

EL DERECHO DE LA COMPETENCIA
Y LA LEY ANTIMONOPOLIO
EN LA SEGUNDA DÉCADA DEL SIGLO XXI,
O DEL SEGUNDO LIBRO DE LA POÉTICA
DE ARISTÓTELES Y GUILLERMO
DE BASKERVILLE

Miguel Mónaco

*Fue Decano de la Facultad de Derecho de la UCAB,
y actualmente es Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas,
y profesor de Derecho Administrativo
y Análisis Económico del Derecho de la UCAB*

Resumen: Se explica cuál es el estado actual del Derecho de la Competencia, luego de dictada la Ley Antimonopolio.

Palabras clave: Estado actual, Derecho de la Competencia, Ley Antimonopolio.

Summary: The essay explains what is the current state of the competition law, after having been issued the Antimonopoly Act.

Key words Current state, Competition law, Antimonopoly Act.

Recibido: 24 de septiembre de 2017 Aceptado: 28 de septiembre de 2017

SUMARIO

- I. Objetivo del Derecho de la Competencia
- II. La Ley Antimonopolio
- III. Aplicación del Derecho de la Competencia en la actualidad
en Venezuela

Los lectores de *El Nombre de la Rosa* de Umberto Eco sabrán de inmediato que el título se refiere al objeto y uno de los personajes centrales de dicha novela, con los cuales pretendo realizar una analogía para explicar el estado actual del Derecho de la Competencia en Venezuela. Al igual que el Segundo Libro de la Poética de Aristóteles era guardado –según la novela– celosamente por un ex bibliotecario de una abadía benedictina para que su contenido prohibido no fuera conocido por el resto del mundo, el Derecho de la Competencia, y más específicamente la Ley Antimonopolio, pareciera escondido para que el resto del país no conozca de su contenido, el cual, si bien deficiente y su autoría muy lejana a cualquier comparación con el gran filósofo griego, estaría dirigido a ser aplicado en el marco de las reformas que nuestro país necesita para salir del oscurantismo económico y social en el que se encuentra.

Con la anterior analogía no pretendo compararme con Guillermo de Baskerville, el agudo fraile que, aplicando el método científico, trata de resolver el enigma que lo lleva a la obra citada; sin embargo, intentaré en estas páginas dar una visión general sobre el estado actual de la aplicación del Derecho de la Competencia y cómo su objetivo se encuentra prácticamente anulado en la actualidad, al punto que el organismo encargado de aplicar la Ley Antimonopolio, la cual lo regula, está aún más escondido y olvidado que la propia abadía del Siglo XIV, en la que habrían sucedido los hechos narrados en la referida novela.

I. OBJETIVO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

El Derecho de la Competencia opera fundamentalmente dentro del modelo de economía de mercado, e incluso también opera en aquellas áreas donde si bien ese modelo económico no esté presente o sujeto a múltiples intervenciones y regulaciones, se haya dejado al libre juego de la oferta y la demanda, entre otras, la forma cómo se establecerán los precios y cantidades de bienes o servicios que deban ser ofrecidos y adquiridos por los consumidores.

Sobre esa base ha sido señalado que el sustrato económico del Derecho de la Competencia parte de la teoría de la libre formación de los precios bajo la Ley de la Demanda, en la medida que éstos serán el resultado de la interacción de los intereses de los consumidores, quienes tratarán de adquirir la mayor cantidad de bienes a los menores precios, mientras que los productores tratarán de obtener la mayor ganancia posible por cada bien que ofrezcan. Sobre esa ley económica se asume en principio que será mucho más probable que el acceso a los bienes por parte de los consumidores –en los términos favorables para ellos que hemos indicados– se cumpla en tanto existan varios productores actuando de manera independiente ofreciendo tales bienes. De allí que el Derecho de la Competencia asuma que las empresas contribuyen mejor al bienestar de los consumidores en la medida que sean competitivas¹.

En ese contexto el Derecho de la Competencia tiene como objetivo tutelar el proceso de competencia, para incentivar la eficiencia económica en beneficio de los consumidores, en tanto se le considera como un instrumento para limitar las actuaciones de los productores que sean contrarias a la mayor producción de bienes y a la disminución de sus precios. De allí

1 SULLIVAN, E. Thomas y HARRISON, Jeffrey L. *Understanding Antitrust and its Implications*. Mathew Bender & Company Incorporated, 2ª Ed., 1997, Nueva York, p. 9.

que, siempre sea oportuno aclarar que el Derecho de la Competencia no proteja a aquellos competidores que no sean eficientes en la producción de bienes y servicios, dado que serán más beneficiosos a los consumidores los productores que le ofrezcan mejores precios por el mismo tipo de bien.

