



UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ



CODIFICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN AMÉRICA LATINA

José Amando Mejía Betancourt

Codificación del Derecho de la Competencia en América Latina

Marzo 2024



José Amando Mejía Betancourt

Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas. Doctor de la Universidad de París (II). Miembro de la Sociedad de Legislación Comparada de París. Profesor universitario.

Abstract: El reconocimiento de la existencia de un Derecho administrativo de la competencia en América Latina requiere de un proceso de codificación que permita mejorar la accesibilidad e inteligibilidad del régimen jurídico de la libre competencia. Este proyecto debiese introducir la noción de la obligación de competir como un concepto fundamental de la materia, para facilitar la confluencia de elementos jurídicos dispersos en el ordenamiento jurídico y organizar un sistema normativo coherente. Esto con la intención de mejorar la seguridad jurídica de los operadores económicos y contribuir a la consolidación de la libre competencia en la región.

The recognition of the existence of an administrative competition law in Latin America requires a codification process to improve the accessibility and intelligibility of the legal regime of free competition. This project should introduce the notion of the obligation to compete as a fundamental concept of the matter, to facilitate the confluence of legal elements dispersed in the legal system and organize a coherent regulatory system. This is intended to improve the legal security of economic operators and contribute to the consolidation of free competition in the region.

ÍNDICE

Introducción: La publicación del Derecho de la competencia.....	4
I.- El Derecho administrativo de la competencia.....	7
A.- Desarrollo del Derecho administrativo de la competencia.....	7
B.- Fundamentos teóricos.....	9
C.- Características de la obligación de competir.....	10
D.- Sistema jurídico de la libre competencia.....	12
II.-Codificación del Derecho administrativo de la competencia.....	15
A.- Simplificación y calidad del Derecho.....	15
B.- Un Código de Intervención.....	16
C.- Confluencia de materias.....	17
D.- Bosquejo de un modelo de Código.....	18
Conclusión: El nuevo Derecho administrativo de la competencia.....	20

INTRODUCCIÓN: LA PUBLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

En el presente artículo se propone la codificación del Derecho de la competencia en América Latina a partir de una idea nueva: la existencia de un “Derecho administrativo de la competencia” articulado alrededor de la “obligación de competir” de los operadores económicos en el mercado¹ y la integración de las reglas jurídicas de la competencia a las fuentes de la legalidad administrativa².

El Derecho de la competencia se ha desarrollado de manera dispersa en diferentes ramas jurídicas, sin perjuicio de que en cada una de estas tiene el mismo propósito: hacer funcionar la libre competencia en la economía. Se trata de un Derecho configurado por un marco normativo complejo, y que se distingue por su significativo contenido económico. Es un Derecho que enlaza un conjunto de reglas que abarcan una diversidad de materias con la finalidad de proteger a los operadores económicos y al mercado³. Con todo, su coherencia se debe a que este es un “derecho que toma sentido a través de su objetivo”⁴. Dicho lo anterior, pensamos que la funcionalidad de las reglas de la competencia, la adecuación eficaz a sus fines y que su diseño atienda a la facilidad, utilidad y comodidad de su empleo, puede aumentar con su codificación.

Esta variada realidad normativa e institucional se estudia y trabaja de diferentes maneras, tanto desde el Derecho privado como del Derecho público, como por ejemplo en el Derecho francés que, si bien en sus inicios fue concebido como una disciplina de Derecho privado y un conjunto de reglas aplicables al comportamiento entre comerciantes, esta situación ha cambiado y ahora aparece más bien como un derecho transversal situado en el límite entre ambos derechos que se extiende de un lado y al otro⁵. Así, normalmente, el Derecho de la competencia se concibe como parte del llamado Derecho de la economía o como un derecho autónomo. Esto, sin perjuicio de que se puedan separar áreas de este Derecho como en regímenes distintos: Derecho de la competencia desleal, Derecho antitrust y Derecho de la regulación económica.

En este artículo asumimos que las reglas jurídicas de la competencia conforman el “Derecho administrativo de la competencia” y nos enfocamos particularmente en la “teoría de la obligación de competir” que envuelve el comportamiento de los operadores económicos en el mercado; y, además, resaltamos cómo las normas de la competencia ya están formando parte del principio de la legalidad administrativa. En efecto, el Derecho de la competencia tiene la vocación de aplicarse igualmente a la actividad de los particulares y de la Administración, por lo que se habla en la doctrina del “imperialismo del derecho de la competencia”⁶, es decir, es aplicable a todo acto de la administración. Al respecto, Stéphane Braconnier señala como la competencia es una noción dinámica que impide a las personas públicas adoptar comportamientos anticompetitivos y que, más bien, están obligadas a prevenir posibles violaciones a la libre competencia⁷. El Derecho administrativo de la competencia cubre pues dos áreas: los comportamientos de los operadores económicos en el mercado y la actividad de la Administración cuando tiene influencia y efectos económicos en el juego competitivo, lo que se ha constituido en una problemática de Derecho público.

El Derecho de la competencia, al tener la propensión de aplicarse a todas las actividades de producción, de distribución y de servicios, se ha ubicado progresivamente en la esfera pública. “El modelo es cada vez más administrativo en Francia y en Europa a medida que se desarrollan los poderes de que son dotados

1 José Amando Mejía Betancourt, “La teoría de la obligación en el Derecho de la competencia y la regulación económica”, *Revista Tachirense de Derecho*, N° 32 (2021), 125.

2 Benoit Delaunay, *Droit Public de la Concurrence* (Paris: LGDJ, 2° éd., 2018), 55.

3 Marie Malaurie-Vignal, *Droit de la concurrence interne et européen* (Paris: SIREY, 8° éd., 2020), 46.

4 Marie-Anne Frison-Rocha y Jean-Christophe Roda, *Droit de la concurrence* (Paris: Dalloz, 2° éd., 2022), 27.

5 Jean-Christophe Roda, *Droit de la concurrence* (Paris: Dalloz, 1° éd., 2019), 6.

6 Marie Malaurie-Vignal, *Droit de la concurrence interne et européen*, 77.

7 Stéphane Braconnier, *Droit public de l'économie* (Paris: THÉMIS puf, 2° éd., 2017), 17.

las autoridades de la competencia y de la regulación”⁸. En el sistema jurídico de la Unión Europea, por ejemplo, el Derecho de la competencia forma parte de la legalidad administrativa y es de aplicación generalizada a las personas y actividades administrativas⁹. Así, ha llegado a hablarse de la existencia de un Derecho público de la competencia¹⁰, como “el conjunto de reglas de derecho destinadas a asegurar, mantener y preservar una libre competencia entre operadores y aplicables a todo acto o actividad de la administración que tenga un efecto explícito o implícito sobre la competencia”¹¹.

Para entender el final de este tránsito, que recién hemos reseñado, vale la pena analizar brevemente la historia del derecho *antitrust*. En los Estados Unidos de América se considera la creación de la “Interstate Commerce Commission” en 1887 como el inicio del Derecho administrativo norteamericano¹², conjuntamente con la “Sherman Antitrust Act” de 1890. En cambio, en Europa la competencia “durante mucho tiempo se ha regido por los textos de derecho civil, de derecho comercial y de derecho penal, al punto de parecer una idea nueva en derecho público”¹³. Solo a partir del momento que el poder público se manifiesta como regulador de las actividades económicas, aparece claramente la relación del Derecho público con la competencia. Así, la publicación del Derecho de la competencia en Europa se produce cuando este régimen se impone también a las actividades económicas de las personas públicas y empieza a ser oponible a los actos dictados por la Administración. De este modo, el Derecho de la competencia puede operar en el ambiente del Derecho público¹⁴, pasando de ser un derecho exterior a la Administración a ser un elemento integrado a ella. Como explica Truchet, “el Derecho de la competencia ha devenido una parte importante del derecho administrativo”¹⁵ y es “común al Derecho privado y al Derecho administrativo”¹⁶.

Lo anterior ha tenido un gran impacto. Así, el Derecho administrativo de la competencia ha creado un “mercado racionalizado”, al establecer o reproducir artificialmente las condiciones necesarias para la protección y estabilidad de la competencia en el mercado, mediante mecanismos jurídicos e institucionales eficaces y más refinados que los mecanismos meramente “fácticos” del mercado desregulado. Toda la trama de este derecho gira alrededor de la constatación que la libre competencia no se produce espontáneamente en el mercado, que los mercados fallan, que los operadores económicos tienden a tener comportamientos que falsean, limitan o impiden la competencia.

Nuestra idea es contribuir con el fortalecimiento de la libre competencia en la economía de la región, aprovechando que existe una gran homogeneidad de las reglas de la libre competencia en la mayoría de sus sistemas jurídicos, mediante un proceso de codificación del Derecho administrativo de la competencia, que permita armonizar todo el material normativo, proporcione más coherencia a su sistema jurídico¹⁷ e incremente la funcionalidad de su régimen jurídico.

