

Artículos

La libertad económica y el Régimen de la Protección de la Competencia

Judith Rieber de Bentata

*Profesora de Derecho Administrativo,
adscrita al Instituto de Derecho Público - U.C.V.*

SUMARIO

- I. INTRODUCCION
- II. DERECHO COMPARADO
 1. *Estados Unidos.* 2. *Europa, especial referencia a la Legislación española.* A. Introducción. B. España. C. Suecia.
- III. LA SITUACION EN VENEZUELA
 1. *Intervención del Estado en el proceso económico.* 2. *Cuestiones más importantes que se han planteado en la elaboración de las bases de la Ley.* 1. Sujeto pasivo de la Ley. 2. Ambito de la Ley. 3. Conductas reguladas. 4. Organismo competente. 5. Sanciones.

I. INTRODUCCION

Debemos tener claro que el límite de la libertad económica de cada uno está en la posibilidad que tienen los demás de ejercer esa misma libertad, por lo que surge la necesidad de una regulación, de algún tipo, para lograrlo. Uno de los problemas que ello plantea es el de diseñar un modelo tal, que convierta esta regulación en un estímulo para el desarrollo económico y no en un obstáculo, que es la premisa que debe guiar cualquier forma de intervención del Estado en la economía.

Según los principios de la teoría económica clásica, la idea de los beneficios de la competencia y la del equilibrio de los mercados, conjuntamente con el principio según el cual la búsqueda del provecho individual por todos y cada uno de los agentes económicos se traduce en el máximo bienestar para la colectividad, son los pilares de una economía liberal. Dentro de esta visión estática de la economía, los monopolios y los oligopolios son figuras totalmente indeseables que deben ser eliminadas o cuando menos controladas cuando sean inevitables.

Por el contrario, la visión dinámica de la economía considera que las grandes empresas oligopólicas o incluso monopólicas, son el motor principal del progreso porque son las únicas que disponen de los recursos suficientes para lograrlo. También en este supuesto se plantea la cuestión de la competencia, pero de ciclo más largo, porque las empresas surgen, crecen y eventualmente son desplazadas o incluso, eliminadas por nuevos competidores, en lo que los autores llaman "la destrucción creativa", y así la competencia está formada, entonces, no sólo por los competidores actuales sino también por los competidores potenciales.

Según esta visión más moderna de la economía, lo que importa no es el grado de concentración económica en un momento determinado sino a largo plazo. Lo que realmente interesa es que pueda producirse libremente al acceso al mercado de nuevas empresas con una tecnología nueva, con mayor eficiencia o con cualquier otro elemento adecuado para poner en marcha la competencia. Entonces, el objetivo de la

regulación debe ser impedir que las empresas existentes en el mercado pongan obstáculos al acceso de nuevas empresas o desplacen a las existentes, utilizando métodos considerados improcedentes por las normas vigentes.

En todo caso, sea cual fuere el criterio imperante, las características propias del sistema capitalista estimulan la competencia entre los empresarios, lo cual es saludable por los efectos que produce en la actividad económica, pero siempre que ello no dé a algunos tanto poder que les permita limitar o impedir indebidamente el ejercicio de las libertades económicas por parte de los demás.

II. DERECHO COMPARADO

1. *Estados Unidos:*

Durante el siglo pasado, los Estados Unidos vivió una época en la que una competencia feroz llevó a una situación insostenible que hizo que, a pesar de las presiones de las grandes empresas, el Congreso norteamericano comenzara a dictar una serie de leyes llamadas inexactamente antitrust.

Así, en 1890, se dicta el primer cuerpo de normas sobre esta materia, conocido como la Ley Sherman, la cual prohíbe los contratos, conspiraciones y combinaciones que restringen la competencia en cualquier rama de la actividad económica. Esta es enmendada por la Ley Clayton la cual adopta un criterio preventivo al regular las actividades que puedan tener como efecto la restricción de la competencia. Esta última ley es enmendada por la Ley Celler-Kefauver y posteriormente, por la Ley Wheeler-Lea. En 1914 se dicta la Ley de la Comisión Federal de Comercio para crear un organismo administrativo especializado, que tiene a su cargo la aplicación de las leyes sobre esta materia, sin perjuicio de las competencias que le corresponden, entre otros, al Departamento Antitrust de la Federal Bureau of Investigations (FBI) y al Fiscal General. Además de estas leyes de contenido más o menos general, se dictan otras leyes de contenido especial dirigidas al sector agrícola como la Ley Capper-Volstead (1922), la Ley de Cooperativas de Ventas (1926), la Ley de Regulación Agrícola (1933), la Ley de Acuerdos de Mercadeo Agrícola (1938), entre otras. También se ha regulado mediante ley especial el mercadeo colectivo de la pesca, así como la actividad bancaria. Por otra parte, se dictó la Ley del Proceso Civil Antitrust, en 1962, que, entre otras cosas, establece la obligatoriedad de los particulares de exhibir los documentos que le sean exigidos, además de las obligaciones de las autoridades en cuanto a la utilización y custodia de los mismos.