Sobre ese presupuesto, el Derecho de la Competencia se desarrolla sobre la base de leyes que prohíben aquellas conductas que se consideran obstructivas del proceso de competencia, la cual en nuestro país es la Ley Antimonopolio.

II. LA LEY ANTIMONOPOLIO

La Ley Antimonopolio² no fue aprobada por la Asamblea Nacional, sino dictada por el Presidente de la República a través de un decreto con rango, valor y fuerza de ley, a finales de 2014. El hecho que haya sido decretada por el Presidente de la República revela que ello no fue en cumplimiento de lo establecido en la Disposición Transitoria Décimo Octava de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la cual dispone que para “(...) asegurar la vigencia de los principios establecidos en el artículo 113 de esta Constitución, la Asamblea Nacional dictará una ley que establezca, entre otros aspectos, el organismo de supervisión, control y fiscalización que deba asegurar la efectiva aplicación de estos principios y las disposiciones y demás reglas que los desarrollen.”

Respecto a que la Ley Antimonopolio no fue dictada en función de lo establecido en la mencionada disposición constitucional transitoria, puede observarse que esta última dispone

2 Publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.529, de 26 de noviembre de 2014. El desarrollo de este punto específico del artículo se realiza sobre la base de lo que ya hemos expresado en nuestro trabajo *La Regulación de los Monopolios y la Posición de Dominio en Venezuela desde la Perspectiva del Derecho de la Competencia*, UCAB, Caracas, 2015.

que la persona que presida el organismo que se creare para aplicar tales principios debería ser designado por la Asamblea Nacional, mientras que en la Ley Antimonopolio se dispuso que el Superintendente de la Superintendencia Antimonopolio será designado por el Presidente de la República, con lo cual se patentiza aún más que la Ley Antimonopolio no es el resultado del desarrollo del referido mandato constitucional. De hecho, una revisión de la Ley Antimonopolio revela que se trataría más de una reforma a la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (“Ley Procompetencia”), que una nueva ley, en tanto, en términos generales, sus prohibiciones específicas parecieran haberse mantenido, con algunos cambios.

En primer lugar observamos que el artículo 1 de la Ley Antimonopolio señala que esta persigue:

“(…) promover, proteger y regular el ejercicio de la competencia económica justa, con el fin de garantizar la democratización de la actividad económica productiva con igualdad social, que fortalezca la soberanía nacional y propicie el desarrollo endógeno, sostenible y sustentable, orientado a la satisfacción de las necesidades sociales y a la construcción de una sociedad justa, libre, solidaria y corresponsable, mediante la prohibición y sanción de conductas y prácticas monopólicas, oligopólicas, abuso de posición de dominio, demandadas concertadas, concentraciones económicas y cualquier otra práctica económica anticompetitiva o fraudulenta.”

Más allá que la norma que se comenta exprese que el objetivo de la Ley Antimonopolio será la proscripción de las conductas anticompetitivas que ella indica expresamente, puede apreciarse que el fin de ésta pareciera más propio de una actividad administrativo de fomento de la producción nacional, que en función de la protección de los consumidores, que son en última instancia, y como hemos señalado, el bien jurídico

fundamental que persigue tutelar el Derecho de la Competencia.

No obstante, al menos en su texto, la Ley Antimonopolio prohíbe un catálogo de conductas que obstruyen el proceso de competencia, y carezcan de justificación económica, con lo cual esta legislación seguiría el esquema general que vendría de la Ley Procompetencia, a la cual derogó.

Ahora bien, también resulta pertinente indicar que la Ley Antimonopolio ha pretendido amalgamar la prohibición de conductas anticompetitivas con aspectos u objetos que le son absolutamente ajenos, e incluso, contradictorios con la competencia económica que ella pretende proteger.