En tal medida, lo que proponemos es sistematizar los principios y nociones fundamentales y comunes a los diversos países latinoamericanos, en un modelo de Código de la competencia para América Latina, que pueda ser adoptado por los países de la región. Con este se contribuye con la armonización del Derecho de la competencia latinoamericano, sin necesidad de recurrir a la elaboración de un tratado internacional

8 Delaunay, *Droit Public de la Concurrence*, 41.

9 Stéphane Braconnier, *Droit public de l'économie*, 71.

10 Stéphane Braconnier, *Droit public de l'économie*, 9.

11 Sophie Nicinski, *Droit public de la concurrence* (Paris: LGDJ, 2005), 14.

12 José Esteve Pardo, “La regulación de industrias y public utilities en los Estados Unidos de América. Modelos y experiencias” en *Derecho de la Regulación Económica I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación*, directores: Santiago Muñoz Machado y José Esteve Pardo (Madrid: iustel, 2009), 301.

13 Delaunay, *Droit Public de la Concurrence*, 15.

14 Delaunay, *Droit Public de la Concurrence*, 15.

15 Didier Truchet, *Droit administratif* (Paris: THÉMIS puf, 8° éd. 2019), 20.

16 Truchet, *Droit administratif*, 36.

17 Frison-Roche y Roda, *Droit de la concurrence*, 27.

de armonización (proceso complicado y largo). Mas bien se busca aprovechar la existencia de reglas de la competencia globalmente similares para elaborar el modelo de Código. Así, se busca dar un puntapié inicial para que ocurra algo similar a lo que ocurrió con la introducción de la teoría general de las obligaciones en el Derecho tributario latinoamericano, mediante la preparación de un “modelo de Código Tributario para América Latina”, en un proyecto auspiciado por el BID y la OEA, que fue adoptado de manera muy similar por los países de la región, favoreciendo la accesibilidad y comprensión de la materia, en beneficio de la seguridad jurídica de los contribuyentes¹⁸. Además, esta perspectiva puede significar un aporte latinoamericano al Derecho comparado, por la manera de conceptualizar, estudiar y presentar el Derecho de la competencia.

Es necesario, por tanto, analizar, estudiar e interpretar la materia desde la perspectiva del Derecho administrativo que, por otra parte, se puede ordenar aplicando la teoría de la obligación en su desarrollo conceptual y normativo y entenderse como un Derecho administrativo de la obligación de competir que tiene el operador económico¹⁹ en el mercado. El Derecho administrativo de la competencia agrupa toda la normativa aplicable al vínculo jurídico obligatorio que se establece entre el Estado como sujeto activo y el operador económico como sujeto pasivo. Por ello, su objetivo es dual: la creación de un vínculo obligatorio y la protección de la competencia.

Este derecho es en realidad un Derecho administrativo de las obligaciones competitivas establecidas principalmente por la ley. Particularmente constituyen categorías relevantes las obligaciones legales de no-hacer, como aquellas que derivan de las llamadas prácticas anticompetitivas y desleales; así como, las obligaciones convencionales o cuasi convencionales establecidas en los sectores regulados donde los operadores se encuentran en una situación voluntaria de especial sujeción²⁰. En todo este derecho el acento está puesto en el concepto y sustantivo “obligaciones”, lo que lleva a ubicar la noción de obligación del Derecho civil en el campo de análisis del Derecho público, como ocurrió, por ejemplo, con el Derecho tributario latinoamericano que creó un régimen jurídico al deber ciudadano de contribuir con las cargas públicas a partir de la obligación tributaria, utilizando los materiales que ofrece el Derecho civil de las obligaciones, sus conceptos comunes y nociones fundamentales²¹.

Se observa, además, como la normativa de la competencia es expresión del Derecho administrativo sancionador pues reposa sobre prohibiciones acompañadas de sanciones y otorga a las Autoridades administrativas reguladoras una amplia potestad sancionadora. Por ello, “el derecho antitrust es ante todo una policía del mercado que se funda por una parte sobre la interdicción de prácticas anticompetitivas y de otra parte sobre la autorización previa de las concentraciones y de las ayudas del Estado”²². Lo primordial en el régimen jurídico de la competencia es la actividad de detectar aquellas prácticas anticompetitivas que falsean, restringen o impiden el funcionamiento competitivo mercado y sancionar estos comportamientos.

La obligación de competir es una noción fundamental del Derecho de la competencia aun no reconocida expresamente por el derecho positivo, pero existe como un elemento intrínseco, implícito y sobre entendido en el ordenamiento jurídico y se caracteriza por tener de profundamente original un contenido sometido a una interpretación y análisis económico. Con este artículo, se pretende hacer visible el Derecho de obligaciones que se encuentra subyacente en la normativa que por regla general

18 José Andrés Octavio, “El Proyecto de Código Tributario en Venezuela”, *Revista de Control Fiscal*, N° 89 (1978), 23.

19 Fernando Carbajo Cascón, “Introducción al Derecho de la competencia” en *Manual Práctico de Derecho de la Competencia*, coord. Fernando Carbajo Cascón (Valencia: tirant lo blanch, 2017), 24.

20 José Esteve Pardo, *Principios de Derecho regulatorio* (Madrid: Marcial Pons, 2021), 87.

21 José Amando Mejía Betancourt, “La teoría de la obligación tributaria en el Derecho público venezolano” en *30 años de la Codificación del Derecho Tributario en Venezuela, Tomo I Derecho Tributario Sustantivo, Memorias de las XI Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario* (Caracas: AVDT, 2012), 367.

22 Delaunay, *Droit Public de la Concurrence*, 41.

conforma el régimen jurídico de la libre competencia y distinguir más claramente los componentes de Derecho público en esta materia. En la primera parte de este trabajo hacemos una reflexión sobre la existencia del Derecho administrativo de la competencia y en la segunda parte planteamos su necesario reconocimiento y consolidación mediante un modelo de Código de la competencia.

I. EL DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA COMPETENCIA

El Derecho administrativo ha tenido que cambiar para asumir y atender apropiadamente la misión de control de la libre competencia. Así, ha tenido que someterse a una importante revisión conceptual y proceder a la reconstrucción de muchas de sus categorías tanto orgánicas, con la creación de las “autoridades administrativas independientes”²³, como funcionales, con la nueva actividad administrativa de “regulación económica”²⁴. Además de todo lo anterior ha desarrollado una normativa de “derecho flexible”²⁵ distinta al reglamento, al acto administrativo y al contrato administrativo.

El Derecho administrativo como derecho del funcionamiento del Estado y protector del interés general, “se caracteriza precisamente por la permanente preocupación de conciliar el interés general y los intereses individuales”²⁶. Para permitir a la Administración cumplir con las funciones de regulación y control de la competencia éste se ha renovado al incorporar nuevas categorías jurídicas provenientes del Derecho privado, como la “contractualización” de la acción administrativa diferente al unilateralismo que caracteriza la actividad de la Administración que a manera de fórmula de concertación permite recibir la adhesión de los administrados, de asociarlos a la elaboración de los actos de la Administración y de hacerlos participar en las decisiones que les conciernen²⁷, por ejemplo, en la organización y gestión de ciertos mercados competitivos que tienen un carácter sensible, como el sector financiero y bancario y la apertura de redes a la competencia²⁸. En síntesis, un nuevo Derecho administrativo ha surgido con el régimen jurídico de la competencia.

El Estado, por otra parte, al abandonar la intervención directa en las actividades económicas se ha convertido en garante del funcionamiento competitivo de la economía²⁹ y se ha visto en la necesidad de adecuarse a la nueva relación que se ha establecido con la Sociedad como consecuencia del progresivo desarrollo de una economía competitiva³⁰. A continuación, nos referimos al desarrollo del Derecho administrativo de la competencia que se observa en la región, sus fundamentos teóricos y las características significativas de la obligación de competir que se coloca como el epicentro y el concepto básico del régimen jurídico administrativo de la competencia.

A. Desarrollo del Derecho administrativo de la competencia

La configuración y desarrollo de un régimen jurídico administrativo para garantizar la libre competencia ha sido la consecuencia de un conjunto de factores históricos, jurídicos y políticos.