2. *Europa:*

A. *Introducción*

En cuanto a la legislación europea, aun cuando en algunos casos es de vieja data, parece más lógico partir del Tratado de Roma de 1957, mediante el cual se crea la Comunidad Económica Europea, cuyos artículos 85 a 88 contienen las reglas aplicables a las empresas en materia de libre competencia.

Según el Tratado de Roma (artículo 85), se consideran "incompatibles con el mercado común y prohibidos todos los acuerdos entre empresas, todas las decisiones de asociaciones de empresas y toda práctica concertada, susceptible de afectar el comercio entre los Estados miembros y que tienen por objeto o por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común", y especialmente las que consisten en fijación de precios u otras condiciones de la transacción, limitación o control de la producción, el desarrollo técnico o las inversiones; el

reparto de los mercados o de las fuentes de aprovisionamiento; la aplicación de condiciones desiguales a prestaciones equivalentes, produciendo así una desventaja en la competencia; y los contratos atados. Todos estos acuerdos son nulos de pleno derecho.

Sin embargo, el mismo Tratado exceptúa de la prohibición antes referida "toda práctica concertada que contribuya a mejorar la producción o la distribución de productos o promover el progreso técnico o económico, reservando a los usuarios una parte equitativa del beneficio que resulte", sin imponer a quienes sean perjudicados, restricciones no indispensables para alcanzar el objeto perseguido (Artículo 85.3). También prohíbe el Tratado de Roma el abuso de la posición dominante en el mercado.

Se asume así un criterio dinámico de la economía al no prohibir los monopolios y las prácticas concertadas *per se*, porque se entiende que en algunos casos ellas son beneficiosas para la economía considerada en su globalidad.

En ejecución de estas y otras disposiciones contenidas en este mismo Tratado, los países miembros de la Comunidad Económica Europea han ido adecuando su legislación interna. Así, en Francia y Bélgica la legislación sobre esta materia está contenida en diversos textos legales, mientras que de Alemania y España sólo encontramos textos únicos que contienen todo lo relativo a la materia que nos ocupa.

Alemania tiene una Ley contra las restricciones de la competencia muy extensa (106 artículos, muchos de ellos bastantes largos y extremadamente detallada, producto de la evolución doctrinaria y jurisprudencial de ese país); la ley española es más escueta y en ella nos detendremos un poco más porque ha sido presentada como modelo por muchas personas en nuestro medio.

B. España

La Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia, es una Ley de sólo 35 artículos más algunas Disposiciones Adicionales y otras Finales. Comienza la ley con una lista de prácticas prohibidas (artículos 1º al 3º). Dichas prohibiciones no serán aplicables en los casos en los cuales la restricción de la competencia sea consecuencia de la aplicación de una norma administrativa vigente para la fecha de promulgación de la Ley. Sin embargo, a partir de la promulgación de dicha ley, tales restricciones sólo podrán establecerse mediante normas de rango legal (artículo 4º). La actividad agrícola entre otras, está expresamente excluida de la aplicación de esa Ley (artículo 4º, 4º). A renglón seguido, la Ley española establece los casos en los cuales se podrá autorizar mediante decisión expresa del Tribunal de Defensa de la Competencia para la realización de actividades prohibidas en los casos permitidos por esta Ley; éstas constituyen las llamadas prácticas exceptuables (artículo 5º).

Desde el punto de vista organizativo, para la aplicación de la Ley, se crea el Servicio de Defensa de la Competencia, el Tribunal de Defensa de la Competencia y el Consejo de Defensa de la Competencia.

El Servicio de Defensa de la Competencia es una dependencia del Ministerio de Comercio que tiene a su cargo, además de todo lo relativo al Registro de Prácticas Restrictivas, la tramitación de los expedientes que serán sometidos al Tribunal de Defensa de la Competencia y en estos aspectos la vigilancia del cumplimiento de las decisiones de este último.

La tramitación de los expedientes se inicia de oficio o por denuncia de cualquier persona, interesada o no, cuando, a juicio de la Administración, existen indicios racionales de veracidad. El Servicio realiza todas las indagaciones necesarias y oye a todas las partes involucradas (artículo 22).

Para el ejercicio de sus funciones, el Servicio podrá requerir prácticamente de cualquier persona el suministro de cualquier información (artículo 23, a); ordenar la

realización de las investigaciones técnicas y periciales que considere procedentes (artículo 23, b); exhortar a que presten declaración las personas que considere necesarias (artículo 23, c); y encargar a los funcionarios públicos de cualquier dependencia la realización de todo tipo de indagación (artículo 23, d).

Una vez concluido el expediente, el Servicio decide si lo pasa o no al Tribunal de Defensa de la Competencia.

La Exposición de Motivos en su Punto 3 justifica la creación del Tribunal por la necesidad de contar con una unidad de criterio en lo que respecta a la libre competencia, a pesar de que la aplicación de la Ley produzca consecuencias tanto en el campo administrativo como en el civil y el penal.

