P. 171-172.

46 La literatura especializada de política económica suele denominar “liberalización” de la economía, al establecimiento de un libre mercado en aquellos ámbitos y sectores económicos que antes eran monopolios del Estado o sometidos a su intervención y estricto control. “La liberalización puede ser definida como el proceso de sustitución del protagonismo público en la gestión de un sector por el protagonismo del sector privado y en concreto de los mecanismos de la competencia en el mercado. Todos estos sectores fueron considerados servicios públicos. Esta calificación se ha ido eliminando, lo que ha tenido como consecuencia la apertura de los mismos a la competencia”. Ver: Juan José MONTERO PASCUAL. “Regulación Económica”. Tirant lo blanch. Valencia. España. 2020. P. 172.

debates sobre el acceso a las redes...”. “Las plataformas no sustituyen a los operadores de redes tradicionales, sino que hacen uso de sus infraestructuras y servicios para coordinarlos de una forma más novedosa, más eficiente gracias al uso de la tecnología y a la agregación de sistemas previamente fragmentados, creando efectos de red más potentes”⁴⁷. La tecnología y el internet han provocado el desarrollo de las plataformas digitales. “Las plataformas ayudan a conectar a usuarios y consumidores entre sí o con servicios y productos de las empresas; estas, así, ganan visibilidad y amplían la clientela; y eso, a su vez, genera una mayor oferta de productos y servicios”⁴⁸.

La “teoría de la obligación” como categoría jurídica favorece la construcción de un régimen jurídico cada vez más coherente, sistemático y diferenciado en los sectores en redes; y constituye una noción que la hace accesible, comprensible y proporciona sentido a una regulación para la competencia de las plataformas digitales.

Cuando después que el legislador ha establecido las normas de acceso en esos sectores, el regulador debe determinar, en cada caso, salvo excepciones⁴⁹, la “obligación de acceso” a cada operador que quiera entrar al mercado regulado. Esta “obligación de competir”, muchas veces se determina de una manera novedosa cuando adquiere la forma de “soft law” o “derecho flexible”⁵⁰, constituyendo entonces una obligación de “derecho flexible”, lo que es una situación inédita y nueva en el Derecho administrativo. El regulador dicta orientaciones o normas de “derecho flexible”, que de la misma manera las asume el operador como obligaciones de “derecho flexible”⁵¹.

La “teoría de la obligación”, permite y facilita un uso técnico-jurídico más restringido de la noción de “regulación” y asume la centralidad en la estructura del régimen jurídico de la competencia. Se presenta como el elemento vertebrador de la regulación económica dentro del amplio campo de la competencia, dándole consistencia y estructura interna al Derecho regulatorio además de facilitarle

47 Juan José MONTERO PASCUAL. “Regulación Económica”. Tirant lo blanch. Valencia. España. 2020. P. 177 y 179.

48 Esther ARROYO AMAYUELAS y otros. “Servicios en plataforma. Estrategias regulatorias”. Marcial Pons. 2021. P. 21.

49 Cuando se establecen condiciones de acceso libre en un sector determinado.

50 Didier TRUCHET. “Droit administratif”. *Thémis droit*. Puf. Paris. 2019. p. 315. Ver: José Amando MEJIA BETANCOURT. “La actividad administrativa de regulación económica”. Publicado en el Libro homenaje a José Luis Villegas Moreno. José ARAUJO-JUÁREZ y Víctor Rafael HERNÁNDEZ-MENDIBLE (Coordinadores). “Retos del Derecho Público en la tercera década del siglo XXI”. EJV – CERECO. Caracas. 2021. Página 646.