Ciertamente, si observamos la definición de competencia económica contenida en el literal d del artículo 2 de la Ley Antimonopolio, apreciaremos que esta señala que la participación de los productores debería efectuarse sobre “(...) los principios de complementariedad, intercambio justo y solidaridad”, lo cual pudiera estar incluso, bajo determinado contexto, prohibido de manera concreta por la proscripción de los acuerdos entre competidores sobre precios o repartos de territorios, contenida en el artículo 9 de la misma ley, relativo a la prohibición de “acuerdos colectivos o prácticas concertadas”. Así, vemos como la Ley Antimonopolio pareciera haber intentado, en el marco de una reforma a la Ley Procompetencia, ajustarla a determinados valores que, como hemos indicado *supra*, se corresponden a otras actividades administrativas y no propias del Derecho de la Competencia.

En tal sentido, en la medida que existen una prohibiciones específicas que detallan cuáles conductas son consideradas ilícitas, las cuales prácticamente reproducen aquellas prohibidas por la Ley Procompetencia a la cual derogó, y que acercan al intérprete de la Ley Antimonopolio aún más al sentido que esta debe tener, consideramos que la invocación a dichos valo-

res ajenos al Derecho de la Competencia no debería alterar el sentido propio que tienen dichas prohibiciones, las cuales son manifestaciones propias de dicha rama del Derecho.

Teniendo en cuenta lo anterior, podemos indicar que la Ley Antimonopolio pareciera haber traído dos cambios fundamentales respecto de la Ley Procompetencia que derogó; el primero, relativo al aumento de las sanciones de manera absolutamente desproporcionada, en la medida que dispone multas de hasta un 40% de los ingresos brutos del ejercicio económico de una empresa o hasta del 20% del patrimonio del infractor, lo cual hace sumamente delicado los efectos que pueda tener su aplicación³; el segundo, referido a la exclusión de su ámbito de aplicación de las organizaciones socio productivas consagradas en la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal⁴ y las Empresas del Estado de sectores estratégicos o publicados, lo cual resulta absolutamente inconstitucional e irracional⁵.

Ciertamente, inconstitucional por cuanto crea una discriminación injustificada entre empresas que pueden competir en un mismo sector y, por lo tanto, que se encuentran en una misma situación jurídica, lo cual viola el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que consagra el derecho a la igualdad. Irracional porque no existe una justificación válida para tolerar que un sujeto pueda realizar una conducta que se considera ilícita y violatoria de bienes jurídicos y derechos tutelados por una ley, e incluso, que puedan existir situaciones, como el caso de prácticas concertadas, donde un sujeto pueda ser sancionado por una conducta ilícita y otro no, sólo por el hecho que este último se trate de un ente público exceptuado de la aplicación de la Ley Antimonopolio, cuando más bien este tipo de instituciones deberían observar con más razón la ley.

3 Cfr. Artículos 49 y 53 de la Ley Antimonopolio.

4 Publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.011, extraordinario, de 21 de diciembre de 2010.

5 Cfr. Artículo 3 de la Ley Antimonopolio.

Finalmente, debemos indicar que, aun cuando Venezuela se encuentra suspendida del Mercosur y su permanencia en este sistema no pareciera clara, con la incorporación de Venezuela al Mercosur, ésta asumió una serie de compromisos respecto a los países miembros de dicha organización, entre las cuales se encuentra la adopción de una serie de normas para antes del pasado 31 de marzo de 2013. Entre tales compromisos se destaca la decisión dictada por el Consejo del Mercado Común, identificada como MERCOSUR/CMC/DEC. N° 66/12, contentiva del “Cronograma de Incorporación por la República Bolivariana de Venezuela por el Acervo Normativo del Mercosur”, en la cual se dispone en su artículo 1° las normas que deberán ser adoptadas por Venezuela antes de dicha fecha, y que se enumeran en su Anexo II. Una de tales normativas es precisamente la legislación en materia de Derecho de la Competencia, de acuerdo a la Decisión 18/96 referida al “Protocolo de Defensa de la Competencia”.

Obviamente, dicha normativa ya existe en nuestro país, y es precisamente la Ley Antimonopolio en la actualidad, por lo que Venezuela ya habría cumplido por lo que se refiere a ese respecto. Sin embargo, ello también implica que Venezuela deberá mantener dicha normativa y los proyectos que se preparen para sustituirla, más allá de cualquier definición que se pretenda substituir, deberán respetar los principios generales que el Derecho de la Competencia imponen, so pena de incumplir con el mencionado compromiso internacional. De allí que, más allá de los modelos económicos que pretendan establecerse en Venezuela, en la medida que se deseen asumir de forma seria los compromisos adquiridos mediante la incorporación de Venezuela al Mercosur, para lo cual se realizaron cuantiosos y numerosos esfuerzos, deberá siempre garantizarse la existencia de tal normativa.

III. APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LA ACTUALIDAD EN VENEZUELA

La Ley Antimonopolio no es aplicada en Venezuela por la Superintendencia Antimonopolio, que es el organismo competente en la materia, ni por ningún otro organismo público, aun cuando la misma se encuentra vigente. La razón de ello reside –en nuestro criterio– en que el Gobierno Nacional ha decidido la alternativa de la economía planificada centralmente, en la cual se pretende regular y controlar administrativamente todas las actividades económicas que tengan lugar en Venezuela, con mayor o menor intensidad, según la relevancia que puedan tener en un momento dado para éste.

La más clara manifestación de tal aspiración a planificar centralmente la economía se encuentra en el *Plan de la Patria Segundo Plan Socialista de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2013-2019* (“Plan de la Patria”), el cual fue aprobado por la Asamblea Nacional en el 2013, mediante un Acto Parlamentario Sin Forma de Ley⁶.

Según el particular *Primero* del Plan de la Patria, éste sería de obligatorio cumplimiento en nuestro país, y dispone como su “segundo objetivo histórico” el establecimiento del socialismo como sistema económico, a través de la creación de nuevas formas de propiedad y “fortalecer la planificación centralizada y el sistema de presupuestario para el desarrollo y direccionamiento de las cadenas estratégicas de la Nación”.

El imponer un sistema de planificación central de carácter obligatorio contradice expresamente los artículos 20 y 112 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, relativos a los derechos al libre desenvolvimiento de la personalidad y a la libertad económica, al pretender suprimirlas,

6 Publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.118, extraordinario, de 4 de diciembre de 2013.

sino que el Plan de la Patria no está si quiera dictado mediante una ley, sino un simple Acto Parlamentario Sin Forma de Ley, el cual no es capaz válidamente de imponer limitaciones a los derechos, y mucho menos restricciones de la envergadura que se pretende, lo cual sería incluso inconstitucional por ley, por la razón expresada a inicio del párrafo.

Más allá de tal inconstitucionalidad, el Plan de la Patria explicita la intención y actuaciones del Gobierno Nacional por imponer un sistema de planificación centralizada, el cual se ha ido progresivamente estableciendo a través de, entre otros instrumentos, un control de precios generalizado, fundamentado en la Ley Orgánica de Precios Justos, el cual dispone que los precios de los bienes y servicios no deberían ser establecidos libremente, sino administrativamente, por la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos (“SUNDDE”), o por los importadores o fabricantes, quienes lo determinan no sólo para ellos sino para toda la cadena de comercialización, dentro de los límites dispuestos por la SUNDDE para cada uno de esos eslabones⁷.

Basado en lo anterior, el precio de los bienes no es fijado de acuerdo a la Ley de la Demanda, como sucedería típicamente en el mercado, sino de acuerdo a reglas administrativas, las cuales incluso premian la ineficiencia de los productores o comercializadores en la medida que los márgenes de ganancia se deben determinar de acuerdo a un porcentaje de la estructura de costos de cada bien (20% o 30%), cuando no son fijados por la SUNDDE directamente, los cuales suelen ser muy inferiores a los precio de mercado, lo cual favorece la escases y desincentiva a la producción.

Peor aún, se ha convertido en una práctica administrativa que, ante este tipo de situaciones los organismos públicos sue-

7 Publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.202, extraordinario, de 8 de noviembre de 2015.

len convocar a mesas técnicas a los productores o comercializadores, donde trata de coordinar y uniformar sus actuaciones, bajo su dirección.

Basado en lo anterior, ante un sistema que pretende: (i) planificar toda la economía; (ii) irrespetar la propiedad privada; (iii) elimina la libre formación de precios; (iv) favorece la coordinación entre los agentes económicos; y (v) donde los márgenes de ganancia (para los casos que no sean determinado administrativamente) sean superiores cuánto más ineficiente o costosa sea la producción de un bien, deja poco margen, sino ninguno, para la operación de un mercado legal en el cual el Derecho de la Competencia sea requerido para salvaguardar los derechos de sus participantes y, en última instancia, el derecho de los consumidores al ser favorecidos por la competencia.