“Desde el punto de vista jurisdiccional, de las decisiones del Tribunal sólo se deriva la declaratoria de la existencia o inexistencia de una práctica restrictiva; producida esta declaración, serán ya los distintos Tribunales los que enjuicien las consecuencias civiles, penales o laborales que de la misma hayan de derivarse...”. De otro lado, es la jurisdicción ordinaria la encargada de enjuiciar el cumplimiento o incumplimiento de la intimación que haga el Tribunal de Defensa de la Competencia “porque sus decisiones constituyen una presunción legal en relación a las demás esferas jurisdiccionales”. “De hecho, la resolución de condena no tiene otros efectos que la indiscutibilidad de los hechos declarados probados por el propio Tribunal”. (Exposición de Motivos).

El Tribunal está adscrito en lo administrativo al Ministerio de Comercio, pero goza de plena y absoluta independencia en su función. Está integrado por un Presidente designado por el Jefe de Estado y ocho vocales nombrados por Decreto, a propuesta del Ministro de Comercio; todos sus miembros son inamovibles.

Las cuestiones que pueden presentarse ante el Tribunal son de diversa naturaleza:

- a. Puede pedirse autorización para realizar las prácticas exceptuables a las cuales se refiere el artículo 5º, en cuyo caso, si el Tribunal otorga la autorización, ordenará su inscripción en el Registro Definitivo.
- b. Puede ser que la cuestión que se plantee sea una denuncia de realización de prácticas exceptuables sin la debida autorización del Tribunal, en cuyo caso se otorgará ésta y se podrá imponer una multa.
- c. Por último, también puede plantearse ante el Tribunal la realización de alguna de las prácticas prohibidas por esta Ley. Decidido esto, podrá resolver el Tribunal:
 - 1) Dirigir una intimación a los autores de las prácticas para que cesen en ello. La desobediencia es sancionada por la jurisdicción ordinaria con las sanciones establecidas en el Código Penal (artículo 27, 1). A petición del interesado, el Tribunal podrá indicarle las medidas que debe tomar para ajustarse a la Ley.
 - 2) Proponer al Consejo de Ministros la imposición de una multa.
 - 3) Pasar el asunto a la jurisdicción ordinaria para la exigencia de la responsabilidad penal, si fuere el caso.

Por otra parte, el Tribunal podrá sancionar el incumplimiento de la obligación de registrar determinados acuerdos o decisiones (artículo 26).

Por último, la Ley española crea el Consejo de Defensa de la Competencia (artículo 24) como órgano consultivo colegiado, formado por representantes del sector público y del sector privado que tiene, entre otras funciones:

1. Estudiar el grado de competencia en los distintos sectores económicos y la posible existencia de prácticas restrictivas para proponer soluciones.
2. Proponer al Servicio de Defensa de la Competencia la iniciación de una investigación en un caso determinado.

La presentación de los organismos creados por la Ley española evidencia una organización un poco complicada, sobre todo en lo referente al Tribunal.

Para comenzar, no resulta clara su naturaleza. En cuanto a la designación del Tribunal, sus miembros son nombrados por el Poder Ejecutivo, aun cuando son inamovibles y gozan de independencia funcional.

Por otra parte, los particulares no acuden directamente al Tribunal, sino que lo hacen ante el organismo administrativo —el Servicio de Protección de la Competencia— el cual ordena la instrucción del expediente “cuando existen indicios racionales de veracidad” de las denuncias; también puede el Servicio iniciar actuaciones de oficio, y es ese expediente el que pasa, para su decisión, al Tribunal.

En cuanto a las competencias que le están atribuidas, antes que ayudarnos a dilucidar la naturaleza del Tribunal, más bien nos confunden. Por una parte, emite actos que son típicamente administrativos como lo son las autorizaciones para realizar actividades exceptuables; pero por la otra, dicta actos que son jurisdiccionales en la medida que suponen una verificación de la adecuación de una conducta determinada a la Ley. Sin embargo, la única consecuencia inmediata de esta decisión, según el artículo 10 de la Ley, es que constituyen “una presunción legal de certeza, sin posibilidad de prueba en contrario, y surtirán plenitud de efectos jurídicos en todos los ámbitos jurisdiccionales o administrativos”, pero, las consecuencias civiles, penales, laborales deben ser determinadas por las autoridades correspondientes.

El Tribunal sólo impone sanciones cuando encuentra que se están realizando prácticas exceptuables sin autorización o cuando no se cumplen determinadas obligaciones de inscripción en el Registro, pero la desobediencia a las intimaciones del Tribunal es castigada, como dijimos, por la justicia ordinaria y la realización de prácticas prohibidas es sancionada con multa impuesta por el Consejo de Ministros, mientras que la responsabilidad civil o penal y sus consecuencias son establecidas por la jurisdicción correspondiente, lo que supone para el particular iniciar un nuevo proceso, esta vez ante un verdadero órgano jurisdiccional, pero con la ventaja de la declaración del Tribunal para la Defensa de la Competencia.