1. Elaboración histórica

América Latina ha oscilado entre la intervención económica del Estado y una economía de mercado al ritmo de sus circunstancias históricas, políticas y sociales. El establecimiento de un mercado competitivo en los

23 Truchet, *Droit administratif*, 91.

24 Truchet, *Droit administratif*, 405.

25 Conseil D'État, *Le droit souple* (Paris: La documentation Française, Etude annuelle 2013).

26 Jean-Claude Ricci y Frédéric Lombard, *Droit administratif des obligations* (Paris: SIREY, 2018), 2.

27 Benoît Plessix, *Droit administratif général* (Paris: LexisNexis, 4ª ed., 2022), 1115.

28 Sophie Nicinski, *Droit Public des Affaires* (Paris: LGDJ, 8ª ed., 2021), 204.

29 José Esteve Pardo, *El Estado Garante. Idea y realidad* (Madrid: INAP, 2015), 34.

30 José Esteve Pardo, *La nueva relación entre Estado y Sociedad* (Madrid: Marcial Pons, 2013), 188.

diferentes países varía según los diversos grados de intervencionismo económico construido a partir de la reglamentación y el papel activo del Estado como empresario. Si bien de antaño la economía pública era de diversas maneras inmune a la idea de la competencia, a partir de los años noventa del siglo pasado se ha producido un movimiento de expansionismo del Derecho de la competencia en la región que ha hecho sentir sus efectos sobre el Derecho público, al impactar sobre las acciones económicas de las personas públicas y aplicarse a los actos administrativos que tienen efecto sobre el mercado. Se ha ido pasando de un Derecho administrativo de la intervención económica³¹ a un Derecho administrativo de la competencia.

2. Evolución jurídica

En América Latina el Derecho de la competencia se ha ido aplicando progresivamente a diferentes velocidades y desigual alcance según los contextos jurídicos nacionales³². Ha evolucionado en un medio ambiente de Derecho público al mismo tiempo que ciertos imperativos de la acción pública no competitivos son protegidos (lo que en Europa constituye una preocupación mayor: la búsqueda de la conciliación entre intereses generales divergentes³³). Esto ha llevado a que se plantee el expansionismo del Derecho de la competencia como un derecho único que se aplica de manera uniforme a las personas privadas y a las personas públicas³⁴.

Además, el régimen jurídico de la competencia se compone de un conjunto heterogéneo de reglas que rebasa y supera la distinción tradicional entre intervención del Estado en la economía y actividades económicas privadas, propiciando una redefinición de las funciones estatales y que debemos situar el problema en otra dimensión: la de una Administración garante de la competencia³⁵. La evolución del régimen jurídico competitivo se orienta, en términos generales, a aceptar que todas las empresas públicas o privadas que ejercen una actividad económica están sometidas al Derecho de la competencia, así como las actividades de la Administración que tengan incidencia en la economía competitiva.

3. Aceptación política

La intervención del Estado en la economía constituye un problema y un desafío permanente en la vida política latinoamericana, que asigna a las prestaciones públicas una función social asociada a la idea de interés general. Pero, se observa que la idea de una economía competitiva de mercado es un movimiento de fondo que ha ido avanzando, se tolera y acepta progresivamente en el proceso político latinoamericano sin admitirlo abierta y expresamente. Actualmente, existe cierta madurez institucional de respaldo a la libre competencia en la región y se reconoce que hay eficaces mecanismos jurídicos y administrativos de conciliación de la libre competencia en la economía con las preocupaciones políticas relacionadas con la prestación de servicios públicos, mejorar la calidad de vida de los ciudadanos y en la lucha contra la exclusión social.

Se está imponiendo progresivamente en América latina una visión política del desarrollo económico asociada a una economía competitiva de mercado, al amparo de un Derecho público de la competencia como ha ocurrido en Europa. Lo anterior, pues el combate político se ha desplazado hacia otro tipo de objetivos y reivindicaciones de interés para la sociedad como los relacionados con la igualdad ciudadana, la integración social, la asistencia pública y la protección del medio ambiente. Si se observa el comportamiento de los gobiernos que se han instalado en los últimos tiempos en la región que reivindican y reclaman

31 José Amando Mejía Betancourt, "Derecho Administrativo y economía de mercado. (Estado social de Derecho y principio de compatibilidad con la economía de mercado)" en *"Principios Fundamentales del Derecho Público. Desafíos Actuales"*, coord. Allan R. Brewer-Carías y José Araujo-Juárez (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana Internacional, 2020), 505.

32 Víctor R. Hernández-Mendible, "El dilema del sector eléctrico: entre el Estado prestacional y el Estado garante" en *Aproximaciones comparadas sobre el sector eléctrico en Iberoamérica*, coord. Marisol Anglés Hernández y Margarita Palomino Guerrero (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2022), 27.

33 Frison-Roche y Roda, *Droit de la concurrence*, 68.

34 Stéphane Braconnier, *Droit public de l'économie*, 71.

35 Esteve Pardo, *El Estado Garante. Idea y realidad*, 65.

ideológicamente el socialismo, vemos que no se atreven a regresar al dirigismo económico ni a realizar masivas nacionalizaciones de empresas, tampoco a tomar medidas económicas y financieras que puedan alterar y desequilibrar el proceso económico en curso y generar desempleo.

B. Fundamentos teóricos

El nuevo Derecho administrativo de la competencia que se ha ido instalando en la región se fundamenta en el reconocimiento de las libertades económicas de los ciudadanos y en la necesidad de hacerlas eficaces y operativas. Si la libertad económica implica el “derecho a competir” en el mercado, es necesario reconocer igualmente la coexistencia de un “deber de competir” libremente en el mercado en los términos establecidos en la ley. La idea del Derecho administrativo de la competencia es racionalizar el mercado, garantizar jurídicamente el ejercicio de las libertades económicas y preservar el funcionamiento de la libre competencia que ya constituye un tema de interés general reconocido de diversas maneras por los sistemas jurídicos nacionales³⁶. Se ha desarrollado todo un régimen jurídico administrativo para encuadrar ese deber de competir que tiene como principio básico la “obligación de competir” del operador económico en el mercado.

1. Derecho a competir

El desarrollo de la libre en competencia en la economía de la región ha tenido como fundamento significativo las libertades económicas de los ciudadanos al lado de sus libertades políticas. Se considera el derecho a competir en la economía una condición indispensable para el despliegue pleno y efectivo de los derechos económicos, muchas veces suspendidos, marginalizados y desconocidos por la intervención económica del Estado.

El operador económico público o privado puede participar en el mercado respetando las exigencias legales y se le reconoce en consecuencia un derecho a competir libremente en la economía. Pero, como ocurre con el derecho de propiedad, el derecho a competir tiene limitaciones y restricciones de interés general necesarias para garantizar el funcionamiento de la economía.

2. Deber de competir

Si al comienzo el ejercicio de la libertad económica del ciudadano se concretaba en el derecho de entrar y salir del mercado y de ejercer libremente una actividad económica, luego se comprendió la necesidad que su participación en el mercado debía hacerse de manera competitiva y leal, respetando las reglas establecidas en la Ley. Aparece, al lado del derecho a competir, un deber de competir de naturaleza cívica y ciudadana frente al Estado³⁷ que debe garantizar el juego competitivo de la economía. El deber de competir constituye un límite jurídico al derecho de competir del operador económico y la Ley ha creado un régimen jurídico para asegurar su cumplimiento.

En este artículo proponemos utilizar y aplicar la teoría general de las obligaciones derivada del Derecho civil, para organizar conceptualmente, de manera distinta y eficaz, el régimen jurídico existente para el cumplimiento del deber de competir que tiene el operador económico, facilitando además su explicación y comprensión. Tal y como ha ocurrido en el Derecho tributario latinoamericano, donde el deber ciudadano de contribuir con el financiamiento de las cargas públicas se ha organizado a partir de la aplicación de la teoría de la obligación tributaria.

36 En algunos países hay un reconocimiento constitucional expreso y en otros es un principio fundamental derivado de la legislación existente o de acuerdos internacionales.

37 Juan Domingo Alfonso Paradisi, “De los deberes constitucionales de los ciudadanos en la Constitución de 1999” en *“Principios Fundamentales del Derecho Público. Desafíos Actuales”*, coord. Allan R. Brewer-Carías y José Araujo-Juárez (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana Internacional, 2020), 463.

3. Obligación de competir

El régimen jurídico creado para el cumplimiento del deber ciudadano de competir en el mercado está configurado, en su mayor parte, por un conjunto de restricciones y limitaciones legales que se pueden ordenar a partir del concepto de la “obligación de competir” que tiene el operador económico en el mercado. Hasta ahora esta realidad jurídica no ha sido reconocida expresamente por el legislador y se maneja, práctica y teóricamente, de manera confusa como un derecho híbrido y una mezcla entre el Derecho público y el Derecho privado. Esto contribuye a hacer aún más difícil la comprensión del Derecho de la competencia y le añade una complejidad teórica adicional a la que deriva de su evidente contenido técnico económico.