51 La jurisprudencia del Consejo de Estado francés ha comenzado a valorar el “soft law” o “derecho flexible”, desde esta perspectiva, considerándolo “cuasi-obligatorio”. Didier TRUCHET. “Droit administratif”. *Thémis droit*. Puf. Paris. 2019. p. 322. Ver: Conseil D’Etat. “Le Droit souple”. Paris. 2014. Ver: Christophe LEMAIRE. “Une illustration des effets bénéfiques de la soft law: l’expérience de l’autorité de la concurrence”. En: Conseil D’Etat. “Corriger, équilibrer, orienter: una visión renouvelée de la regulation economique”. Paris. 2014. P. 62.

organización, cohesión y constituir su eje conceptual⁵². El “Derecho a la regulación económica” está adquiriendo paulatinamente una fisionomía propia⁵³. Al ser la competencia dentro de un mercado relevante un imperativo fundamental del orden económico, una ponderación jurídica de la “obligación de competir” es necesaria entre órgano regulador y operadores y entre los operadores. La revisión por el regulador del comportamiento de un operador en el mercado y su posterior calificación jurídica, lo lleva a establecer el cumplimiento o incumplimiento de las reglas de la competencia, lo que conduce a la noción del “hecho competitivo” conforme con la regulación, o “hecho anticompetitivo” o “práctica anticompetitiva” en caso de incumplimiento de la regulación.

La conceptualización y desarrollo teórico de la “obligación de competir” hace a este Derecho por tanto más accesible, comprensible, asimilable teórica y conceptualmente y mejor manejable institucionalmente, como ocurre por ejemplo con la “teoría de la obligación” en el Derecho tributario. Un equilibrio justo y necesario se produce al definir la “obligación de competir” y por la apreciación real del mercado, ya que, “el Derecho de la competencia está fundado sobre un análisis del mercado...”. “El Derecho de la competencia es un derecho al servicio de una finalidad económica. En consecuencia, las autoridades de control dan a los conceptos un contenido económico, sin identificarlos a categorías jurídicas preexistentes”⁵⁴.

IV. El impacto del cambio a la competencia

En Europa se conceptualizó la idea de una “economía mixta” que funcionara con la lógica del Estado y la lógica de la economía. Hasta que a mediados de los años 1980 la Unión Europea frente a la realidad de la mundialización económica y ante las necesidades de construir un mercado común, tuvo que hacer un importante cambio de rumbo para instalar definitivamente una plena “economía de mercado”, obligando la aplicación de la competencia en todos los sectores económicos y particularmente con la liberalización de las industrias en red⁵⁵. “Resulta evidente que la eliminación de los derechos exclusivos y la introducción de competencia en las telecomunicaciones, la energía y el transporte es en gran

52 La doctrina especializada viene intentado esclarecer el régimen de la regulación económica. Juan José MONTERO PASCUAL. “Regulación Económica”. Tirant lo blanch. Valencia. España. 2020. P. 41.

53 Ver: Conseil D’Etat. “Corriger, équilibrer, orienter: une vision renouvelée de la regulation economique”. Paris. 2014.

54 Marie MALAURIE-VIGNAL. “Droit de la concurrence interne et européen”. Sirey. Paris. 2020. p. 38.

55 Francia es uno de los países europeos mas apegado, todavía, a la noción de “economía mixta”, por lo que suelen hablar de “la excepción francesa”. Sin embargo han tenido que aceptar la instalación ya irreversible de la economía de mercado.

medida fruto de las directivas europeas...”. “Las directivas comunitarias⁵⁶ no sólo han puesto fin a los monopolios públicos nacionales, sino que, más importante, han construido paulatinamente un régimen alternativo de intervención pública en la actividad económica: la actividad administrativa de regulación. Las directivas comunitarias sectoriales han habilitado, y más allá, han llegado a imponer a los Estados miembros la obligación de velar por la consecución de objetivos de interés general, definiendo los concretos instrumentos de la misma, como la imposición de obligaciones de acceso a las redes de los operadores o la imposición de obligaciones de servicio público. Es más, las directivas han impuesto garantías institucionales y procedimentales para la actividad reguladora de los Estados miembros. Desde el punto de vista institucional, las directivas han impuesto la creación de administraciones independientes en numerosos sectores. Desde un punto de vista procedimental, son numerosas las exigencias de consulta, plazos de resolución, etc.”⁵⁷.