Por otra parte, las resoluciones del Tribunal contentivas de declaraciones (de existencia o no de prácticas prohibidas y de autorización o no de prácticas exceptuables); están expresamente excluidas del recurso contencioso-administrativo.

En conclusión, los señalamientos que hemos hecho respecto de este Tribunal creado por la Ley española nos permiten creer que, a pesar del nombre que le ha dado el legislador español, nos encontramos frente a un organismo administrativo *sui generis*.

C. Suecia

La legislación sueca sigue un sistema similar al español con prohibiciones y autorizaciones. Sólo incluye sanciones penales en los casos de control de precios de venta al público y oferta colusoria; de resto, se ha establecido un método de negociación, con el fin de evitar los efectos nocivos de la limitación o restricción de la competencia. Entre las atribuciones del Onbudsmán de la Libre Competencia, creado por la Ley de Defensa de la Competencia, existe una de especial interés por su peculiaridad, como lo es la de emprender acciones contra medidas dictadas por los organismos públicos que impidan indebidamente la competencia.

Esa Ley crea además el Tribunal del Mercado que es una magistratura especial, compuesta por juristas, expertos económicos y representantes de la industria y comercio y de los consumidores. Si comprueba que se han producido efectos nocivos sobre la competencia de acuerdo con la ley, inicia negociaciones para remediar la situación. Cuando no logra que se llegue a un acuerdo satisfactorio, en algunos casos tiene ciertas atribuciones para imponer su decisión. Este Tribunal puede imponer algunas prohibiciones de realizar ciertas prácticas comerciales restrictivas; puede ordenar el suministro de mercancías en condiciones equivalentes a las ofrecidas a otras empresas o la modificación de alguna otra forma de práctica comercial restrictiva. El Tribunal del Mercado puede asimismo decretar un precio máximo para una mercancía determinada. Las prohibiciones o los requerimientos pueden ser impuestos bajo pena de multa administrativa. (Información sobre Suecia, publicación de Instituto Sueco, Suecia, 1985).

III. LA SITUACION EN VENEZUELA

1. *Intervención del Estado en el proceso económico*

Se ha hablado de todas las maneras y en todos los tonos de la excesiva intervención del Estado venezolano en la economía. Esta intervención se da tanto de manera indirecta a través de regulaciones que norman profunda y profusamente la actividad económica, como a través de medios de estímulos de diversa clase; pero además, se da esta intervención a través de la actuación directa del Estado en la actividad económica, ya no como regulador que actúa desde afuera, sino como actor que interviene directamente en la gestión de la economía.

Ambas formas de intervención —directa e indirecta— constituyen graves obstáculos al desarrollo de una actividad económica que pueda desenvolverse dentro de los criterios de la libre competencia que ordena proteger la norma constitucional que garantiza la libertad de industria y comercio (Artículo 96). Por ejemplo, las políticas de mercado abastecido y fijación de precios son elementos de perturbación evidentes dentro del mercado. El excesivo e intrincado sistema de autorizaciones, permisos, participaciones y demás, que preceden casi toda actividad económica y que en algunas ocasiones le sigue hasta su muerte, va más allá de la protección del interés general en este caso, para tratar de proteger los particulares contra sí mismos.

Incluso, muchas veces es la misma actuación del Estado la que propicia el fortalecimiento de grupos de interés con poderes exorbitantes como es el caso de la determinación de monto de divisas preferenciales que se otorgará a cada sector este año, de acuerdo a las informaciones que le suministren los particulares a través de las sociedades de empresarios, que, a su vez, distribuyen las divisas recibidas. Más grave aún, como las divisas se distribuyen según el gasto histórico de cada empresa, ello se convierte en una barrera a la entrada para nuevas empresas.

Además de esta enumeración, si bien no exhaustiva, por lo menos suficiente para alarmar a quien no está familiarizado con la situación, tenemos las distorsiones en la competencia creadas por la intervención directa del Estado en la economía. Admitimos como sensata y además necesaria, la intervención del Estado como gestor económico, cuando mediante la figura de la reserva, consagrada por la Constitución, no sólo asume directamente una actividad económica por tratarse de sectores de evidente interés nacional que sólo pueden ser propios del Estado sino que excluye a los particulares. Igual criterio nos merecen los casos de ruptura de monopolios, cuando se considera necesario, aun cuando este mismo objetivo podría lograrse también a través de otros medios como serían los estímulos de diverso tipo; pero eso podemos en-

tenderlo, lo que no podemos entender son los casos en los cuales el Estado interviene activa y directamente en la economía de manera innecesaria, a veces invadiendo campos que también ejercen los particulares, con la ventaja evidente que deriva de su condición de empresa del Estado, de las cuales sólo destacaremos que ellas no van a la quiebra porque el Tesoro cubre los déficits. Con eso es bastante. Pero también tenemos los casos en los cuales el Estado interviene en áreas de las que se excluyen a los particulares y en los que se da un evidente abuso de la posición dominante en el mercado, como sucede con ciertas empresas del Estado que venden materias primas a precios más altos que los que se obtendrían en el exterior, entregan la mercancía en el momento en que pueden y en las condiciones en que les parece, aun cuando no coincide con las necesidades del productor, sin que éste pueda recurrir a otros proveedores porque el Estado los ha eliminado de una manera u otra, por ejemplo, prohibiendo su importación.