La obligación de competir es el vínculo jurídico que surge entre el Estado como sujeto activo y los operadores económicos como sujetos pasivos. Se establece una relación jurídica obligatoria entre el operador económico que tiene el deber de efectuar la prestación competitiva establecida en la Ley y el Estado que tiene el derecho a exigir su cumplimiento.

La obligación de competir constituye el elemento central de la ordenación racional del mercado por la Ley, imprescindible para su leal, correcto y libre funcionamiento competitivo. La introducción de la teoría de la obligación en el Derecho administrativo de la competencia se suma a la moderna corriente doctrinaria que reivindica la aplicación de la teoría de las obligaciones al Derecho administrativo³⁸.

C. Características de la obligación de competir

La noción de obligación de competir posee unas características que permiten mejorar la comprensión y utilización de algunos conceptos técnicos básicos del régimen jurídico de la competencia.

1. Objeto de la obligación de competir

La obligación tiene normalmente como objeto una prestación de dar, de hacer o de no hacer, y el deudor u obligado queda constreñido a observar una determinada conducta positiva o negativa. El objeto de la obligación de competir es una prestación que consiste en la conducta debida de hacer o de no hacer. Una ley puede tipificar la prestación competitiva, pues por tratarse de una obligación que nace sin ser acordada voluntariamente, la norma jurídica controla previamente los hechos ya sean pro competitivos o anticompetitivos. La obligación de competir no se presume y debe estar prevista en la Ley o en cualquier otro hecho al que ella anude el nacimiento de la obligación, lo que otorga seguridad jurídica al sistema de la competencia.

Las prácticas anticompetitivas, por ejemplo, son el contenido de las obligaciones competitivas de no hacer y cuya realización constituye normalmente una infracción que acarrea una sanción administrativa. Es un principio universal en la materia que son anticompetitivas aquellas conductas que falsean, restringen o impiden la libre competencia. La doctrina europea se refiere a ellas indicando que “las normas sobre libre competencia (también conocidas como Derecho de la defensa de la competencia o Derecho antitrust) tienen como finalidad tutelar el correcto funcionamiento del mercado mediante el establecimiento de distintas prohibiciones y controles de las conductas que llevan a cabo los operadores económicos. Así, estas normas afrontan la vigilancia del mercado desde distintos frentes: 1.- La prohibición de prácticas colusorias. 2.- La prohibición de abuso de posición dominante. 3.- La prohibición de ayudas públicas. 4.- El control de las concentraciones económicas”³⁹.

38 Ricci y Lombard, *Droit administratif des obligations*, 36.

39 Pilar Martín Aresti, “Relaciones entre el derecho de la competencia de la Unión Europea y el derecho nacional español de la libre competencia” en *Manual Práctico de Derecho de la Competencia*, coord. Fernando Carbajo Cascón (Valencia: tirant lo blanch, 2017), 54.

La Ley tipifica ese no hacer, lo configura normativamente para que los operadores económicos se encuentren en una situación de igualdad y todos tengan la misma obligación frente al Estado.

La obligación competitiva de no hacer es negativa pues se trata de una abstención, de un no hacer algo. El operador económico se obliga a no realizar una actividad y “la prestación debida consiste en un comportamiento negativo (de ahí la denominación de obligación negativa), esto es, en una omisión o inactividad”⁴⁰. El deudor debe abstenerse a realizar aquello que la obligación le prohíbe, pues “si no existiera esta obligación de no hacer, el deudor la podría realizar libremente”⁴¹. Este comportamiento de no hacer puede consistir también en soportar y permitir una actividad específica del acreedor sin que sea impedida por el deudor⁴².

2. Determinación de la obligación de no hacer

Las obligaciones de dar o de hacer son positivas y tienen que ser determinadas para establecer su existencia, cuantía y exigibilidad; normalmente se dice que deben estar determinadas o poder ser determinables. El cumplimiento es la primera de las causas de extinción de estas obligaciones. Mientras que en las obligaciones de no hacer lo que se debe determinar es que algo se realizó no debiendo ser realizado. Es decir, en las obligaciones negativas lo que importa es que no se haga algo y en las obligaciones positivas lo importante es corroborar que sí se haga algo. El proceso de determinación de la obligación de competir de no hacer se focaliza en establecer el incumplimiento que consiste en la realización de una práctica anticompetitiva, pues el Estado como acreedor tiene derecho a que se deshaga lo que indebidamente ha realizado el deudor y a sancionarlo. La determinación consiste en verificar su existencia efectiva y cierta, para lo cual es necesario establecer aquellos hechos que permitan demostrar la realización e individualización de la práctica prohibida, utilizando criterios jurídicos y económicos, lo que es institucionalmente realizado mediante los procedimientos administrativos y jurisdiccionales establecidos legalmente. La determinación del incumplimiento de las obligaciones competitivas de no hacer se revela de particular importancia, por las consecuencias que acarrearán para el operador económico tanto sancionatorias como al comprometer su responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados.

3. Análisis económico de la obligación de competir

Las normas materiales del Derecho de la libre competencia se modelan y configuran en atención a sus efectos económicos, de manera que las obligaciones competitivas se determinan en relación con su finalidad económica, y las reglas jurídicas de las prácticas anticompetitivas se aplican en conexión con sus consecuencias económicas. Esto es así, porque la Ley hace una referencia expresa a la economía y ha decidido asumir como propios y jurídicamente válidos los efectos económicos de los hechos, reglas y decisiones en esta materia.

Mediante una regulación pública se encuadra y habilita la recepción de las reglas de la economía al sistema jurídico de la libre competencia. Así, se incorpora un concepto científico: la economía competitiva y además se incluye este último dentro del marco normativo para aportar la seguridad jurídica necesaria al sistema. El análisis económico del derecho aprecia los hechos y modela las reglas y las decisiones en consideración a sus efectos económicos⁴³. El análisis económico de la obligación competitiva consiste en valorar su contenido desde la ciencia económica y reafirmar que los poderes estatales realizan una función de validación de los efectos económicos que tienen los comportamientos de los operadores económicos sobre la competencia.

40 Encarna Cordero Lobato y Manuel Jesús María López, *Derecho de obligaciones y contratos en general* (Madrid: Tecnos, 5ª ed., 2021), 211.

41 Ángel Acedo Penco, *Teoría General de las Obligaciones* (Madrid: Dykinson, 4ª ed., 2019), 41.

42 Acedo, *Teoría General de las Obligaciones*, 41.

43 Philippe Malaurie, Laurent Aynès y Philippe Stoffel-Munck, *Droit des Obligations* (Paris: LGDJ, 11ª ed., 2020), 19.

La principal justificación para incorporar el análisis económico de la obligación de competir al ámbito público es el reconocimiento de la economía competitiva como un interés general y porque se tiene conciencia y se acepta la complejidad científica y técnica de la economía. Los poderes públicos y los operadores económicos no pueden desde sus propias perspectivas y particulares intereses, determinar los efectos económicos del comportamiento de un operador económico en el mercado y proceder a calificarlo como competitivo o anticompetitivo. Se debe hacer un análisis económico del incumplimiento de la obligación de competir, mediante diversas fórmulas y técnicas y a través de determinadas instituciones administrativas especializadas, para que sus resultados sean legítimos⁴⁴.

4. Orientaciones flexibles a la obligación de competir

Hay dos tipos de regulación de la obligación de competir que coexisten y responden al respeto del principio de la legalidad administrativa. Una, mediante una normativa ordinaria dictada a través de la ley y sus reglamentos, y, otra, mediante un tipo de normatividad distinta llamada doctrinariamente “derecho flexible”⁴⁵, que aparece recientemente como una nueva modalidad normativa aplicable al vínculo jurídico obligatorio existente, y aceptada voluntariamente por el operador económico cuando participa en el mercado. Así, el “derecho flexible” se presenta como un añadido a la obligación de competir en términos de incitación y orientación para mejorar su cumplimiento. Dentro del marco de la obligación de competir, se puede valorar, caso por caso, hasta donde llega su grado coercitivo para el sujeto pasivo que ha aceptado voluntariamente y se ha sometido a los instrumentos del “derecho flexible”. La Administración se manifiesta sin imponerse, dejando que el operador económico decida acogerse a ellos y a partir de ahí se integra como complemento subsidiario al vínculo jurídico obligacional existente. Su aplicación por el operador económico debe ser respetado por la Administración, salvo que ésta última tenga una habilitación legal.

D. Sistema jurídico de la libre competencia

En el sistema de la libre competencia destacan un conjunto de componentes jurídicos que racionalmente enlazados entre sí contribuyen a proporcionar coherencia a la estructura y ordenamiento del Derecho administrativo de la competencia. El sistema se ha organizado con la presencia de la Administración en tres bloques normativos: competencia desleal, antitrust y regulación económica. Estas disciplinas jurídicas que sucesivamente se han ido incorporando al sistema de la competencia, tienen a la obligación como la noción que las enlaza y agrupa. Aquí, por una parte, existe una obligación de competir de Derecho público entre los operadores económicos y el Estado y, por otra parte, se establecen las obligaciones de Derecho privado entre los operadores económicos derivadas del tráfico económico.