Ante la ausencia de los presupuestos básicos para la aplicación del Derecho de la Competencia, su vigencia real en nuestro país únicamente depende de la voluntad del sector privado por cumplir dicha ley (en aquellos casos que sus disposiciones no se encuentren exceptuadas de cumplimiento por alguna regulación administrativa), y para prevenir que la Ley Antimonopolio pudiera ser aplicada selectivamente en algún caso particular.

La situación planteada no sólo contrasta con la de los países en los cuales las libertades son ampliamente respetadas y ello ha permitido un desarrollo económico a favor de la mayoría de sus habitantes, sino que contrasta incluso con lo observado en otro país que dispone al socialismo como sistema económico, pero reconociendo el valor del mercado, como mecanismo eficiente de asignación de recursos, aunque en la medida que el Estado lo reconozca, ello es el caso de la República Popular China.

La Constitución de la República Popular de China, en la cual no se establece el derecho a la libertad económica, se dispone un sistema basado en la “economía de mercado socialista”, la cual se basa en la “macro-regulación y control” estatal de la economía⁸. En este caso, si bien el mercado va a ser admitido, no posee un rol primario o primigenio respecto al Estado, como sucede en la economía social de mercado alemana, sino que tendrá cabida en la medida que el Estado lo tolere.

Pues bien, en el ámbito de esa economía de mercado socialista, se ha impulsado progresivamente la competencia y el Derecho de la Competencia, al punto que en el 2007 se dictó la primera Ley de Antimonopolio China⁹. En ese marco, Ning Wanglu, quien ha sido Directora General del Bureau de Antimonopolio y Anti-Competencia Desleal de China, ha expresado “(a)ctualmente, la competencia en el mercado chino está en buena forma y lista para muchas mejoras. China acelerará sus esfuerzos para transformar el patrón de desarrollo económico y reestructuración económica, acelerar los avances científicos y la innovación tecnológica, así como adherirse a la política de ampliar la reforma y apertura del sistema económico. Esto llama a mejorar la economía de mercado socialista, a reforzar el mecanismo de competencia y de un sistema legal efectivo”¹⁰.

El hecho que se haya reconocido el rol del mercado en la asignación de recursos, más el progresivo respeto a la propiedad privada luego que se dictara la Constitución de la República Popular China de 1982, posterior al período Maoísta, bajo la égida de Deng Xiaoping, en cuyo artículo 13 se estableció “(...) el derecho de propiedad de los ciudadanos sobre sus ingresos

8 Cfr. Constitución de la República Popular de China de 1982 y enmendada el 14 de marzo de 2004. Artículo 15. Consultada en http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Constitution/node_2825.htm.

9 WANGLU, Ning. Competition Policies and Competition Law Enforcement in China, en *Competition Law in the BRICS Countries*, Wolters Kluwer, Croydon, 2012, p. 150 (traducción nuestra).

10 *Ibíd.*, p. 150.

legítimos, ahorros, casas de vivienda y otros”¹¹, y se profundizara luego en esa dirección, a través de la enmienda efectuada a dicha constitución en el 2004, cuando se dispuso el “derecho de los ciudadanos a la propiedad privada y heredarla”¹², sin limitar los objetos sobre los cuales este derecho recaería, ha conllevado a uno de los mayores desarrollos económicos del mundo.

En ese sentido, aun cuando existen otros países cuyos sistemas de libertades y respecto por los derechos constituirían un mejor modelo a seguir, el ejemplo de la República Popular China constituye un ejemplo en este momento para el gobierno venezolano sobre cómo se ha reconocido el rol del mercado y la propiedad privada en el desarrollo económico, lo cual se encuentra complementado por medio del Derecho de la Competencia, aún bajo un sistema económico que constitucionalmente se identifica como socialista.

Por esa razón, el presente artículo no sólo constituye una forma de dejar constancia de la penosa situación del Derecho de la Competencia en Venezuela, sino de hacer un llamado para reflejar como incluso la República Popular China ha reconocido el papel del mercado y de esta rama del Derecho en el desarrollo económico, para que la Ley Antimonopolio, más allá de sus múltiples defectos, no se convierta en un antiguo texto olvidado en alguna lejana abadía de la edad media.

11 Constitución de la República Popular de China de 1982, FUNEDA, Caracas, 1999, p. 399.

12 Artículo 12 de la Constitución de la República Popular de China de 1982, de acuerdo a la enmienda del 14 de marzo de 2004. Consultado en http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Constitution/node_2825.htm