Sin embargo, debe tenerse claro que las culpas no están todas del lado del Estado. Entre los particulares, por razones de diversa índole, se ha instaurado la doble actitud de quejarse de la excesiva intervención del Estado, pero requerirla cada vez que confrontan un problema.

Además, los mismos empresarios crean situaciones totalmente contrarias a la libre competencia, como lo es, por ejemplo, el caso de asociaciones empresariales que aprueban formatos de contratos para ser utilizados por los afiliados en sus negociaciones, con una cláusula según la cual todo convenio adicional al texto y que lo contradiga, es nulo.

Siendo ésta la situación, admitimos que es necesaria una ley de protección de la competencia, pero para ello se requiere que haya un cambio sustancial, tanto en la actitud que el Estado ha asumido hasta ahora respecto de la economía, para eliminar las decisiones de los Poderes Públicos que restringen la libre competencia, pero también deben hacerlo los particulares. Si esos cambios se dan, consideramos que una Ley dictada de acuerdo con las bases que proponemos puede ser muy útil al país, pero ambos cambios —el del Estado y el de los particulares— son indispensables.

2. Cuestiones más importantes que se han planteado en la elaboración de las bases de la Ley

Antes que nada, es necesario dejar claro que el objetivo de la Ley no es el de constituirse en un nuevo obstáculo para el ejercicio de la libertad de industria y comercio, sino por el contrario, lo que se persigue es crear condiciones más favorables para su ejercicio. Recuérdese que el límite de los derechos de cada uno está en los derechos de los demás y por eso es necesario regularlos debidamente. En realidad, lo que se quiere con esta Ley es lograr que cualquiera que lo desee tenga toda la libertad para entrar al mercado y para permanecer dentro de él, mientras su voluntad y su capacidad se lo permiten.

En la elaboración de estas bases se nos han presentado, entre otros, tres problemas especialmente importantes:

1. Sujeto pasivo de la Ley

Respecto de las personas privadas no existen dudas. La decisión respecto de la aplicación de la Ley a las empresas del Estado es de crucial importancia. Hay quienes consideran que dichas empresas deben estar excluidas de la Ley, por las condiciones propias que se derivan del carácter especial que les da la participación accionaria del Estado.

Después de haber oído diversas opiniones, no compartimos el criterio antes señalado. En efecto, como ya hemos recordado, en Venezuela la intervención directa del Estado en la economía representa un porcentaje importante. En consecuencia, al excluirlas de la aplicación de la ley, quedaría fuera una proporción respetable de la economía, con lo cual se desvirtuarían los propósitos del legislador, porque la cantidad que ellas representan es tan importante como para impedir o al menos debilitar, la consecución de los objetivos perseguidos. Las consecuencias serían más graves en los casos en los cuales coinciden el Estado y los particulares en una misma actividad, pues al dejar a las empresas del Estado libres de las obligaciones que se imponen a las empresas privadas, se crearían las condiciones para una competencia desleal por obra de la Ley. Entiéndase que nos referimos a las actividades que realiza el Estado en campos en los que pueden coincidir los particulares y no en aquellas reservadas. Debe tenerse en cuenta que lo que se regula no es la actividad económica *per se* sino en la medida en que la forma como se ejerce lleva a restringir la competencia.

2. *Ambito de aplicación de la Ley: ¿Hay ciertas actividades que deben ser excluidas?*

Según algunos, sí hay ciertas actividades que deben ser excluidas de la aplicación de la Ley. Veamos

A. *Actividad Agrícola*

Debe tenerse en cuenta que lo que se pretende excluir es la actividad agrícola considerada como la producción agrícola, animal o vegetal, entendiéndose como tal el proceso de carácter biológico provocado por el hombre, así como las actividades adicionales que necesariamente deben realizarse en la misma unidad de producción.

La no aplicación de esta Ley a la actividad agrícola, así considerada, tiene su razón de ser en la peculiaridad propia de este tipo de actividad, y en consecuencia, de las condiciones que tienen la formulación de la política en esta área. Se trata de una actividad que en principio se refiere a la producción masiva de determinados bienes que, por distintas razones, deben estar sujetos a una política de precios y a toda una serie de formas de intervención del Estado.

B. *Actividad Exportadora*

Otra actividad que se considera debe ser excluida es la que realizan las personas cuya producción en bienes o servicios se exporta en más de un determinado porcentaje porque en un país donde es necesario estimular la exportación, no resulta lógico imponer restricciones a las empresas cuya actividad es básicamente exportadora. Además, es necesario permitir a estas empresas que compitan en el mercado internacional en las mejores condiciones posibles.