1. Regulación de la obligación de competir

En los países con Estados de Derecho administrativo como los latinoamericanos y los de la Unión Europea⁴⁶, el control de la libre competencia se ha incorporado al Derecho público⁴⁷ haciendo surgir la actividad administrativa de regulación económica al lado de las tradicionales funciones de prestación de servicios públicos y de control del orden público y de las actividades de los ciudadanos⁴⁸.

La regulación económica es “una actividad de interés general y del poder público con un objetivo económico”⁴⁹, que constituye una intervención del Estado concentrada en la aplicación de la normativa de

44 Ejan Mackaay et al., *Analyse Économique du Droit* (Paris: Dalloz, 3^e ed., 2021), 546.

45 Jacques Petit y Pierre-Laurent Frier, *Droit Administratif* (Paris: LGDJ, 13^e ed., 2019-2020), 374.

46 Jacques Caillosse, *L'État du droit administratif* (Paris: LGDJ, 2^e ed., 2017).

47 Stéphane Braconnier, *Droit public de l'économie*, 9.

48 José Amando Mejía Betancourt, “La actividad administrativa de regulación económica” en *Retos del Derecho Público en la tercera década del siglo XXI*, coord. José Araujo-Juárez y Víctor Rafael Hernández-Mendible (Caracas, EJV – CERECO, 2021). 619.

49 Truchet, *Droit administratif*, 405.

la competencia. La regulación tiene como objeto todas las actividades económicas, pero, en “su versión más estricta concierne a las actividades económicas recientemente abiertas a la competencia después de haber constituido por largo tiempo servicios públicos explotados como monopolio por las empresas públicas. Ella es particularmente necesaria por las actividades conectadas en redes”⁵⁰. Desde la perspectiva que venimos tratando en este artículo, la actividad administrativa de regulación económica concierne, interesa y atañe específicamente a la obligación de competir de los operadores económicos en el mercado.

2. La autorregulación regulada del mercado

El Derecho administrativo de la competencia es un derecho objetivo que “existe para fijar un marco muy general, seguidamente, para determinar las condiciones en las cuales las voluntades individuales serán jurídicamente eficientes y en fin para establecer el régimen de sanciones a las trasgresiones. Por el resto, la libertad individual tendrá carta blanca”⁵¹. La intención del legislador es dejar a los operadores económicos el máximo de libertad para el establecimiento de sus relaciones jurídicas en el mercado que son de Derecho privado patrimonial.

El Derecho administrativo de la competencia, al aceptar el protagonismo del Derecho privado, busca conciliar el interés general con los intereses individuales y armonizar el funcionamiento competitivo de la economía con el derecho subjetivo de los operadores económicos. Entiende que el Derecho privado tiene como función atribuir a los individuos derechos subjetivos donde ellos son los autores y la fuente y que los individuos se obligan a hacer, a no hacer o a dar una cosa, de donde nace un vínculo jurídico, un lazo obligatorio entre el deudor y el acreedor y surge una interdependencia estrecha entre ellos⁵².

Desde la perspectiva del Derecho administrativo se puede analizar y considerar el panorama que presenta el sistema jurídico de la libre competencia como expresión y una variante general del fenómeno jurídico de la “autorregulación regulada”⁵³. Por ello, aquí el Derecho administrativo de la competencia se posiciona como regulador del juego de autorregulación competitiva de los operadores económicos en el mercado. Se ha creado una regulación normativa pública a la regulación contractual privada, con la presencia de una autoridad administrativa que, disponiendo de la legitimidad de la imparcialidad⁵⁴, y desde una posición independiente⁵⁵, garantiza el funcionamiento competitivo de la economía.

Para el sistema de la competencia el mercado “es el lugar físico o virtual donde se encuentran la oferta y la demanda, lo que permite que surja un precio exacto. Para esto, él está gobernado por el principio de la libre competencia. El mercado es el alfa y el omega del derecho de la competencia”⁵⁶. Si bien para explicar el mecanismo de la competencia es necesario recurrir primero que nada a la ciencia económica, corresponde al Derecho de la competencia garantizar su funcionamiento, en este sentido “la competencia es la ley del mercado”⁵⁷.

El sistema de la libre competencia se revela pues como una manifestación jurídica y económica de autorregulación privada de los operadores económicos que, respetando la ley, participan libremente en el mercado y compiten voluntariamente entre ellos. Los operadores económicos aceptan las fronteras normativas establecidas por el Derecho administrativo y dentro de dichas fronteras despliegan libremente

50 Truchet, *Droit administratif*, 406.

51 Ricci y Lombard, *Droit administratif des obligations*, 2.

52 Ricci y Lombard, *Droit administratif des obligations*, 3.

53 José Esteve Pardo, *Lecciones de Derecho administrativo* (Madrid: Marcial Pons, 9ª ed., 2019), 83.

54 Pierre Rosanvallon, *La légitimité démocratique* (Paris: Éditions du Seuil, 2008), 139.

55 Truchet, *Droit administratif*, 94.

56 Marie-Anne Frison-Roche, *Les 100 Mots de la régulation* (Paris: Que sais-je ? puf, 2011), 91.

57 Frison-Roche, *Les 100 Mots de la régulation*, 37.

sus actividades económicas. El Derecho administrativo de la competencia funciona como el marco jurídico de la autorregulación contractual de los operadores económicos.

La doctrina explica que la autorregulación de los particulares se ha desarrollado como una nueva y pujante fuente del Derecho Administrativo, que se ha ido “incorporado al ordenamiento jurídico, adquiriendo así la condición de normas de Derecho objetivo, de obligada observancia y que se toman como referencia por los poderes públicos, Administraciones y Tribunales”⁵⁸. La autorregulación que se genera en el ámbito privado asume unas referencias a las que ajustan su actuación los particulares y “tienen unas condiciones de validez y unos efectos que se circunscriben a las relaciones entre particulares que convencionalmente mediante contratos y otros instrumentos, pueden acordar libremente los presupuestos y efectos de esas normas y referencias. Son por tanto normas que requieren la previa aceptación de los sujetos y que no son exigibles más allá del círculo de sujetos que convienen en su aceptación”⁵⁹. Por ejemplo, el “derecho flexible” al que nos hemos referido anteriormente encuadra dentro de estas apreciaciones como un complemento de la autorregulación privada.

Si la autorregulación se generaba en el ámbito privado al margen de los poderes públicos, ha adquirido desde el siglo pasado nuevas extensiones⁶⁰. Se ha producido una recepción por parte del Estado del fenómeno autorregulador, cuando las normas y referencias de la autorregulación se asumen como propias por los poderes públicos mediante específicas fórmulas y maneras de recepción, lo que permite aprovechar las aportaciones de la autorregulación privada e insertarlas en el ordenamiento público⁶¹. Vemos como el Derecho administrativo de la competencia con sus instituciones, mecanismos, fórmulas y técnicas, produce el efecto de incorporar al ordenamiento jurídico la autorregulación competitiva de los operadores económicos en el mercado.

3. Competencia y legalidad administrativa

El Derecho de la competencia tiene la vocación de “aplicarse a todas las actividades de producción, de distribución y de servicios y comprendidas todas aquellas realizadas por las personas públicas”⁶², lo que ha favorecido e impulsado la entrada y presencia del principio de la libre competencia de manera significativa en el ámbito de las actividades administrativas. Se ha producido una recepción del régimen jurídico de la competencia por el Derecho administrativo. Esto, ya que las actividades administrativas con efectos económicos deben respetar y aplicar el Derecho de la competencia. Lo anterior significa que se impone a los actos de las autoridades administrativas cuando sus decisiones tienen un efecto sobre la competencia, como por ejemplo los actos de atribución de contratos de la Administración, los actos de gestión del dominio público y los actos de atribución de derechos exclusivos o especiales⁶³. En el Derecho europeo se observa la incorporación del Derecho de la competencia a las fuentes de la legalidad administrativa, y los actos de la Administración se controlan por el juez según su conformidad con el Derecho de la competencia.