Hasta entonces en la mayoría de los países europeos, como ocurre hoy en día en términos generales en América Latina, quedaban muchos sectores de la economía sometidos a la intervención del Estado y bajo su control. Hasta que la Comisión Europea⁵⁸ comenzó el proceso indetenible de liberalización, iniciándose una transición jurídica y económica hacia la aplicación de la competencia en todos ellos. Cada sistema jurídico nacional se ha ido ajustando, desde entonces, al Derecho de la competencia buscando diferentes soluciones adaptadas a sus realidades jurídicas nacionales. Pero, con la idea y la obligación fundamental de establecer reglas de competencia⁵⁹.

El “Derecho de la Competencia” se rige por las reglas establecidas en los artículos 101 al 109 del “Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea” (TFUE)⁶⁰, particularmente, por la aplicación de los artículos 101 y 102 que se

⁵⁶ “La directiva” es el acto adoptado por la Comisión o por el Consejo con fundamento en los tratados europeos. Ella vincula a todos los Estados miembros que las deben trasponer e incorporar a su ordenamiento interno.

⁵⁷ Juan José MONTERO PASCUAL. “Regulación económica”. Tirant lo blanch. Valencia, España. 2020. P. 38.

⁵⁸ La “Comisión Europea” es el órgano ejecutivo de la Unión Europea. “Ella juega un rol esencial en la preparación y la ejecución de la política europea”. Jean-CLAUDE ZARKA. “Institutions de l’Union Européenne. Lextenso. París. 2021. P. 13.

⁵⁹ Con relación al origen y evolución del Derecho de la competencia europeo ver: Daniel MAINGUY, Malo DEPINCÉ, Mathilde CAYOT. “Droit de la concurrence”. LexisNexis. París. 2019. P. 15. Y, Nicolas PETIT. “Droit Européen de la Concurrence”. LGDJ. París. 2020. P. 53. Sobre el marco europeo de la regulación económica ver: Nuria RUIZ PALAZUELOS. “Regulación económica y Estado de Derecho”. Tirant lo blanch. Valencia, España. 2018. Santiago MUÑOZ MACHADO. (Director) “Derecho de la Regulación Económica”. Tomo I. “Fundamentos e Instituciones de la Regulación”. Iustel. Madrid. 2009. Y, José ESTEVE PARDO. “Principios de Derecho regulatorio”. Marcial Pons. Madrid. 2021.

⁶⁰ Adoptado por el “Tratado de Lisboa” de 13/12/2007, que atribuyó personalidad jurídica a la Unión Europea.

aplican a las empresas⁶¹, los artículos 106 y 107-109 que se aplican a los Estados miembros y, las reglas de puesta en aplicación en los artículos 103, 104 y 105 del TFUE⁶². El marco jurídico de la “regulación económica” se encuentra en dichos artículos, pero además, hay importante normativa que se refiere a las empresas públicas y sobre los monopolios en el mercado interior y a las excepciones al mercado y la libre competencia⁶³.

La economía de mercado es una realidad construida espontáneamente por las fuerzas que intervienen en él y sometida a la ciencia económica. El impulso a la economía viene de su propio funcionamiento, la libertad de participar es el valor que la anima y constituye el factor de impulsión y liderazgo conjunto de todos los que participan en ella. La economía se mueve sola, naturalmente y no tienen un impulso voluntarioso estatal que la dirija y haga funcionar. Si la economía intervencionista es construida por el Estado, la economía de mercado es construida por la acción de los particulares. La economía administrativa está encuadrada jurídicamente por el Derecho administrativo clásico, pensado y desarrollado en función de la intervención económica del Estado. En la economía de mercado, el Estado está frente a una realidad autónoma y espontánea, donde incluso, su intervención altera su buen funcionamiento y se revela contraproducente.

El Estado ya no se presenta como intervencionista sino como “Estado Garante” según la moderna doctrina⁶⁴, lo que ha creado una nueva relación entre Estado y sociedad⁶⁵. El Estado y operadores están inmersos en una realidad económica autónoma y espontánea. Por ello la regulación usa técnicas diferentes –”soft law”- (derecho flexible) para interactuar con ella. El Derecho francés y el español, por ejemplo, están en proceso de asimilar esta situación y haciendo grandes esfuerzos para poder integrarla a sus sistemas de Derecho administrativo. La relación técnica y conceptual de la Administración con la economía de mercado es muy diferente a su relación con una economía intervenida por el Estado donde guarda sus conceptos tradicionalmente fundamentales y se somete al llamado interés general.

Ha surgido una nueva relación, una nueva administración y disciplina jurídica, con nuevos métodos y técnicas⁶⁶. El gran problema lo constituye el carácter

61 Fernando CARBAJO CASCÓN. (Coordinador). “Manual Práctico de Derecho de la Competencia”. Tirant lo blanch. Valencia. España. 2017. P. 54.

62 Nicolas PETIT. “Droit Européen de la Concurrence”. LGDJ. Paris. 2020. P. 95.

63 Nuria RUIZ PALAZUELOS. “Regulación Económica y Estado de Derecho”. Tirant lo blanch. Valencia. España. 2018. P. 32.

64 José ESTEVE PARDO. “Estado garante. Idea y realidad”. INAP. Madrid. 2015.

65 José ESTEVE PARDO. “La nueva relación entre Estado y sociedad”. Marcial Pons. Madrid. 2013.

66 Ver: Daniel SARMIENTO, “La recepción en el Derecho de la Unión Europea y en su jurisprudencia de las técnicas de regulación económica”; José ESTEVE PARDO, “El encuadre de la regulación de la economía en la sistemática del Derecho público”; M. Mercé Darnaculleta I Gardella, “La recepción y desarrollo de los conceptos y fórmulas de la regulación. El Debate en

“mezclado” y “cruzado” de las Autoridades de regulación como el de las funciones de regulación. “Tienen en común el presentar un carácter híbrido: ellas poseen una dimensión ejecutiva y a la vez ejercen funciones de orden normativo y judicial. Ellas han revolucionado profundamente la concepción tradicional de la división de los poderes...”. “El rasgo distintivo más evidente de estas instituciones es que ellas reducen el terreno del poder administrativo-ejecutivo. Esta dimensión constituyó históricamente la primera razón explícita para su creación y puesta en funcionamiento, en los Estados Unidos al final del siglo XIX”⁶⁷. Tres argumentos influyeron: Crear una institución con un alto grado de experticia, instituir formas evolutivas de regulación flexibles y rápidas y erigir una institución que tuviera una capacidad arbitral. “Las fronteras usuales entre la política, lo administrativo, el legislativo y lo judicial se encontraron de esta manera basculadas de manera inédita...”. “Había que significar que la comisión debía ser sustraída de la influencia del partido en el poder...”. “Que la independencia “política” era así indisociable de una “autonomía funcional” en relación con el ejecutivo. Esta comisión –se refiere a la “Interstate Commerce Commission”, encargada de regular el sector y creada en 1887-, sirve seguidamente de modelo a todo un conjunto de otras instituciones independientes de regulación...”. “En cada caso, es el de debilitar la institución presidencial o la desconfianza con ella, la incapacidad del Congreso de resolver por él mismo una dificultad, o la voluntad de reducir el poder de un servicio administrativo, es lo que conduce a crear una nueva institución [...] a la larga es, por lo tanto, el equivalente de una forma inédita de expresión y de gestión del interés general que se ha edificado...”. “En 1944 un informe público teoriza por primera vez la especificidad del modelo de la comisión independiente. Señala cuatro elementos: La sustracción a las presiones políticas y la independencia en relación con el ejecutivo, la cualidad de la imparcialidad, la capacidad de dirigir políticas de largo alcance no sometidas al azar electoral y la adopción de medidas coherentes y razonables...”. “En América es la debilidad de la administración y la voluntad de romper con un universo minado por la corrupción lo que creó las condiciones para el surgimiento de las primeras autoridades públicas independientes. Podemos notar que un siglo más tarde es un contexto similar el que ha puesto a la orden del día en numerosos países en desarrollo la creación de este tipo de instituciones. En Europa las cosas se presentaron de una manera diferente. Las autoridades independientes se multiplicaron principalmente para responder a un imperativo de regulación en determinados sectores y ámbitos, donde la intervención de las estructuras administrativas se presenta inadaptada e inoperante, por razones de complejidad técnica, de superposición de

la República Federal Alemana”. En: Santiago MUÑOZ MACHADO y José ESTEVE PARDO. “Derecho de la Regulación Económica”. Tomo I. “Fundamentos e Instituciones de la Regulación”. IUSTEL. Madrid. 2009.

⁶⁷ Pierre ROSANVALLON. “La Légimité démocratique”. Points. Seuil. Paris. 2008. p.121.

competencias, de multiplicación de participaciones en el asunto, o de difracción de responsabilidades...”. “Y para cubrir un déficit de legitimidad democrática”⁶⁸.

En Venezuela con anterioridad a la Constitución de 1961 las actividades económicas eran casi exclusivas de los particulares y el poder público prácticamente no intervenía en el mundo económico, salvo para exigir y recaudar tributos. Por ello la historiografía suele llamar a los regímenes políticos venezolanos como liberales, aunque fueran dictaduras militares. Haciendo énfasis en que en materia económica los depositarios del poder despótico no intervenían en la economía. Es la época del “autoritarismo liberal” que se prolonga desde la independencia hasta el régimen del General Juan Vicente Gómez que coincide con la aparición del petróleo y el inicio del desarrollo de la industria petrolera. A partir de entonces comienza el desarrollo y consolidación de un Estado de Derecho administrativo y se inicia, poco a poco, un proceso de intervención económica del Estado venezolano en las actividades económicas⁶⁹. Para los años de 1950 el Estado venezolano tenía presencia significativa en la economía, pero, con la Constitución de 1961 y la instalación de las libertades políticas y la democracia es cuando asume su papel marcadamente intervencionista. El mismo día que entró en vigor la Constitución de 1961, el entonces presidente de la república Rómulo Betancourt suspendió las libertades económicas de los ciudadanos⁷⁰, dando inicio al permanente intervencionismo económico del Estado. Las garantías económicas permanecieron suspendidas por más de treinta años de los cuarenta que duró la democracia⁷¹. Durante este periodo el concepto de libertad económica se desustanció quedando sin efecto todo criterio de contenido en las libertades económicas, sometidas a la discrecionalidad del Estado y teniendo como única referencia conceptual la dominación del poder director y económico del Estado. Se fusionaron los conceptos de economía y Estado que pasó a constituirse él mismo en el orden económico⁷².

68 Pierre ROSANVALLON. “La Légimité démocratique”. Points. Seuil. Paris. 2008. pp. 126-129.

69 José Amando MEJIA BETANCOURT. “La configuración del Estado de Derecho administrativo en Venezuela”. Publicado en: “Hacia un Derecho Administrativo para retornar a la democracia”. “LIBER AMICORUM al Profesor venezolano José R. Araujo-Juárez”. CERECO. Universidad Monteávila CIDEP. Caracas. 2018. Pág. 141-168.

70 El 23 de enero de 1961, el mismo día de aprobación de la Constitución, el presidente Rómulo Betancourt dictó el decreto número 455 que suspendió las garantías económicas. Manuel RACHADELL. “Evolución del Estado venezolano 1958-2015: De la conciliación de intereses al populismo autoritario”. Funeda – EJV. Caracas. 2015. Pág. 67.

71 El Ejecutivo Nacional dictó el 4 de julio de 1991 el decreto número 724 que derogó el decreto que mantenía suspendidas las garantías económicas. Manuel RACHADELL. “Evolución del Estado venezolano 1958-2015: De la conciliación de intereses al populismo autoritario”. Funeda – EJV. Caracas. 2015. Pág. 67.

72 Tal formulación sirvió consecuentemente para que las tendencias totalitarias se cernieran sobre Venezuela sin mayores obstáculos ni oposiciones y para construir una concepción de la economía como expresión de la voluntad unilateral ilimitada de un dictador y sus secuaces.

Hasta ahora, en mi conocimiento, en el Derecho comparado no se conoce una “Teoría de la obligación de competir” como desarrollo dogmático de la libre competencia, sino que se estudia como el régimen jurídico referido a las relaciones jurídicas que produce su aplicación. La teoría de la obligación permite por tanto una nueva orientación y ordenación, como un derecho material que se ocupa de los aspectos fundamentales y como un derecho formal. El Derecho material de la competencia se refiere fundamentalmente a la “obligación de competir” y tiene dos tipos de reglas, las relacionadas con la protección individual de los operadores y las de protección del funcionamiento del mercado. La obligación consiste en competir respetando y cumpliendo con esas reglas. El Derecho formal de la competencia se refiere a la relación del operador económico con el ente regulador, encargado de garantizar el funcionamiento de la libre competencia en el mercado y, muchas veces, con otras autoridades administrativas que también pueden estar encargadas de supervisar el cumplimiento de la “obligación de competir”. Cabe mencionar que los operadores económicos también están sujetos a una eventual relación judicial, cuando surgen litigios con ocasión de pretensiones por daños y perjuicios derivados de las violaciones a la obligación de competir.

Si el Derecho administrativo como nos enseña la doctrina, constituye a la vez, un sistema de garantías jurídicas del particular frente a la Administración y un instrumento de justificación de las prerrogativas administrativas, aparece una especie de contradicción, una tensión y una dialéctica⁷³. En este contexto, la “obligación de competir” emerge como la técnica jurídica que disciplina y delimita las prerrogativas de la Administración reguladora y, a la vez, garantiza el estatuto, los derechos y la situación activa y pasiva del operador en el mercado. La técnica que “asegura la certeza de la libertad legalmente regulada”⁷⁴.

Conclusión: La seguridad jurídica competitiva

La teoría de la obligación constituye una estructura jurídica que permite expresar, explicar y sistematizar adecuadamente los problemas teóricos y técnicos-jurídicos que plantea el “Derecho de la competencia y la regulación económica”. Facilita el acoplamiento de la visión del Estado Social con la realidad del mercado, donde ambas situaciones están predeterminadas constitucionalmente y está llamada a jugar un rol de equilibrio político y significación jurídica en el Estado liberal de derecho.

De la relación jurídico-competitiva que se establece en el mercado surge una obligación y se crea un derecho subjetivo del operador económico. Las

⁷³ Fernando GARRIDO FALLA. Citado por: Ricardo COMBELLAS. *Estado de Derecho. Crisis y Renovación*. EJV. Caracas. 1990. Pág. 22.

⁷⁴ FORSTHOFF. Citado por: Ricardo COMBELLAS. *Estado de Derecho. Crisis y Renovación*. EJV. Caracas. 1990. Pág. 23.

nuevas formas y desarrollos de la competencia generan relaciones de bilateralidad y retroacción entre los operadores y con la autoridad reguladora, que significan una novedad, exige un desarrollo técnico adecuado y una correcta explicación teórica. En definitiva, el mayor interés consiste en meter la competencia en los moldes conceptuales de la obligación, para garantizar y facilitar la neutralidad competitiva entre todos los operadores económicos públicos y privados y cuya especialidad nace de la propia naturaleza de los hechos económicos que regula y de la particularidad de los procedimientos que les son aplicables.

El deber de competir previsto en la Constitución⁷⁵ hace que legislación de la competencia están sometida a una doble influencia, tanto de los principios constitucionales como los derivados de la obligación competir normalmente establecidos en una Ley general o en un Código que reúne sistemáticamente las reglas básicas y comunes a la materia⁷⁶. En este contexto la teoría de la obligación es la norma básica, el marco de las relaciones competitivas y constituye el eje vertebrador y rector del sistema de la libre competencia.

La teoría de la obligación permite además dos cuestiones principales, una, atender la apremiante necesidad de una regulación adecuada de las relaciones entre los competidores y entre ellos con el Estado que proporcione seguridad jurídica. Con lo cual el “operador económico” se constituye como sujeto protegido y con una situación jurídica activa y pasiva reconocida por el derecho como “estatus jurídico” y, otra, se resguarda el derecho de los operadores económicos a la certeza de sus obligaciones y a la seguridad jurídica del mercado.

La teoría de la obligación constituye operativamente un elemento de clarificación en la aplicación de la legislación de la competencia, una vía para favorecer la evolución legislativa y una manera de abordar con seguridad el contexto de creciente complejidad de este Derecho. Principalmente a través de la coherencia en el manejo de la materia y de individualizar y hacer específica conceptualmente la relación jurídica competitiva⁷⁷.

Las ventajas operativas de la teoría de la obligación responden a las exigencias de un análisis económico del Derecho, de la necesidad del Derecho de adaptarse a las exigencias de la economía y a la competitividad de las empresas, que favorezca el establecimiento de un conjunto garantías al operador económico y faciliten su desenvolvimiento normal y seguro. En este sentido, la teoría de la obligación tiene un doble impacto: desde la perspectiva conceptual en el reconocimiento del hecho competitivo como una obligación jurídica de origen legal, “ex -lege”, y someter la institución a los principios de la teoría general del

⁷⁵ Constitución. Artículo 113 y disposición transitoria decimoctava.

⁷⁶ En el Derecho francés las normas del Derecho de la competencia están codificadas y establecidas en el Libro IV del Código de Comercio. Y ciertas reglas relativas a la responsabilidad están establecidas en el Código Civil y en el Código Penal.

⁷⁷ La relación competitiva se diferencia de las demás relaciones jurídicas administrativas por su contenido, por ser masiva, permanente y muy sensible en su necesaria adaptación a la coyuntura y actividad económica.

derecho inspirándose sobre todo del derecho de las obligaciones. Y, desde el punto de vista técnico, al proporcionar unicidad, accesibilidad, coherencia y legibilidad a la norma, para mejorar la calidad del derecho positivo con el fin de establecer un marco normativo completo y accesible. Esta materia requiere pues de un Derecho conceptual, material y formalmente bien pensado, concebido y elaborado en beneficio de la coherencia técnica de la normativa y en favor de la seguridad jurídica del operador económico.

Se pretende que la normativa deberá adaptarse a la arquitectura formal de la obligación como ha ocurrido con el Derecho Tributario y a la lógica que de ella resulta⁷⁸. Claro, el jurista realiza este trabajo en su actividad profesional habitual, pero, debe ser el legislador quien está obligado realizarla en función de la coherencia y accesibilidad de la Ley por los operadores económicos e iniciar una etapa de perfeccionamiento del Derecho de la competencia material y formal y de transición conceptual, teórica, operativa, semántica y de desarrollo institucional. La introducción de la teoría de la obligación no significa un gran viraje en los fundamentos mismos del Derecho de la competencia y la regulación económica, pero, encarna un cambio de perspectiva y comprensión de este Derecho, así como de aclimatación a la seguridad jurídica. También constituye un cambio en la terminología, del significado de los conceptos y aparecen nuevas nociones las cuales se van adoptando.

La teoría de la obligación permite mejorar la legibilidad de la Ley por el operador económico, el administrador y el juez y facilita comprender rápidamente su contenido, para superar un verdadero problema de lectura cuya solución se complica por fallar a su vez el complemento jurisprudencial, a su vez influido por esta falta de legibilidad del texto legal. Lo que impide la elaboración de una jurisprudencia que tenga un efecto unificador, ya que, no todas las sentencias tienen el mismo valor y la calidad de análisis es muy diferente. La teoría de la obligación busca favorecer la homogeneización de la jurisprudencia, su legibilidad y valorizar la lógica de las interpretaciones aplicables a todas las situaciones, beneficiando la primacía del precedente. De esta manera la teoría de la obligación contribuye con la accesibilidad de la Ley que permite al operador económico encontrar con rapidez las respuestas a sus preocupaciones de manera fiable, lo que es una invaluable herramienta de trabajo. También ayudará al Juez en sus primeros análisis, que se impregna mucho de la forma en que la teoría de la obligación lo guía.

⁷⁸ Para el planteamiento de la teoría de la obligación en materia tributaria ver: José Amando MEJÍA B. "La reestructuración jurídica del ISR". Publicado en: "AVDT. XVI Jornadas Nacionales". 2017. Unimet. (publicación digital) <http://www.avdt.org.ve/avdt/>