C. *Actividades de las Pequeñas Empresas*

También se considera que debe excluirse de la aplicación de la Ley a las pequeñas empresas. Sin embargo, eso es un concepto difícil de fijar en la Ley porque es muy variable. Por eso se considera que el criterio debe ser fijado periódicamente y ni siquiera puede considerarse que el criterio de distinción sea necesariamente el mismo para todos los tipos de empresa. En consecuencia se considera conveniente que el organismo competente para la aplicación de la Ley lo fije. Ahora bien, como se sabe resulta factible fraccionar las empresas con el objeto de que no sea aplicable la Ley.

D. *Áreas económicamente deprimidas y zonas fronterizas*

Se ha pensado en la conveniencia de incluir en la Ley la posibilidad de no aplicarla en determinadas zonas del país: las zonas fronterizas y las zonas deprimidas económicamente. En ambos casos será necesario una declaratoria expresa de tal condición, para obtener la no aplicación de la Ley.

¿Cuál es la razón de esto?

En cuanto a las zonas económicamente deprimidas, se considera que la no aplicación de la Ley de Protección de la Libre Competencia permitiría atraer capitales que de otra manera no irían allí, con lo que se trataría de estimular el desarrollo.

Respecto a las zonas fronterizas, algunas de las cuales pueden tener también la característica de zona económicamente deprimida, la razón para atraer capitales es la de estimular el desarrollo de nuestras fronteras, no sólo por razones de carácter económico sino más bien por razones de tipo estratégico.

En todo caso, debemos tener claro que tal exclusión deberá estar contenida en un acto de contenido general, prolijamente motivado y de contenido preciso, debiendo establecerse claramente el período de exclusión.

E. *Casos excepcionales en los cuales, a juicio del Presidente de la República, el Ministro de Fomento y los demás Ministros interesados, una determinada actividad debe ser excluida*

Críticas a estas exclusiones

En cuanto a la exclusión de la agricultura, se ha argumentado la existencia de monopolios muy fuertes en ciertas áreas de producción para demostrar que esta proposición no es conveniente. Sin embargo, al parecer, esta opinión está basada en el hecho de que no se tiene precisión respecto a lo que consideramos actividad agrícola según el criterio que hemos afirmado anteriormente, pues, al parecer los monopolios que preocupan a quienes han expresado tal temor están a nivel de productor y no de agricultor.

En cuanto a la no aplicación de la Ley en zonas económicamente deprimidas o zonas de desarrollo fronterizo, se ha argumentado que ya existen otros estímulos de diverso tipo que pueden otorgarse en esos casos para lograr los mismos fines, sin necesidad de excluir la aplicación de la Ley.

Sin embargo, en todos estos casos, las objeciones, aunque expresadas de diversas maneras, tienen una sola razón de ser: los empresarios temen lo que llaman discrecionalidad de la Administración y que, en realidad, si hablamos técnicamente, a lo que se teme es a la arbitrariedad de la Administración. Y no dejan de tener razón, debido a precedentes que muchos de ellos han sufrido. Sin embargo, algunas de las excepciones como la relacionada con las zonas económicamente deprimidas pueden pensarse más, porque ciertamente existen esos otros mecanismos como subsidios, exoneraciones fiscales, etc., que permiten alcanzar los mismos fines, pero en ello hay las mismas posibilidades de arbitrariedad.

En cuanto a la potestad del presidente de la República de decidir la no aplicación de la Ley a determinadas actividades, la consideramos de especial importancia, porque ella permite darle a la Ley la flexibilidad que se requiere para actuar con una visión dinámica de la economía y no atarnos a una visión estática. Sabemos que la realidad es muy rica en sorpresas y cambios y debemos buscar la manera de adaptar la Ley. Para disminuir al mínimo la temida arbitrariedad, se puede rodear esta decisión de un procedimiento especial mediante el cual se establecerán mayores garantías posibles.

3. *Conductas reguladas*

De singular interés resulta la determinación de las conductas o prácticas reguladas. Las bases que presentamos para la formulación de la Ley contienen una enumeración de las conductas reguladas, distinguiendo aquellas que deben ser prohibidas *per se* porque su sola realización constituye una limitación a la libre competencia, y aquellas cuya realización debe estar condicionada porque puede o no limitar la libre competencia, por lo cual se someten a control especial, cuestión en la cual jugará un papel importante el concepto de mercado relevante en cada caso, debido a la existencia de diferentes grados de sustituibilidad entre productos. Además, debe tomarse en cuenta la fragmentación legal de las empresas venezolanas.

Por otra parte, la influencia que en el mercado puede producir el tamaño de una empresa varía no sólo de una industria a otra, sino también en el tiempo como consecuencia del avance tecnológico. Así, existen economías de escala multiplantas en relación a actividades tales como mantenimiento, almacenamiento y otros, que deben ser tomadas en cuenta.

Por último, es útil recordar que el mantenimiento forzado de una estructura atomizada en la industria impide crecer a los productores más eficientes, a la vez que da cierta protección a los ineficientes, cuya desaparición implicaría inevitablemente un incremento de la concentración.

En cuanto a las actividades cuya realización debe estar condicionada, se nos planteó la duda de si la Ley debía someterla a todas ellas a autorización para ser realizadas, como sucede en otras legislaciones.

Sin embargo, siguiendo la tendencia que se ha propuesto para otros campos de la actividad administrativa sujetos a control, consideramos más conveniente un procedimiento similar al que se pretende imponer en el campo del urbanismo. En este sentido, la Ley establecería actividades excluibles en lugar de permisibles. Dentro de las actividades excluibles eventualmente, podría hacerse una primera distinción: actividades excluibles que, por sus características, requieren de una autorización, que deberán ser las menos, y actividades excluibles que podrán realizarse sin necesidad de autorización, pero cumpliendo determinadas condiciones que deberán ser previamente establecidas por la Administración, en normas de carácter general con un amplio y sólido poder de control y sanción para los casos de incumplimiento. Para que este mecanismo funcione, es indispensable que en cada caso la Administración establezca reglas claras que permitan a los particulares saber cuál es su situación, cuáles sus derechos y cuáles sus limitaciones. De igual manera, la Administración deberá publicar las decisiones que tome en casos determinados, lo que debiera conducir a la creación de precedentes cuya modificación debe ser debidamente razonada.

4. *Organismos competentes*

Particularmente difícil resultó la decisión respecto del organismo competente para aplicar la Ley.

Las soluciones posibles están orientadas bien hacia un organismo administrativo o bien hacia un Tribunal.

Quienes apoyan esta última posibilidad piensan que la intervención de la Administración se convertiría en un obstáculo para el ejercicio de la actividad económica adicional a los ya existentes. Sin embargo, ello no es necesariamente cierto. Si insistimos en el criterio de que la Ley debe evitar en todo momento el constituirse en un obstáculo para la realización de las actividades de intermediación en el mercado, porque su objetivo es, por el contrario, salvaguardar el ejercicio de la libertad de industria y comercio, deberá establecerse con claridad las competencias de policía, administra-

tiva de este organismo, y las relativas a la decisión de las controversias entre particulares que le fueran planteadas, así como la elaboración y mantenimiento de los registros que fueren necesarios.

Otra de las críticas que hacen quienes no consideran descabale la ejecución de la Ley por un órgano administrativo, es que su aplicación no se hará siempre en base a los criterios económicos y jurídicos que debieran ordenar tales decisiones, sino que cuestiones de otra índole que hoy día influyen en decisiones de la Administración, podrían condicionar negativamente su actuación.

Esta observación anterior, que no deja de ser cierta en muchos casos, se podría disminuir con un organismo administrativo adecuadamente diseñado. Por lo demás, nada garantiza que lo mismo no sucede con alguna otra forma organizativa, como un tribunal, por ejemplo.

Consideramos que lo adecuado es otorgarle la competencia para la aplicación de la Ley a un organismo administrativo por diversas razones: por una parte, para alcanzar sus fines, este organismo tendrá necesidad de realizar una serie de investigaciones que no son propias de un órgano jurisdiccional típico que tiene a su cargo dirimir las controversias que le plantean los particulares con más o menos poderes para el Juez, pero nunca como aquellos que tiene la Administración, y para lo cual ésta puede disponer de una serie de funcionarios de distintas especialidades. Presumimos que ésto fue lo que trató de resolver la ley española, y por eso creó un órgano administrativo típico como lo es el Servicio de la Defensa de la Competencia que tiene amplias facultades de investigación pero que no decide; un llamado tribunal que ejerce funciones administrativas, como lo es el otorgamiento de autorizaciones, pero que además, verifica la adecuación a la legalidad de determinadas actuaciones de los particulares y sus decisiones tienen fuerza de verdad legal, pero la exigencia del cumplimiento de las órdenes que éste emite le corresponde al órgano administrativo y la imposición de sanciones así como la determinación de las reponsabilidades a que haya lugar le corresponde a otros organismos. El mismo Servicio, el Consejo de Ministros o los Tribunales de la jurisdicción ordinaria.

Por otra parte, si se llegare a crear un verdadero Tribunal, unipersonal o colegiado, estaría a cargo de abogados, lo cual no es suficiente para la cabal comprensión de las cuestiones que puede plantear la aplicación de esta Ley.

Otra razón que aboga a favor del órgano administrativo es que las actuaciones ante la Administración menos formales que ante los Tribunales y no requieren de manera indispensable, de profesionales especializados, lo que lo hace más económico. Además, suele ser por lo menos más rápido que los Tribunales.

Más aún, puede haber casos en los cuales un particular detecta que hay límites a su actuación en el mercado, pero no puede identificar al responsable como para intentar una acción ante un tribunal, bien porque éste es muy poderoso y aquél carece de los medios económicos para hacer las investigaciones, o bien porque las pruebas están contenidas en fuentes de difícil o imposible acceso para los particulares. En este caso, el perjudicado se limita a denunciar la situación y la Administración lleva a cabo las averiguaciones.