4. Control de la obligación de competir.

El control de la obligación de competir se plantea principalmente en dos escenarios jurídicos que se complementan: uno de Derecho administrativo donde la Administración realiza un control del incumplimiento de la obligación de competir, y otro de Derecho privado, donde es posible para los particulares pedir un control jurisdiccional sobre la responsabilidad civil que se deriva de los daños y perjuicios causados por el

58 Esteve Pardo, *Lecciones de Derecho administrativo*, 83.

59 Esteve Pardo, *Lecciones de Derecho administrativo*, 83.

60 Esteve Pardo, *Lecciones de Derecho administrativo*, 83.

61 Esteve Pardo, *Lecciones de Derecho administrativo*, 84.

62 Stéphane Braconnier, *Droit public de l'économie*, 58.

63 Delaunay, *Droit Public de la Concurrence*, 277.

incumplimiento de la obligación de competir. El control administrativo se refiere al contenido de la obligación de competir y el control jurisdiccional versa sobre las consecuencias en materia de responsabilidad civil del incumplimiento de la obligación de competir. Hay, además, un tercer escenario para tener en cuenta de control de la obligación de competir, cuando se sanciona penalmente una práctica anticompetitiva como la colusión.

Siguiendo la terminología usual en esta materia podemos decir que la aplicación pública del Derecho de la competencia consiste en el control administrativo del incumplimiento de la obligación de competir, y que la aplicación privada del Derecho de la competencia reside en el control jurisdiccional de la responsabilidad civil derivada del incumplimiento de la obligación de competir.

II. CODIFICACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA COMPETENCIA

Una vez que hemos constatado la existencia de un Derecho administrativo de la competencia, nuestra idea es plantear la necesidad de su consolidación mediante un proceso de codificación. Lo anterior, para que se fortalezca la armonía con el Derecho privado, proporcione coherencia y seguridad al sistema jurídico de la competencia, contribuya con la funcionalidad de su régimen jurídico y promueva la conciliación entre los intereses generales y los intereses de los particulares. La codificación es una “técnica jurídica de creación del derecho que apunta a retomar, reorganizar y sistematizar un conjunto de normas jurídicas de manera metódica en el seno de un documento único”⁶⁴.

A. Simplificación y calidad del Derecho

El Derecho administrativo de la competencia, en permanente elaboración y ajuste, puede ser conceptualizado en su conjunto, utilizando el criterio de confeccionar un “Código” desde el punto de vista de la “simplificación y calidad del Derecho”. Simplificar es hacer menos complejo el Derecho y los procedimientos en vigor. La calidad tiene que ver con disponer de un dispositivo jurídico que facilite el acceso al derecho y la aplicación de la norma. En algunos países como en Francia, tierra de códigos, la política pública de hacer accesible e inteligible la norma responde incluso a valores constitucionales.

La codificación del régimen jurídico de la competencia permitiría ubicar esta materia de manera sistemática y completa en el ámbito del Derecho administrativo latinoamericano, apuntar a un objetivo de claridad y simplificación del Derecho de la competencia, y atender adecuadamente el problema de su complejidad para bajar el nivel de complicación y mejorar su comprensión. La simplificación permite dominar el contenido de este derecho compuesto por un conjunto normativo que se percibe como confuso y diverso, y establecer principios que proporcionen estabilidad y seguridad jurídica a los operadores económicos.

La codificación también puede contribuir eficazmente a la calidad del Derecho de la competencia, siempre que no se limite a hacer ajustes terminológicos o formales y se proponga presentar de manera comprensible, coherente y accesible las reglas vigentes. Se piensa en un Código que tenga como objetivo proporcionar seguridad jurídica. Una codificación de calidad implica varias cosas. Primero, claridad para trabajar contra la oscuridad de una norma difícil de identificar. Segundo, accesibilidad para llegar a la norma sin dificultad. Tercero, estabilidad a fin de mantener sin cambios los conceptos jurídicos generales, en el sentido de fijar así conceptos y reglas “generales” que permiten seguir las evoluciones de la literatura económica. Cuarto, previsibilidad que permita al usuario de la norma tener una visión clara de las situaciones futuras y prepararse

64 Bernard Beignier, *La Codification* (Paris: Dalloz, 1996).

frente a la incertidumbre. Quinto, generar confianza legítima en una autoridad administrativa para que no se defrauden las expectativas que han creado las normas y decisiones, sustituyéndolas inesperadamente por otras de signo distinto. Sexto, y finalmente, homogeneidad para conseguir que las nociones jurídicas básicas se puedan conceptualizar y armonizar en un conjunto normativo enlazadas racionalmente entre sí⁶⁵.

B. Un Código de Intervención

No se trata de una codificación innovadora ni reformadora que tiene por objeto transformar a la vez la forma y contenido del Derecho. Tampoco consiste en una codificación del derecho existente que se limita simplemente a modificar su estructura y forma, pero no su contenido y solo intenta cambios en la manera de presentar el derecho existente que, al pretender modificar la letra sin modificar el espíritu, manifiesta una cierta neutralidad de la operación y excluye toda modificación de fondo de los textos codificados donde solo cambios de forma son autorizadas.

Lo que se propone es una codificación de intervención que tome parte sin alterar el derecho vigente, con el propósito de estimular modificaciones futuras a fin de mejorar la legibilidad y el acceso al sistema jurídico de la competencia. Intervenir un conjunto normativo complejo aportando simplificación y calidad al Derecho y propiciar eventuales cambios⁶⁶. Esta técnica de intervención se concentra en el impacto que puede tener el “plan” del Código, pensado como un Código del Derecho administrativo de la competencia y con la introducción de la noción jurídica de la obligación de competir como su hilo conductor.

En tal medida, el modelo de Código de la Competencia que se propone, de ser aprobado por un país que decida incorporarlo a su derecho positivo, debería ser aprobado con rango de Ley, como una nueva ley en la materia. En tal medida, la idea es que el modelo de Código de la Competencia presente los principios y nociones básicas que ya se encuentran en la legislación existente, e incorpore nuevas nociones, como por ejemplo la de “obligación de competir”, y que no entren en contradicción con el derecho vigente, asumiendo que de esta manera se aporta “simplificación y calidad” al derecho vigente. Estas nuevas nociones pueden estimular eventuales cambios en futuras modificaciones del derecho positivo⁶⁷.

A este respecto, el plan de dicho código es central, pues es el alma de toda codificación porque está intrínsecamente vinculado con la idea de racionalización que anima la noción de Código. El plan recoge y ordena un conjunto de principios generales y reglas básicas que tendrán una repercusión sobre la interpretación del derecho vigente, pues al añadir nuevos conceptos a los establecidos en la ley se crean nuevos vínculos y significados entre ambos. Con el modelo de Código se propone poner un segundo piso normativo sobre el derecho existente sin contradecirlo, con la idea de producir una intervención incitadora. Con esta técnica ocurre que se borran vínculos anteriores entre los diferentes artículos y se crean unos nuevos produciendo evoluciones formales y sustanciales. Esta manera de codificar constituye una situación excepcional donde el codificador provoca una modificación de fondo, al crear un nivel jurídico distinto por encima del derecho existente cambiando su perspectiva y orientación.

Se suele decir que la codificación toca la textura del derecho y se establece como una fuente esencial del ordenamiento jurídico. El usuario del Código gana en horizontalidad, pues hay una recopilación exhaustiva de reglas básicas, y gana en verticalidad, pues existe ahora una organización normativa coherente. El usuario

65 Conseil D'État, *Simplification et qualité du droit* (Paris: La documentation Française, Étude annuelle 2016).

66 Mattias Guyomar, “L'ordonnement des normes : la valeur des codes ; approches contemporaines” en *Commission Supérieure de Codification Rapport d'activité 2014* (Paris : 2014), 62.

67 Esta manera de proceder fue la que se utilizó en el ejemplo referido del modelo de Código Tributario para América Latina, lo que facilitó que fuese adoptado por muchos países de la región. Octavio, “El Proyecto de Código Tributario en Venezuela”, 23.

comienza a tomar en cuenta las transformaciones inducidas por el Código y a pensar el derecho de otra manera. El Código se muestra como preferible a una situación dispersa y fragmentada del Derecho de la competencia, puede sintetizar lo esencial de la normativa que es posible extraer de sus diferentes parcelas y divisiones, y favorece una presentación completa de la materia.

Con el modelo de Código se busca la creación de un conjunto jurídico que reposa sobre el trabajo de reunir y ordenar principios y reglas aplicables en una óptica sistemática y de ordenamiento, para reforzar el régimen jurídico de la competencia vigente en los países de la región.

1. Efectos del Código

El Código puede producir efectos cualitativos y cuantitativos sobre las fuentes del Derecho de la competencia. El plan del Código, por ejemplo, tiene incidencia sobre el sistema jurídico al concebir un Derecho razonado, accesible, ordenado y sistematizado. Se pretende desarrollar un modelo de Código que si bien reconoce el protagonismo del Derecho administrativo de la competencia tenga efectos moderados en el derecho vigente, utilizando los criterios que se pasan a enumerar. Primero, que no se acompañe de la abrogación de textos legales ni constituya una operación de compilación o consolidación de normas. Segundo, que identifique, recoja y clasifique los principios y reglas fundamentales dispersas en la legislación. Y tercero, que sea un Código que se sitúe por encima como un segundo piso de la normativa vigente.