Por último, hay un planteamiento sociológico muy importante que debe tomarse en cuenta y es que en nuestro país no está ampliamente arraigado el hábito de acudir a los Tribunales para la solución de los problemas, ello sólo se hace cuando resulta indispensable; en nuestro medio estamos más acostumbrados a acercarnos a una autoridad administrativa para presentar quejas y plantear problemas.

Se podría argumentar en contra de la solución de controversias por parte de la Administración que ésta es una función típicamente jurisdiccional que no le corresponde. Sin embargo, tal actuación administrativa no sería novedosa, pues se trataría de los mismos actos administrativos dictados en ejercicio de una función jurisdiccional

como lo son hoy día los actos de la Dirección de Inquilinato del Ministerio de Fomento, las decisiones de las Comisiones Tripartitas, las del Registro de la Propiedad Industrial ante la oposición al registro de una marca y otras. Todas estas figuras fueron creadas por razones similares a las que en este caso se presentan: necesidad de mayor celeridad que la que se obtiene en los Tribunales, acceso más fácil para personas poco acostumbradas al ambiente de los tribunales, procedimientos menos formales y más expeditos; y a todo ello se agrega en nuestro caso, la necesidad de tener un grupo de técnicos de diversas especialidades para las labores de control e investigación.

Una de las cuestiones que se han planteado ha sido la intervención de los particulares en la aplicación de la Ley que nos ocupa.

No dejamos de reconocer que, de manera inmediata, lo que tenemos entre manos es una controversia entre particulares para lograr mayores beneficios en el mercado, o por lo menos, no disminuir los que tienen. Pero de manera mediata, nos encontramos ante una actuación que puede poner en juego el interés general, porque ello incide en el libre ejercicio de una garantía constitucional, lo que nos interesa a todos y es función del Estado asegurar su ejercicio. Sin embargo, dada la incumbencia tan estricta que la aplicación de esta Ley tendría sobre los empresarios, podrían buscarse algunas formas de intervención que, si bien no desvirtúen la actuación estatal, sirvan para tomar en cuenta esa intervención que no deja de tener sentido.

Podría pensarse en la posibilidad de que entre los integrantes del organismo administrativo colegiado encargado de la aplicación de la Ley, pueda incluirse algún o algunos miembros escogidos de una terna presentada por algún organismo relacionado con la actividad económica. Sin embargo, debe quedar muy claro que una vez designado, éste, no tendría el carácter de representante del sector sino que sería un funcionario igual que los otros, dotado de unos conocimientos y de una experiencia específica que coadyuvaría en el ejercicio de las funciones propias de este organismo.

Otra de las formas como podría intervenir el sector empresarial es mediante el ejercicio de una potestad normativa mediatizada: podría instrumentarse un procedimiento mediante el cual los empresarios —actuando conjuntamente o por sectores— elaborarían unas normas sobre libre competencia, que deberían ser aprobadas por la Administración, para servir de guía a los particulares. Sin embargo, quedaría claro que, de considerarlo necesario, la Administración podrá dictar normas contrarias a las elaboradas por los empresarios, siempre que se les haya participado con anticipación suficiente y se hayan tomado las medidas a que hubiere lugar.

5. Sanciones

En cuanto a las sanciones, se ha considerado que esta no debe ser una Ley represiva sino que, por el contrario, su objetivo debe ser el de evitar las prácticas restrictivas a la competencia y, en los casos en que ello sea imposible, tomar las medidas necesarias para restituir su libre ejercicio. Es por ello por lo que, en los casos en los cuales haya violación de la Ley, la Administración deberá:

1º) Ordenar la suspensión definitiva de la conducta o práctica, o su modificación si ello fuere necesario.

2º) Ordenar la modificación del acuerdo o contrato violatorio de la Ley o prohibir su ejecución y exigibilidad.

3º) Prohibir la realización de la conducta o práctica proyectada o la celebración del acuerdo o convenio violatorio de la Ley pretendido.

4º) Ordenar la enajenación forzosa de acciones en caso de fusión, cuando ésta dé origen a una restricción de la libre competencia, en las condiciones y los plazos que se establezcan.

5º) Prohibir algunas prácticas futuras, quedando la empresa sujeta a la vigilancia del organismo que imponga la sanción.

6º) Ordenar la renuncia de algunos de los directivos en caso de directorios entrelazados que amenacen la libre competencia.

7º) Ordenar la venta de bienes o prestación de servicios a determinadas personas o a precios que se establezcan según el mercado, en caso de convenios de alza de precios o de boycotts.

8º) Cualquier otra medida necesaria para establecer la libre competencia o impedir la realización de las actuaciones proyectadas que puedan producir los mismos efectos.

Las sanciones administrativas que se prevén son aquellas que se imponen en los casos de rebeldía en la colaboración con la Administración, o caso de incumplimiento de la orden impartida. Todos estos actos serán recurribles en vía contencioso-administrativa.