2. Conceptos derivados del Derecho civil

El reconocimiento por el modelo de Código de la noción de obligación requiere un desarrollo creativo de nuevos conceptos jurídicos derivados del Derecho civil de las obligaciones y que se ubiquen adecuadamente en el contexto teórico de las categorías jurídicas, principios y valores del Derecho administrativo de la competencia, que permitan expresar adecuadamente el régimen jurídico del vínculo obligatorio entre el Estado y los operadores económicos. Un buen antecedente y ejemplo ha constituido la aclimatación conceptual y adaptación del lenguaje y de las nociones de la teoría de las obligaciones al Derecho tributario latinoamericano.

Aunque se entienda que el Derecho de la competencia es común al Derecho público y al Derecho privado en el sentido que lo concibe el Derecho de la Unión Europea, que “produce reglas que no son ni de derecho público ni de derecho privado, que tienen vocación de ser aplicables en los dos derechos, ellas son de Derecho administrativo en su campo de aplicación y de Derecho privado en el suyo”⁶⁸. Con todo, es preciso tener en cuenta que el Derecho administrativo y el Derecho privado proceden de unos principios distintos. En el caso del Derecho público, lo central es la búsqueda del interés general y la desigualdad fundamental entre personas públicas y privadas, mientras que en el Derecho privado lo central es la igualdad de los sujetos de derecho y la autonomía de la voluntad. Las divergencias son notables entre las reglas de uno y del otro⁶⁹. En este contexto la teoría de la obligación de competir se inscribe en el doble movimiento contemporáneo de la concertación administrativa y “contractualización” de la producción normativa, que atenúa el unilateralismo de la actividad de la Administración y del legislador⁷⁰.

C. Confluencia de materias

Con el modelo de Código se pretende hacer confluir en un mismo texto normativo el conjunto de reglas que tienen por finalidad garantizar el funcionamiento competitivo del mercado y que no resulta fácil ubicarlas en el sistema jurídico, con el fin práctico de hacerlas funcionar con las otras ramas del derecho⁷¹.

68 Truchet, *Droit administratif*, 35.

69 Truchet, *Droit administratif*, 35.

70 Plessix, *Droit administratif général*, 1115-1116.

71 Frison-Rocha y Roda, *Droit de la concurrence*, 17.

A este respecto, normalmente en el mundo legislativo y académico, el Derecho de la competencia se separa en tres grandes áreas: competencia desleal, *antitrust* y regulatorio. Lo anterior, conforme a una secuencia histórica de la contribución de estas disciplinas jurídicas con la libre competencia⁷². Además de la evolución histórica hacia la convergencia en sus objetivos, el agrupamiento de estas materias en el modelo de Código cobra sentido al adoptar la perspectiva del Derecho administrativo como protagonista fundamental de la materia y utilizar el concepto de la obligación de competir como el principal instrumento de la técnica jurídica aplicable, común a todas sus áreas normativas.

D. Bosquejo de un modelo de Código

A continuación, hacemos un trazo sin definir los contornos para indicar los contenidos fundamentales que puede tener el modelo de Código:

I.- DISPOSICIONES GENERALES, que comprenda los principios básicos y fundamentales de la materia, por ejemplo:

A.- Objetivos económicos del Derecho de la competencia.

B.- Campo de aplicación⁷³:

Primero, *Ratione personae*, a los operadores económicos y a la Administración Pública como los dos grandes actores en la actividad económica.

Segundo, *Ratione materiae*, el Derecho administrativo de la competencia no es un derecho sectorial y tiene la vocación de aprehender el conjunto de las actividades económicas, aunque no se aplique de manera uniforme en todos los sectores económicos como las industrias en red que son objeto específico del Derecho de la regulación económica, y aquellos donde operan excepciones como, por ejemplo, la política agrícola en el Derecho de la Unión Europea.

Tercero, *Ratione loci*, se refiere a la competencia normativa para indicar la aplicación geográfica de las normas del Derecho administrativo de la competencia. Que responden normalmente a un criterio de territorialidad objetiva, ya que, tiene que existir un efecto y un impacto en el territorio nacional de una restricción a la competencia para que sean aplicables las reglas nacionales de la competencia.

C.- El mercado relevante.

D.- Interpretación y análisis económico del Derecho de la competencia.

E.- Potestades administrativas.

F.- Fuentes normativas: legalidad y derecho flexible.

II.- LA OBLIGACIÓN DE COMPETIR, que comprenda por ejemplo los siguientes aspectos:

A.- La obligación de competir.

B.- La relación jurídico-competitiva: sujeto activo y sujeto pasivo.

⁷² Primero, apareció el Derecho de la competencia desleal en Europa como un derecho corporativo profesional. Segundo, surgió el Derecho antitrust en Estados Unidos cuando el 2 de julio de 1890, se dicta la “Sherman Act” que prohíbe las ententes y los monopolios. Tercero, al final de la década de los años 90 del siglo pasado el Derecho regulatorio se perfila como una nueva disciplina jurídica, cuando en Estados Unidos se pasa de un modelo de regulación en monopolio al modelo vigente de regulación en competencia.

⁷³ Nicolas Petit, *Droit Européen de la concurrence* (Paris: LGDJ, 3ª edición, 2020), 112.

- C.- La determinación de la obligación de competir.
- D.- Incumplimiento de la obligación de competir.
- E.- El hecho anticompetitivo.
- F.-Exenciones a la obligación de competir.
- G.- Legalidad de la obligación competitiva.
- H.- Interpretación de la obligación de competir.
- I.- Prescripción de derechos y acciones.
- J.- Colaboración con la Administración.

III.- DERECHO MATERIAL, que comprenda las siguientes materias:

- A.- Competencia desleal.
- B.- Derecho Antitrust.
- C.-Derecho regulatorio.
- D.- Ilícitos competitivos y Sanciones.

IV.- DERECHO FORMAL, que se refiera a los siguientes aspectos:

- A.- Autoridad Administrativa Independiente⁷⁴.
- B.- Procedimientos administrativos.
- C.- Regulación económica.
- D.- Deberes de los operadores económicos.

IV.- CONTROL JURISDICCIONAL, con referencia los siguientes aspectos:

- A.- Revisión de los actos de la Autoridad administrativa, Recursos Administrativos y Recurso Contencioso Administrativo (“public enforcement”).
- B.- Acciones indemnizatorias derivadas de la responsabilidad civil por incumplimiento de la obligación de competir (“private enforcement”)⁷⁵.
- C.- Medidas cautelares.
- D.- Amparo competitivo.
- E.- Transacción judicial.
- F.- Arbitraje.

⁷⁴ José Amando Mejía Betancourt, “Las autoridades independientes de regulación económica”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N° 16 (2021), 311.

⁷⁵ Anglicismos tomados del derecho antitrust norteamericano que son utilizados normalmente en el vocabulario del Derecho de la competencia.

III.CONCLUSIÓN: EL NUEVO DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA COMPETENCIA

El régimen jurídico administrativo de la libre competencia en América Latina ha alcanzado un importante nivel de madurez que exige y requiere de su necesaria consolidación mediante un apropiado proceso de codificación, para evitar regresiones institucionales producto de intervenciones políticas y de la manera como las autoridades perciben la noción misma de competencia. Esto constituye una oportunidad que debe ser aprovechada pues el legislador latinoamericano, en este momento, tiene conciencia que se está produciendo una transición de un Derecho administrativo de la intervención económica a un nuevo Derecho administrativo de la competencia.

América Latina es un continente de Derecho administrativo con una importante escuela jurídica y una avanzada doctrina, que observan con mucho interés los cambios que está trayendo la llegada de las reglas de la competencia al Derecho público. No significa que “todo deviene Derecho público”, como se quejaba el jurista francés Jean-Étienne-Marie Portalis, uno de los redactores del Código Napoleónico de 1804⁷⁶, sino que, el Derecho de la competencia no puede ser practicado ni pensado hoy en día en América Latina sin el Derecho público. Corresponde entonces al Derecho administrativo asumir un protagonismo como derecho del funcionamiento del Estado, que procede del Estado, se aplica a él y a sus relaciones con los particulares, y tiene como objetivo satisfacer el interés general.

El Derecho moderno de la competencia llegó a Europa procedente de Estados Unidos después de la Segunda Guerra Mundial, como una condición del “plan Marschall” de reconstrucción⁷⁷. Es más, no formaba parte de las tradiciones jurídicas europeas inclinadas más bien a defender la “cartelización” en Alemania y los “monopolios” públicos en Francia⁷⁸. Por su afiliación al Derecho público “el Derecho de la competencia de la Unión Europea se ha convertido, al lado del Derecho antitrust americano, en un segundo modelo para el Derecho de la competencia”⁷⁹. Los Estados miembros reproducen obligatoriamente el Derecho de la competencia de la Unión Europea y la gran mayoría de los sistemas jurídicos han “elaborado unas reglas de la competencia globalmente similares, porque se inspiran en su origen del Derecho antitrust de los Estados Unidos. Lo que varía, es la forma y manera como estas reglas son puestas en obra”⁸⁰. Las diferencias que existen entre ambos modelos a partir de “reglas extremadamente próximas en el tiempo y en su sustancia, muestran que la estructura y la vida de las reglas, lejos de obedecer solamente a la función de control que tienen asignadas, dependen en realidad largamente del contexto sociohistórico en las cuales nacen y se desarrollan”⁸¹. En los países de derecho escrito la compatibilidad del Derecho de la competencia con el Derecho administrativo es una realidad.

América Latina no dispone de una estructura jurídica externa y superior como la Unión Europea que ha obligado a los países miembros a adoptar y mantener la economía de mercado. Por ello, pensamos que la adaptación del Derecho de la competencia al Derecho público latinoamericano puede contribuir a su consolidación, mejorar significativamente su comprensión y hacerlo más fácilmente asimilable. Lo que ayuda a ordenar su régimen jurídico que sin este marco referencial luce a la deriva y vulnerable a los cambios políticos que siempre han interferido a lo largo de la historia del Derecho de la competencia⁸². El modelo de Código que se propone permitiría situar la materia claramente dentro del ámbito Derecho administrativo y

76 Jean-Étienne-Marie Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil 1801* (Bordeaux: Éditions Confluences, 2004), 12.

77 Petit, *Droit Européen de la concurrence*, 56.

78 Louis Vogel, *L'américanisation du Droit de la Concurrence* (Paris: Éditions Panthéon-Assas, 2019), 9.

79 Mackaay et al., *Analyse Économique du Droit*, 494.

80 Frison-Roche, *Droit de la concurrence*, 61.

81 Vogel, *L'américanisation du Droit de la Concurrence*, 10.

82 Frison-Roche, *Droit de la concurrence*, 61.

robustecer las importantes renovaciones jurídicas que se están produciendo de diversas maneras un tanto confusas, sin un concepto ni una visión clara de las transformaciones jurídicas y políticas en curso.

Si el Derecho público constituye el derecho del poder político⁸³, de la fundación y funcionamiento del Estado, el Derecho administrativo mantiene, por lo tanto, unos vínculos muy estrechos con la sociedad que lo hacen el más político de todos los derechos⁸⁴. El Derecho administrativo no es un derecho aislado en Latinoamérica, tiene un gran protagonismo y una estrecha relación con el desarrollo económico y social, asunto de importante connotación política en la región. Los enormes avances jurídicos e institucionales de la libre competencia en Latinoamérica son manifestación de una voluntad política de aceptación del modelo de una economía competitiva de mercado; como consecuencia del proceso de globalización de la economía, el debilitamiento del crecimiento económico y la crisis financiera del Estado providencia⁸⁵ que han provocado el retroceso del Estado intervencionista⁸⁶. Por ello, es importante dejar claro, en este momento, que el Estado en Latinoamérica no se ha desentendido de la economía, ni la ha relegado a un segundo plano, ni la ha abandonado a su suerte, sino que ha cambiado su posición estratégica frente a ella pasando de ser un Estado intervencionista a un Estado garante⁸⁷ del juego económico competitivo, para lo cual se ha dotado de un Derecho administrativo de la competencia conforme a sus tradiciones jurídicas.

Para los responsables políticos latinoamericanos estrechamente comprometidos con la presencia del Estado en la vida económica, la adopción de un Código de la Competencia podrá confirmar que el Estado continua jugando un importante rol en el desarrollo económico pero de una manera distinta, al estructurarse un nuevo Derecho administrativo ordenador de la actividad del Estado frente a la economía, de sus relaciones con los actores y operadores económicos y conciliador del interés general con los derechos de los particulares.

(Veurne, Bélgica, marzo 2024).

83 Benoît Plessix, *Le Droit Public* (Paris: Que sais-je ?, 2022), 11.

84 Prosper Weil y Dominique Pouyaud, *Le droit administratif* (Paris: Que sais-je ? puf, 24ª ed., 2016), 4.

85 Pierre Rosanvallon, *La Crise de l'État-providence* (Paris: Éditions du Seuil, 3ª ed., 1992).

86 Nicinski, *Droit Public des Affaires* 40.

87 José Araujo-Juárez, "Aproximación a los fundamentos ideológicos del Derecho Administrativo" en *Hacia un Derecho administrativo para retornar a la democracia*, coord. Víctor Rafael Hernández-Mendible y José Luis Villegas Moreno (Caracas: Cidep – Cereco, 2018), 84.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acedo Penco, Ángel. *Teoría General de las Obligaciones*. Madrid: Dykinson, 4ª edición, 2019.
- Alfonzo Paradisi, Juan Domingo. "De los deberes constitucionales de los ciudadanos en la Constitución de 1999". En *Principios Fundamentales del Derecho Público. Desafíos Actuales*, coord. Allan R. Brewer-Carias y José Araujo-Juárez, 463. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana Internacional, 2020.
- Araujo-Juárez, José. "Aproximación a los fundamentos ideológicos del Derecho Administrativo". En *Hacia un Derecho administrativo para retornar a la democracia*, coord. Víctor Rafael Hernández-Mendible y José Luis Villegas Moreno, 73-88. Caracas: Cidep – Cereco, 2018.
- Beignier, Bernard. *La Codification*. Paris: Dalloz, 1996.
- Braconnier, Stéphane. *Droit public de l'économie*. Paris: THÉMIS puf, 2º edición, 2017.
- Caillousse, Jacques. *L'État du droit administratif*. Paris: LGDJ, 2ª edición, 2017.
- Carbajo Cascón, Fernando. "Introducción al Derecho de la competencia". En *Manual Práctico de Derecho de la Competencia*, coord. Fernando Carbajo Cascón, 19-51. Valencia: tirant lo blanch, 2017.
- Conseil D'État. *Le droit souple*. Paris: La documentation Française, Etude annuelle 2013.
- Conseil D'État. *Simplification et qualité du droit*. Paris: La documentation Française, Étude annuelle 2016.
- Cordero Lobato, Encarna y Manuel Jesús María López. *Derecho de obligaciones y contratos en general*. Madrid: Tecnos, 5ª edición, 2021.
- Delaunay, Benoit. *Droit Public de la Concurrence*. Paris: LGDJ, 2º edición, 2018.
- Frison-Roche, Marie-Anne y Jean-Christophe Roda. *Droit de la concurrence*. Paris: Dalloz, 2º edición, 2022.
- Frison-Roche, Marie-Anne. *Les 100 Mots de la régulation*. Paris: Que sais-je ? puf, 2011.
- Guyomar, Mattias. "L'ordonnancement des normes : la valeur des codes ; approches contemporaines". En *Commission Supérieure de Codification Rapport d'activité 2014*, 62. París: 2014.
- Hernández-Mendible, Víctor R. "El dilema del sector eléctrico: entre el Estado prestacional y el Estado garante". En *Aproximaciones comparadas sobre el sector eléctrico en Iberoamérica*, coord. Marisol Anglés Hernández y Margarita Palomino Guerrero, 27. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2022.
- Mackaay, Ejan, Stéphane Rousseau, Pierre Larouche y Alain Parent. *Analyse Économique du Droit*. Paris: Dalloz, 3ª edición, 2021.
- Maurie-Vignal, Marie. *Droit de la concurrence interne et européen*. Paris: SIREY, 8º edición, 2020.
- Maurie, Philippe, Laurent Aynès y Phillippe Stoffel-Munck. *Droit des Obligations*. Paris: LGDJ, 11ª edición, 2020.
- Martin Aresti, Pilar. "Relaciones entre el derecho de la competencia de la Unión Europea y el derecho nacional español de la libre competencia". En *Manual Práctico de Derecho de la Competencia*, coord. Fernando Carbajo Cascón, 53-93. Valencia: tirant lo blanch, 2017.
- Mejía Betancourt, José Amando. "La teoría de la obligación tributaria en el Derecho público venezolano". En *30 años de la Codificación del Derecho Tributario en Venezuela, Tomo I Derecho Tributario Sustantivo, Memorias de las XI Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, 367. Caracas: AVDT, 2012.



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:
<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

Cómo citar este artículo:

José Amando Mejía Betancourt, "Codificación del Derecho de la Competencia en América Latina",
Investigaciones CeCo (abril, 2024),

<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a info@centrocompetencia.com
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile