

Derecho económico y programas de cumplimiento

Jesús A. VILLEGAS RUIZ*

REDAV, N° 22, 2021, pp. 127-158

Resumen: El derecho económico es una materia interdisciplinaria, dedicada al análisis de cuestiones como la regulación de mercados, el régimen de la competencia o los derechos de los consumidores. Desde una perspectiva de *compliance*, un programa de cumplimiento debe responder las preguntas que presenta el derecho público económico, al ser la empresa objeto de un sinfín de regulaciones relacionadas con su participación económica en el mercado. A los efectos de este ensayo, el derecho económico enfocado a la empresa tiene tres vertientes de aristas complejas: el derecho de la competencia, el derecho de los consumidores, y la regulación de las prácticas económicas ilícitas, que podemos tratar, sin mucha precisión teórica, como un trinomio regulatorio independientemente de la autonomía de estudio de dichas ramas. Por esta razón, se ha afirmado que el derecho económico abarca sectores del ordenamiento jurídico no integrados exclusivamente ni en el Derecho Público ni en el Derecho Privado, y que por tanto han de ser estudiados desde ambos puntos de vista, necesariamente complementarios. Los problemas de derecho económico, entonces, ni son completamente públicos, ni son completamente privados.

Palabras clave: Antimonopolio – Derecho de la competencia – Derechos de los consumidores – Programa de cumplimiento.

Abstract: *Economic law is an interdisciplinary subject which purpose is the analysis of several topics such as markets regulations, competition law or consumers rights. From a compliance perspective, a compliance program must give answers to questions of economic public law, as the corporation is affected by several regulations related to its economical participation in the market. For the purpose of this paper, economic law has three aspects of complex edges: competition law, consumers rights and the regulation of illicit practices, which we may discuss, without much theoretical precision, as a "regulatory trinomial" regardless the autonomy of the study of each area. For this reason, it has been affirmed that the problems of economic law, neither completely public nor private.*

Keywords: Antitrust – Competition law – Consumer rights – Compliance program.

Recibido

28-03-2022

Aceptado

18-04-2022

* Abogado, *Magna Cum Laude*, Universidad Central de Venezuela. Maestría en Derecho Americano, Universidad de Boston. Maestría en Derecho Comparado, Universidad de Pensilvania. Candidato a Magister en Administración de Empresas en el IESA. Profesor en la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado de la Universidad Central de Venezuela. Miembro incorporado de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil. Un especial agradecimiento a Isabella Perera por la corrección bibliográfica y de estilo de la versión definitiva de este ensayo.

I. Derecho a la libre competencia y su impacto empresarial

Si el derecho de la competencia nace, precisamente, para proteger al consumidor y las empresas en sus respectivos nichos de mercado, la regulación antimonopolio tiene sentido por su carácter *preventivo*. No en vano, el objetivo de la Ley Antimonopolio venezolana es, precisamente, la protección del mercado en su conjunto. Ahora bien, ¿cómo debe comportarse una empresa responsable bajo las reglas de la libre competencia? Un ejemplo práctico radica en la necesidad de una empresa que compite en adecuar sus prácticas de mercadeo a estándares legalmente aceptados y permisibles en cualquier mercado bajo reglas justas. Para la dirección de mercadeo de cualquier empresa, el derecho de la competencia es una consideración fundamental ya que permite establecer los límites de la propia actividad de mercadotecnia empresarial, delimitando las prácticas ilícitas y las lícitas. He allí la verdadera importancia de un *antitrust compliance program* empresarial: la protección de la empresa competitiva frente actores o conductas propias anti-competitivas.

1. ¿Por qué se regula la competencia económica?

El fin del derecho de la competencia es garantizar la eficiencia económica –entendida la competencia como la oportunidad de que oferentes puedan ofrecer sus productos y los consumidores puedan acceder u elegir a su ofrecimiento en el mercado– para lograr el bienestar de los consumidores mediante la prevención de las fallas del mercado que pueden producirse como consecuencia de agentes económicos que pretendan alterar la libre formación de los precios¹. En este contexto, el precio de los productos ofrecidos en el mercado se definiría por la oferta y la demanda de los oferentes y demandantes de bienes y servicios, respectivamente. La competencia no es más que la participación económica en el mercado, y que la ley la protege para el beneficio de los consumidores de bienes y servicios.

En términos económicos, las economías de mercado se basan en el principio que son las propias personas las responsables de la generación de riqueza, y que ellos pueden enriquecerse aún más si deciden comerciar bienes y servicios de forma voluntaria en mercados competitivos. Si los precios de tales intercambios comerciales son competitivos, la sociedad como un todo es más rica. Por ello, un objetivo fundamental del

¹ Mónaco Gómez, Miguel, *Regulación de los monopolios y la posición de dominio en Venezuela desde la perspectiva del derecho de la competencia* (Caracas, UCAB, 2015), p. 16.

derecho de la competencia es asegurar que los mercados son, efectivamente, competitivos, para así asegurar la generación de riqueza².

Ahora bien, no existe un mercado ideal en el mundo contemporáneo y jurisdicciones alrededor del mundo están muy lejos de serlo. Pero sí que se han creado leyes que buscan promover la libre competencia de oferentes en el mercado en beneficio de los consumidores. Así las cosas, para proteger la competencia, la ley ha determinado ciertas prácticas económicas ilícitas que busca castigar a toda costa. En efecto, un mercado sano no puede permitir, por ejemplo, manipulaciones de precios, boicots entre actores económicos, restricciones al comercio, entre otras varias actividades perjudiciales.

Al final, la verdadera víctima de estas prácticas económicas ilícitas son los consumidores finales que desean consumir entre las opciones que legítima y económicamente presenta el mercado. Por ello se ha afirmado acertadamente que el ideal de competencia sobrepasa las fronteras nacionales: es una filosofía de mercado, la competencia incrementa el desarrollo económico e intelectual y mejora las condiciones del consumidor³. Por ello, compartimos la opinión de BENTATA sobre una noción de *competencia ensanchada*: el derecho de la competencia no se reduce a una relación de competidores en el mercado, sino también respecto a los consumidores⁴.

A. Regulación de la concentración económica e importancia empresarial

La empresa negocia, contrata y distribuye sus productos y servicios en múltiples mercados. Independientemente se trate de una empresa de consumo masivo o una empresa prestadora de servicios, la empresa en sí misma tiene una participación en el mercado y puede, dependiendo de su posición, impactar en la economía nacional. El estudio del derecho económico tiene importancia para la empresa pues ella, sin saberlo en muchas ocasiones, puede impactar el mercado y realizar actuaciones que pueden ser consideradas ilícitas. Por ejemplo, una empresa puede abusar de su posición dominante en contra de otros competidores. También puede, por ejemplo, abusar de la publicidad de sus

² Hovenkamp, Herbert, *Principles of Antitrust* (West Academic Publishing, 2017), p. 1-2.

³ Id.

⁴ Tal como señala BENTATA, "sabemos que el mayorista representa para el fabricante la solución del doble problema de almacenamiento y distribución [...] pero el fabricante sólo puede retener su independencia creando una demanda para sus bienes propios mediante la publicidad [...] el derecho de la competencia se encarga de poner límites a esta publicidad, con el objeto de proteger al consumidor –tercer personaje obligado del drama económico–". Bentata, *Teoría General de las Prácticas Económicas Ilícitas* (Caracas, EJV, 1995), p. 389.

productos en detrimento de una sana competencia. La empresa debe velar por controles internos que ayuden a mitigar esta clase de riesgos con trascendencia económica y que impacta la misma esencia de los negocios. Por ello, es de especial relevancia en materia de competencia económica la determinación de mercados relevantes y su relación con los derechos constitucionales de los consumidores⁵.

Para ilustrar este punto, usemos un ejemplo: pensemos por un momento en una empresa manufacturera y comercializadora de productos alimenticios. La empresa *produce* los productos alimenticios que oferta al mercado. Pero también, la empresa *almacena, distribuye y comercializa* tales productos a través de distribuidores, mayoristas y clientes pequeños. Para que sus productos sean conocidos por el mercado, y por ende pueda saciar las necesidades de los consumidores, deben ser productos *conocidos* y por ello *publicitados* por la empresa. En este ejemplo, no sabemos cuál es la participación en el mercado de la empresa de

⁵ Respecto a los mercados relevantes en materia de salud y su impacto a los consumidores, la Sala Político-Administrativa ha señalado que el mercado relevante está referido al grupo de productos más reducido y al área geográfica más pequeña en la cual los oferentes, si actúan como una sola firma (un monopolista hipotético) pueden influir de manera rentable, en el precio, la calidad, la variedad, el servicio, la publicidad, la innovación u otras condiciones de competencia. En este sentido: *"Aunado a las consideraciones expuestas por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (PROCOMPETENCIA), hoy Superintendencia Antimonopolio, en la Resolución que hoy se recurre, la cual fue ratificada por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, se puede determinar la atracción inevitable de todas las acciones o actividades que ejerzan los agentes económicos en donde existan situaciones en donde se vea, directa o indirectamente, afectado el derecho a la salud, siendo obligación de todos los tribunales de la República, incluida esta Sala, su protección como derecho constitucional inviolable, estando obligados a velar por el efectivo cumplimiento del mismo, así como de todos los derechos establecidos en nuestra Carta Magna. En virtud de lo anteriormente explicado, la Superintendencia, al momento de establecer como mercado relevante 'El mercado de financiamiento privado de servicios de salud por centros de salud Tipo A, a empresas de seguros y medicina prepagada, y de éstas a los asegurados o a los que requieran de financiamiento privado de dichos servicios en el territorio nacional', incluyó correctamente a las empresas de seguros, puesto que las actuaciones que puedan realizar éstas dentro de su actividad económica específica, relacionadas con los servicios de Hospitalización, Cirugía y Maternidad (HCM), se ven inmersas en actividades relacionadas con la salud privada, abarcando el ámbito de competencias en el que se desenvuelve la sociedad mercantil Hospital Clínicas Caracas, C.A. Visto esto, esta Sala determina que sí existe efectivamente un mercado relevante determinado y determinable, en el cual las empresas de seguros y los centros de salud privados, incidan directamente entre ellos, afectando, en última instancia, al consumidor final, el cual es en este caso, aquella persona natural que necesita el resguardo efectivo de su derecho constitucional a la salud, contemplado en el artículo 83 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela". Sentencia N° 561, 13-06-2016, (Seguros Caracas de Liberty Mutual C.A v. Procompetencia). en: <https://bit.ly/39hjuxh>*

productos alimenticios. Pero independientemente de ello, sabemos que la empresa tiene una cuota de participación en el mercado y que compete frente a otros competidores similares, con precios similares por los bienes que ofrece y en igualdad de condiciones. Este sería el escenario ideal de competencia que no siempre es el real.

Ahora supongamos que la empresa bajo estudio tiene una posición de más del 95% del mercado y que distribuye sus productos por medio de grandes distribuidores como terceros ajenos a la compañía. ¿Puede la empresa establecer condiciones unilaterales en el transporte de sus productos? ¿Puede ser esto un tema relativo a la competencia? La respuesta a la primera interrogante pareciera ser negativa, pues, la empresa no puede abusar de su posición dominante para establecer unilateralmente condiciones comerciales. De esta manera, sí nos encontramos en un problema potencial en materia de regulación de competencia económica. En este ejemplo, vamos a asumir que tenemos en conocimiento que la empresa de productos alimenticios puede ser catalogada por otras empresas con quienes tiene relaciones comerciales como una empresa con “posición de dominio”.

En este sentido, la Ley Antimonopolio venezolana establece una prohibición de contratos que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, falsear, limitar o impedir la competencia económica justa, en todo o parte del mercado. Así las cosas, en este ejemplo debe tenerse en consideración que toda actuación o contrato que impida la entrada o produzca la salida o impida la permanencia de empresas, sus productos o servicios en todo o parte del mercado, se encuentran prohibidos en el artículo 5 de la Ley Antimonopolio.

Una empresa transportista, pudiera alegar en el marco de los distintos contratos suscritos, que tales negocios jurídicos tienen como efecto restringir o impedir su efectiva competencia en el mercado. Precisamente, una de estas formas restrictivas en las que pueden incurrir un agente económico es que en el marco de un contrato obligue o someta a otros a aceptar prestaciones “*suplementarias*” que no estén vinculadas con el objeto de este o a usos propios del comercio, imponiendo de manera unilateral una condición que, en un mercado con competencia efectiva, evidentemente no podría suceder⁶.

De igual manera, los contratos ofrecidos a la empresa de transporte deben ser ofrecidos en igualdad de condiciones. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 12, en sus numerales 1 y 4 de la Ley

⁶ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa, sentencia N° 1083, 24-10-2018 (*Consortio El Recreo C.A v. PROCOMPETENCIA*), en <https://bit.ly/3I3WoNI>

Antimonopolio⁷, por ejemplo, pudiera ser recomendable una sanción contractual a imponer a las empresas transportistas sea proporcional y adecuada al caso específico de cada una, sin discriminación. Así, sólo puede justificarse cláusulas de suspensión o de responsabilidad civil diferentes en la medida en que pueda justificarse que esa diferencia atiende a una situación particular de determinado transportista, pues de lo contrario se pondría sin justificación a unos en condiciones más desfavorables que a otros.

De existir discriminación en el establecimiento de sanciones contractuales en los distintos contratos suscritos con transportistas similares, la empresa de productos alimenticios correría el riesgo de que tales actuaciones sean consideradas como condiciones de comercialización de servicios desiguales en perjuicio de los distribuidores, y por ello, se constituya en un abuso de la posición de dominio.

Las empresas se relacionan con otros actores del mercado por medio de contratos y otras formas de relacionamiento comercial. De esta manera, un contrato mal concebido y estructurado puede tener graves implicaciones en materia de competencia económica, ya sea por el refuerzo de una situación propia de la empresa (su participación en el mercado que la denomina como dominante) o una conducta expresamente prohibida (a través de la manipulación de precios de los productos ofertados). Nuestro ejemplo de las condiciones unilaterales a los transportistas de la empresa productora de productos alimenticios es interesante por dos razones: en primer lugar, evidencia que no siempre aplica la autonomía de la voluntad de los contratantes y hay razones externas y legales a considerar en la contratación empresarial. En segundo lugar, también ilustra la situación por la cual una gran empresa pueda verse fácilmente vinculada a problemas de competencia que jamás hubiesen estado en el radar empresarial. Allí radica la importancia del derecho económico ampliamente considerado y aplicado a la empresa.

a. Antitrust como problema empresarial global

Aunque la concentración económica de las empresas puede variar de país en país y el derecho de la competencia, esencialmente, es territorial (los Estados establecen regulaciones propias de lo que debe entender como competencia económica y cómo debe protegerse), no es

⁷ Ley Antimonopolio. Art. 12. *“Se prohíbe el abuso por parte de uno o varios de los sujetos de aplicación del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, de su posición de dominio, en todo o parte del mercado nacional y, en particular, quedan prohibidas las siguientes prácticas: [...] 1. La imposición discriminatoria de precios y otras condiciones de comercialización o de servicios. [...] 4. La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación de desventaja frente a otros”*.

menos cierto que la adquisición de un competidor significativo en otra jurisdicción puede tener consecuencias en materia de competencia para los dos países (el país de origen de la empresa, el país donde se concreta la adquisición propiamente dicha). La legislación de la competencia es esencialmente territorial, pero no por ello, es un problema exclusivamente local. Existen, en efecto, diversos niveles de competencia: sectorial nacional, sectorial regional y sectorial internacional⁸. Pero no se trata de sólo variaciones de grado sino también de naturaleza en cuanto a las diversas legislaciones nacionales pueden entrar en conflicto entre ellas⁹.

Desde 1976, agencias gubernamentales de los Estados Unidos requieren una notificación previa para la realización de las grandes adquisiciones comerciales de acuerdo con lo establecido en el *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act*, aplicando sus disposiciones a toda adquisición foránea que afecte el comercio dentro de los Estados Unidos¹⁰. De igual forma, la Unión Europea ha realizado lo mismo en el marco de sus regulaciones de fusiones y adquisiciones comunitarias¹¹. Las regulaciones que prevén el control de las fusiones y adquisiciones en el marco de la competencia han tenido sus conflictos entre ellas. En 1997, tanto las autoridades de la Unión Europea como las norteamericanas revisaron la propuesta de fusión entre dos compañías norteamericanas fabricantes de aeronaves, *Boeing y McDonnell Douglas*. Aunque la *Federal Trade Commission* aprobó la fusión, la Dirección General de Competencia de la Unión Europea objetó la fusión y sólo admitió su procedencia luego de que Boeing acordara importantes concesiones en el marco de la fusión¹².

Así, en palabras de la dirección de competencia, “*la concentración propuesta conduciría al fortalecimiento de una posición dominante a través de la cual la competencia efectiva se vería obstaculizada significativamente en el mercado común de acuerdo con las regulaciones vigentes*”¹³. Adicionalmente, en algunas jurisdicciones, existe una regulación de competencia que permite la colaboración de los particulares a través de un *Leniency Program*.

⁸ Bentata, cit., p. 389.

⁹ Id.

¹⁰ Vagts, Detlev F., William S. Dodge, Harold Hongju Koh & Hannah L. Buxbaum, *Transnational Business Problems* (New York, University Casebook Series, 2012), 5° ed., pp. 448-449.

¹¹ Id., p. 448.

¹² Id., p. 460.

¹³ Dirección General de Competencia de la Unión Europea, Decisión de la Comisión del 30-07-1997, *Boeing/McDonnell Douglas*, Caso IV/M.877, en <https://bit.ly/38lVqt2>

En el derecho norteamericano, por ejemplo, existe un programa extensivo de cooperación con las autoridades federales en materia de competencia como incentivo de mejores prácticas corporativas¹⁴ y con resultados interesantes a lo largo de los años¹⁵. En todo caso, podemos apreciar que la competencia económica tiene un claro matiz de interés público por los entes reguladores: es la sana competencia económica lo que está en juego, y en este esquema regulatorio, las empresas hacen negocios. Analicemos el derecho detrás de esta idea de seguidas.

B. Nociones básicas de derecho de la competencia venezolano

Analizado el problema de fondo, el marco normativo venezolano es ambiguo en muchos aspectos y poco ejecutado en la práctica comercial, pero no por ello debe ser obviado y dado como inválido. La norma rectora en Venezuela es la Ley Antimonopolio, y con ella, haremos varios comentarios respecto a su aplicación para los negocios, sus implicaciones prácticas y cómo un programa de cumplimiento debe establecer lineamientos de actuación empresarial en esta materia. Una diferencia conceptual entre el derecho de la competencia venezolano y el *antitrust* norteamericano, es que el primero encuentra su origen e inspiración directa en el Derecho de la Competencia Europeo, al punto de que algunas de sus disposiciones legales en la materia son prácticamente una copia de este¹⁶. No obstante, el plano teórico de todo este asunto surge inmediatamente la pregunta ¿se protege la competencia o se prohíben los monopolios? ¿Es acaso esto lo mismo? ¿Qué debe hacer la empresa ante esta clase de problemas?

a. Prácticas prohibidas específicamente

Las regulaciones de competencia prohíben conductas comerciales de las empresas en el mercado de bienes y servicios. En sentido amplio, usaremos las palabras conducta o práctica como sinónimos a los efectos de este ensayo. En todo caso, es importante aclarar que toda conducta desencadena un acto jurídico con efectos legales. Esta distinción es clave, pues, a los ojos de la ley, no será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro competidor, de los consumidores o del orden público económico; basta constatar que la generación de dicho daño sea potencial, para que se apliquen las sanciones legales previstas en el ordenamiento jurídico que resulte aplicable.

¹⁴ U.S. Department of Justice, Antitrust Division, *Corporate Leniency Policy*, 1993, en <https://bit.ly/39f8ccU>

¹⁵ U.S. Department of Justice, Antitrust Division, *The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement Over the Last Two Decades*, 2010, en <https://bit.ly/3MIJW7y>

¹⁶ Mónaco, cit., p. 113.

La legislación venezolana establece una prohibición general y varias específicas en materia de competencia económica. De forma general, se prohíben las conductas, prácticas, acuerdos, convenios, contratos o decisiones que impidan, restrinjan, falseen o limiten la competencia económica. La prohibición, concebida en estos términos, busca formular la base de una política económica de libre competencia, de manera que la misma no sea impedida, restringida, falseada o limitada en forma alguna¹⁷. Ahora bien, las conductas específicamente prohibidas son reguladas por la necesidad de normar la participación de la empresa y su actividad económica desde el punto de vista del desarrollo de la competencia económica.

Tradicionalmente se ha señalado que la Ley Antimonopolio prohíbe expresamente las barreras indebidas al mercado, el boicot a la libre competencia, la manipulación de los factores de producción, los acuerdos para restringir o impedir la libre competencia, los carteles y demás formas de colusión entre competidores, las concentraciones económicas que restrinjan la competencia o produzcan una situación de dominio en el mercado, la fijación de precios o condiciones de reventa, y el abuso de la posición de dominio¹⁸.

En primer lugar, las barreras indebidas del mercado se encuentran reguladas en el artículo 6 de la Ley Antimonopolio que dispone que “se prohíben las actuaciones o conductas de quienes, no siendo titulares de un derecho protegido por la Ley, pretendan impedir u obstaculizar la entrada o la permanencia de empresas, productos o servicios en todo o parte del mercado”. En un ambiente de libre competencia, los actores económicos pueden entrar y salirse del mercado sin impedimento alguno. Por lo tanto, cualquier conducta que impide u obstaculice la entrada o permanencia de empresas, productos, o servicios en todo o en parte del mercado, está particularmente prohibido¹⁹. Por interpretación en contrario, de haber un derecho protegido por ley, ya sea por una marca comercial o una patente, tales actuaciones se encontrarían permitidas²⁰.

La prohibición de prácticas exclusionarias se encuentran generalmente prohibidas como una forma de barrera de entrada. En *Corporación Optilaser, C.A v. Procompetencia* se sostuvo que la restricción generada por este tipo de prácticas exclusionarias produce la reducción de la competencia efectiva en el mercado, así como un daño al consumidor,

¹⁷ Brewer-Carías, Allan, Gustavo Linares Benzo, Luis Ortiz Álvarez & Faustino Flamarique, *Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia* (Caracas, EJV, 1996), p. 22.

¹⁸ Id., p. 30 y ss.

¹⁹ Id., p. 29.

²⁰ Id.

quien ve reducidas las opciones de mercado²¹. De allí que, para que se configure, debe estar probada la eficiencia de la actuación para producir tal exclusión. De acuerdo con *Corporación Optilaser, C.A.*, los tres requisitos concurrentes para la efectiva aplicación de las sanciones establecidas en la Ley Antimonopolio son (i) la capacidad de las empresas de afectar actual o potencialmente el mercado; (ii) la realización de una práctica que dificulte la permanencia y el desarrollo de la actividad económica de un agente económico, o impida la entrada de nuevos competidores, en todo o parte del mercado; (iii) que la exclusión de empresas del desarrollo de la actividad económica obedezca a la aplicación de políticas comerciales que no sean justificables por razones de eficiencia económica²².

En segundo lugar, *los carteles y demás formas de colusión entre competidores* se encuentran prohibidos, y en particular, se encuentra prohibido:

1. Fijar, de forma directa o indirecta, precios y otras condiciones de comercialización o de servicio.
2. Limitar la producción, la distribución, comercialización y el desarrollo técnico o tecnológico.
3. Restringir inversiones para innovación, investigación y desarrollo.
4. Repartir los mercados, áreas territoriales, sectores de suministro o fuentes de aprovisionamiento entre competidores.
5. Aplicar en las relaciones comerciales o de servicios, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación de desventaja frente a otros.
6. Subordinar o condicionar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos del comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos²³.

De acuerdo con la terminología generalmente aceptada en materia de competencia, el término cartel se refiere a un acuerdo entre competidores con un objeto contrario a la competencia²⁴. La empresa no puede, directa o indirectamente, ser partícipe en acuerdos que voluntariamente entre competidores afecte la competencia como un todo. En este sentido, por ejemplo, los acuerdos para la fijación de precios son prohibidos por la legislación nacional y extranjera, al entenderse generalmente, violatorios a las reglas básicas de sana competencia

²¹ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia N° 1291, 21-09-2017 (*Corporación Optilaser, C.A v. Procompetencia*), en <https://bit.ly/3yybLpa>

²² Id.

²³ Ley Antimonopolio, Art. 9.

²⁴ Brewer-Carías, Allan et al, cit., p. 31.

económica. Las prácticas conjuntas entre competidores para la fijación de los precios distorsionan el mercado, al privarlo del mensaje principal que utiliza el consumidor para decidir su preferencia entre un competidor y otro²⁵.

Finalmente, queremos destacar, lo que en nuestra opinión es el sentido y ser de la regulación de competencia: la *prohibición del abuso de la posición de dominio*. En Venezuela, ha sido el criterio administrativo reiterado definir el abuso de posición de dominio como:

[...] la facultad que tienen uno o varios agentes económicos (vinculados entre sí) de ejercer influencia considerable en el mercado, de manera independiente, sin tener en cuenta y sin que se lo impidan sus competidores, compradores o distribuidores, proveedores, usuarios o consumidores, ya sea por la falta de otros competidores o porque existen factores que hacen que la competencia vea, de alguna manera, obstruida²⁶.

El artículo 12 de la Ley Antimonopolio expresamente establece: “*Se prohíbe el abuso por parte de uno o varios de los sujetos de aplicación del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, de su posición de dominio, en todo o parte del mercado nacional*”.

Sin ánimos de entrar en las profundas delimitaciones conceptuales de esta materia teóricamente fascinante, el elemento central para considerar la presencia de una posición de dominio es el “poder de mercado” que pueda ostentar un productor, lo cual será un grado suficiente que le permita a este actuar de forma independiente de otros productores que pretendan competir con él. En consecuencia, ello le permitirá tomar decisiones sobre el precio u otros factores relevantes de comercialización sin consideración a sus competidores, ni tampoco los consumidores²⁷. Así, muchas prácticas pueden ser consideradas como posición de dominio.

Dentro de la posición de dominio se discute si dicho poder tiene o no impacto en los precios finales a los consumidores en el mercado. El precio es quizás el elemento más importante de una transacción comercial (aunque no es el único) y al mismo tiempo es la señal más visible que envían los agentes económicos al mercado²⁸. Los precios que la empresa decida comercializar sus bienes o servicios pueden tener o no, impacto en la competencia económica de acuerdo con su posición en el mercado. Así, el establecimiento de precios unilateralmente pudiera ser considerado como una conducta anticompetitiva dependiendo de las

²⁵ Id., p. 41.

²⁶ Citado por Mónaco, cit., p. 116. Resolución N° SPPLC/0016-95, Servicios Técnicos Schindler, C.A. v. Ascensores Schindler de Venezuela, C.A.

²⁷ Id., p. 117.

²⁸ Brewer-Carías, Allan et al., cit., p. 41.

circunstancias²⁹. En virtud de ello, lo verdaderamente fundamental desde el punto de vista de la estrategia comercial empresarial, es delimitar los límites de la estrategia de precios: la empresa puede entrar en conductas comercialmente violatorias a la competencia económica con una errada estrategia de precios y el programa de cumplimiento debe establecer protocolos para que las leyes de la competencia sean protegidas y ejecutadas cuando sea necesario.

b. Competencia desleal

Al margen de los preceptos establecidos en la Ley Antimonopolio, existen igualmente varias actividades económicas ilícitas que pueden generar la apertura de procedimientos administrativos especializados por los entes reguladores. Este hecho ilícito puede revestir o no carácter penal. La empresa, así como su programa de cumplimiento, debe ser lo suficientemente flexible para señalar aquellas prácticas ilícitas que atentan contra su integridad corporativa de forma respetuosa al ordenamiento jurídico existente.

La legislación sobre la competencia venezolana, en buena medida, versa sobre la prohibición de la competencia desleal. Adicionalmente, el derecho de la competencia delimita las conductas ilícitas a través de la teoría de las prácticas económicas ilícitas. Así, el hecho ilícito corporativo se sustenta en buena medida tanto en el derecho de la competencia, el derecho de las obligaciones, como el derecho de la propiedad intelectual. La multiplicidad de fuentes no quiere decir que su análisis legal sea complejo. En realidad, las prácticas económicas ilícitas tienen distintas perspectivas que se yuxtaponen. Así, un problema de competencia, puede ser también un problema obligacional o un problema de propiedad intelectual, dependiendo la óptica de la controversia en cuestión.

Hemos advertido que las compañías compiten entre sí para tener un espacio en el mercado. Por una parte, las empresas pelean por su cuota de mercado, y por la otra, los consumidores adquieren los bienes y servicios ofertados por las empresas. Ahora bien, esta competencia debe ser legal y respetuosa a lo establecido por las regulaciones vigentes. Sobre esta idea nace la noción de competencia leal en el mercado.

²⁹ Tradicionalmente, se ha establecido las categorías de precios predatorios y los precios abusivos como formas de precio prohibidas en el mercado. Por una parte, los precios predatorios son aquellos precios muy bajos con el objeto de sacar fuera del mercado a los competidores que no pueden competir con ese nivel de precios, con la probable consecuencia que los precios en ese mercado subirán otra vez después de que el competidor haya sido forzado a salir. (Citado por Mónaco, cit., p. 120. Resolución N° SPPLC/0027-2002, *Vitrofibras v. Centroplast*.) Por otra parte, los precios abusivos, son los precios establecidos por la empresa dominante que difiere en exceso del precio que registraría en un entorno competitivo. (Citado por Mónaco, cit., p. 122. Resolución N° SPPLC/0043-2004, *APROPACA v. MANPA*).

La competencia leal no es más que la reafirmación que toda competencia económica entre empresas debe realizarse en el marco de la legalidad. ¿Pero que implica legalidad en este contexto? La lealtad, en forma muy genérica, significa como concepto que guarda a alguien o algo la debida fidelidad. Dicho en otras palabras, es el respeto a los límites de la competencia ajena. Por ello, la diferenciación entre las conductas comerciales lícitas e ilícitas, son claves para entender las implicaciones del actuar empresarial.

La determinación de la existencia de una práctica desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización. La Ley Antimonopolio establece cuatro categorías de prácticas desleales: (i) la publicidad engañosa, (ii) la simulación o imitación, (iii) el soborno comercial y (iv) la violación de normas. Sin embargo, un lector acucioso, no negaría lo confuso que pueda parecer la fundamentación de la regulación de las conductas desleales³⁰.

Dentro de estas grandes cuatro categorías se subsumen múltiples acciones igualmente ilícitas. Así, por ejemplo, la revelación de secretos empresariales puede ser considerada como una práctica desleal, el aprovechamiento del esfuerzo ajeno³¹, promoción de productos con base en declaraciones falsas, entre otras muchas prácticas. El espíritu de la norma sobre prácticas desleales es ser *amplísima* en su rango de aplicación y subsumir en ella múltiples supuestos de hecho ilícitos. Ahora bien, no toda competencia desleal es un asunto de competencia económica.

En este sentido, se ha sostenido acertadamente que dentro de la legislación venezolana existen dos perspectivas a partir de las cuales se sancionan los actos desleales y que se distinguen entre sí por los intereses que las distintas normas tutelan³². Por una parte, la primera perspectiva tiene que ver con los intereses de los particulares y con el derecho por parte de los afectados de solicitar indemnización ante los órganos jurisdiccionales ordinarios por los daños y perjuicios ocasionados por un comportamiento desleal³³. Por otra parte, se refiere claramente a la protección de un interés público –el orden público económico–, asumido por las normas antimonopolio que sancionan los actos desleales al

³⁰ González Porras, Enrique, "La regulación de la competencia desleal en Venezuela", *Revista de Derecho Administrativo*, N° 20 (2005), p. 94, en <https://bit.ly/39cEB3V>

³¹ Cabe destacar que la práctica de aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno consiste en la utilización de una prestación o utilidad conseguida por un tercero sin su consentimiento, que no se encuentra protegido por un derecho de propiedad industrial. (*Todoticket 2004, C.A. v. Vale Canjeable Ticketven, C.A. Id.*)

³² Pesci Feltri, Flavia, "La competencia desleal en el sistema venezolano de derecho de la competencia", *Revista de Derecho*, N° 56 (2005), pp. 210-211, en <https://bit.ly/3w4IYZ1>

³³ Id.

considerarlos ilícitos de antitrust desde el mismo momento en que pueden cercenar la competencia económica del mercado³⁴.

Desde la normativa antimonopolio también se puede considerar como una práctica desleal el prevalecer en el mercado mediante una ventaja adquirida como resultado del incumplimiento de una norma jurídica o reglamentaciones técnicas, tales como ambientales, publicitarias, tributarias, de seguridad social o de consumidores u otras; sin perjuicio de las disposiciones y sanciones que fuesen aplicables conforme a la normativa especial en concreto³⁵.

En cuanto al termino daño que crea la competencia desleal se ha mantenido que no se precisa su efectiva concurrencia para que pueda hablarse de competencia desleal, sino, que es suficiente que exista un daño potencial, un peligro de daño que pueda considerarse posible debido a la modalidad o naturaleza de determinados actos³⁶. Precisamente, el artículo 16 de la Ley Antimonopolio expresamente dispone que:

[...] no será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro competidor, de los consumidores o del orden público económico; basta constatar que la generación de dicho daño sea potencial, para que se apliquen las sanciones legales previstas en el ordenamiento jurídico que resulte aplicable.

En todo caso, el derecho de la competencia se abstiene de formular reglas generales rígidas que encajonen su interpretación y resulten imprácticas³⁷. La regulación de la competencia desleal no es más que eso, parámetros generales de conductas jurídicas contrarias al sano ejercicio de la competencia económica, y con ello, tales prácticas ilícitas pueden ser sumamente diversas y requerirán un análisis caso por casos para ponderar su ilicitud e impacto al mercado desde los ojos del derecho de la competencia.

II. Derechos de los consumidores

A diferencia del derecho de la competencia que se enfoca en la figura de los competidores, el derecho de los consumidores se centra desde la perspectiva de los usuarios de bienes y servicios que proveen los competidores para el consumo. Ahora bien, para que un programa de cumplimiento sobre regulación económica sea exitoso es importante un conocimiento exhaustivo previo de la normativa vigente y aplicable

³⁴ Id.

³⁵ Ley Antimonopolio, Art. 17.4.

³⁶ *Todoticket 2004, C.A. v. Vale Canjeable Ticketven, C.A.*

³⁷ Id.

al consumidor, entendiendo su necesaria interconexión con el derecho de la competencia económica.

Se ha sostenido acertadamente que el derecho de los consumidores y usuarios reconocido en el artículo 117 de la Constitución sólo puede materializarse si median condiciones efectivas de competencia, esto es, concurrencia de operadores en el mercado como condición necesaria para que los consumidores y usuarios puedan libremente seleccionar bienes y servicios de calidad³⁸. De igual manera, no es novedoso advertir que existen múltiples instrumentos legales que establecen numerosos delitos de naturaleza económica. Por ejemplo, la Ley Orgánica de Precios Justos (LOPJ), es la ley marco y referencia en materia de delitos económicos que atenten contra los consumidores.

1. ¿Derecho de los consumidores en Venezuela?

En el marco de una relación entre consumidor y proveedor de bienes, se ha descrito a la categoría de consumidores como aquella persona que adquiere un bien o servicio para su uso definitivo, en contraposición a un fin de lucro, pero que se encuentra en una situación de desventaja económica frente al proveedor que le entrega ese bien o servicio por una contraprestación³⁹. Esta situación típica se da entre los productores y distribuidores de bienes y servicios, por una parte, y por la otra, y los usuarios o consumidores de tales bienes y servicios⁴⁰. En tales casos, se trata no sólo de proteger a ese contratante más débil, sino de asegurar la dirección general de la economía en beneficio de toda la colectividad⁴¹.

En sentido amplísimo, la legislación venezolana del consumidor provee en mayor o menor medida **(i)** protección al consumidor basada en la regulación del objeto de consumo, **(ii)** basada en el sujeto, **(iii)** protección según el modelo económico constitucional, y **(iv)** protección según la situación económica⁴². En efecto, en la contratación diaria de la

³⁸ Hernández, José Ignacio, "Libre competencia y defensa de los consumidores y usuarios", *Revista de Derecho Público*, N° 102 (2005), p. 26, en <https://bit.ly/3w8MMYf>

³⁹ Basile, Miguel, "La inconstitucionalidad de normas en materia de protección al consumidor por crear condiciones adversas a los consumidores por sus efectos económicos: un estudio a partir de la jurisprudencia venezolana", *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 71 (2017), p. 74, en <https://bit.ly/3L8ppqWE>

⁴⁰ Melich Orsini, José, "Las particularidades del contrato con consumidores", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, N° 111 (1999), p. 85, en <https://bit.ly/3Pacbt>

⁴¹ Id.

⁴² En este sentido, véase, Chacón Gómez, Nayive, "Reseña histórica de la protección al consumidor y usuario en Venezuela: Mucho más que 'precios justos'", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* (2017), pp. 145 y ss., en <https://bit.ly/3yBHdD4>

gran empresa frente a los consumidores de los bienes que adquieren de esta, crea un escenario comercial donde el concepto de autonomía de la voluntad de las partes se encuentra íntimamente relacionado con el principio de libertad en la contratación, pero tal principio cede su espacio desde principios del siglo pasado ante el intervencionismo que postula el Estado social y de Derecho⁴³. De esta forma, aunque la legislación actual tiene una fuerte tendencia a la regulación de los precios, no es menos cierto, que existen principios generales de protección al consumidor derivados de la Constitución y múltiples casos judiciales en este sentido.

El derecho al consumidor venezolano es confuso por su regulación ambigua, poco precisa y dispersa más allá de los establecido por la LOPJ. Por ejemplo, la aún vigente Ley sobre Propaganda Comercial⁴⁴ establece ciertas prohibiciones para la realización de propaganda comercial, sin entrar a definirla⁴⁵. Sin embargo, se ocupa de los llamados sistemas de bonificación al consumidor, ya sea mediante estampillas, cupones, vales, bonos, contraseñas o signos pagaderos en dinero o en especie, estableciendo un procedimiento para la autorización de su emisión y entrega a los consumidores⁴⁶.

Por una parte, aun cuando la LOPJ afirma que tiene por objeto garantizar el acceso de las personas a los bienes y servicios para la satisfacción de sus necesidades, esta no contempla un elenco de normas tendientes a describir los derechos de los ciudadanos en lo que se refiere al acceso a los bienes y servicios, como sí lo hacía la derogada Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y servicios⁴⁷. De esta forma, la LOPJ se enfoca exclusivamente en la temática de la estructura de costos y el establecimiento de los márgenes de ganancias⁴⁸. La realidad, es que el derecho al consumidor no sólo abarca del establecimiento de precios, sino también el libre acceso adecuado a los bienes y servicios en situaciones en las cuales, por ejemplo, no medie fraude y sea en condiciones de acceso justas.

En Venezuela, por ejemplo, no existe regulación respecto al uso de internet para la compraventa de bienes y servicios. A medida que la industria publicitaria crece en internet, por ejemplo, será cada vez más

⁴³ Citado por Chacón Gómez, Id. en Annichiarico, José: "La obligación de seguridad y los contratos de consumo", *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 148 (2010), pp. 129-162.

⁴⁴ Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela N° 21.503, de fecha 06-09-1944.

⁴⁵ Chacón Gómez, cit.

⁴⁶ Id.

⁴⁷ Reverón Boulton, Carlos, "Notas sobre la Ley Orgánica de Precios Justos", *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, N° 3 (2014), pp. 155-172, especialmente p. 161, en <https://bit.ly/3PbLfrT>

⁴⁸ Chacón Gómez, cit., p. 153.

importante resolver el asunto de los fraudes⁴⁹. Los consumidores, los anunciantes, las páginas que incluyen publicidad pagada y los grandes portales están involucrados en una situación técnica, legal y social muy compleja⁵⁰. Un programa de cumplimiento puede establecer nociones básicas de protección al usuario y cómo la compañía puede afrontar este tipo de situaciones que potencialmente pueden dañar la reputación del negocio, sin necesidad de que exista expresa obligación legal en este sentido, como pudiera ser el caso de la regulación bancaria vigente⁵¹.

En todo caso, el programa de cumplimiento económico debe entender que la empresa puede ostentar un poder de mercado y que dicho poder tiene consecuencias legales, regulatorias, y de cumplimiento. Esta consideración no sólo es fundamental desde un punto estrictamente legal –¿cuál estrategia legal empleará la compañía en caso de una queja por parte de sus consumidores habituales?– sino que debe formarse y entrenarse a los empleados de la empresa respecto a este tipo de situaciones para no incurrir en prácticas que atentes o sean violatorias al derecho de los consumidores⁵².

III. Prácticas económicas ilícitas y el revés de los delitos económicos

La empresa puede incurrir en hechos ilícitos corporativos en su práctica comercial diaria. Así como hay distintos tipos de responsabilidad que puede acarrear la empresa (penal o civil), la contrapartida de este análisis es el hecho ilícito en sí mismo que realiza la empresa en violación del ordenamiento jurídico. En opinión de algunos, los criminólogos y penalistas han prestado poca atención al derecho de responsabilidad extracontractual, un tema estrechamente relacionado con la conceptualización de ciertos delitos de cuello blanco como delitos

⁴⁹ Kerin, Roger A., Steven W. Hartley & William Rudelius, *Marketing*, (Mc Graw-Hill Edición, 2014), 11° ed., p. 491.

⁵⁰ Id.

⁵¹ Norma Prudencial, Normas relativas a la protección de los usuarios y usuarias de los servicios financieros, SUDEBAN. En materia bancaria, la SUDEBAN ha emitido normas sublegales para la regulación y protección de los intereses de clientes y usuarios del sistema bancario nacional. En tal sentido, las instituciones bancarias deberán prestar a sus clientes una adecuada atención en cuanto operaciones, transacciones, reclamos o quejas y solicitudes que éstos realicen y cuya atención será completamente gratuita. (Norma prudencial, Art. 3). En <https://bit.ly/3wmG9jQ>

⁵² En un análisis poco profundo, un ejemplo de ello pudiera ser el desabastecimiento voluntario en determinadas zonas geográficas por intereses comerciales, teniendo una doble violación este hipotético, tanto como de potencial práctica anticompetitiva como de potencial violación al derecho del consumidor en el acceso del bien o servicio prestado.

propiamente dichos⁵³. El delito y el hecho ilícito no son diferentes en cuanto al comportamiento del actor⁵⁴. Más bien, son dos instituciones existentes para hacer frente a la conducta ilícita⁵⁵. Esta situación podemos caracterizarla a efectos prácticos de este ensayo, como hecho ilícito corporativo.

Ahora bien, tales hechos ilícitos corporativos no necesariamente tienen una implicación regulatoria desde una perspectiva de derecho público o derecho penal. Las prácticas económicas ilícitas son aquellas prácticas comerciales que violan alguna norma de rango legal en el curso de actividades comerciales.

Así, prácticas como la piratería, el fraude, el abuso de patrocínio, las importaciones paralelas, son ejemplos de malas prácticas comerciales que tienen consecuencias legales negativas y representan riesgos para la empresa y su reputación, pero que muchas veces no encuentran su sustento en una razón de competencia, por ser un derecho meramente privado el que se encuentra afectado. Tangencialmente, las prácticas económicas ilícitas pueden tener implicaciones en materia de competencia económica y protección a los consumidores, pero es autónoma en el sentido de que cualquier tercero puede tener una acción civil frente a la empresa de acuerdo con la teoría de la responsabilidad extracontractual.

1. Teoría general de las prácticas económicas ilícitas

Las prácticas económicas ilícitas son aquellas actuaciones comerciales que las empresas pueden cometer voluntariamente o no, que pueden constituir ilícitos de naturaleza civil o administrativa, y que pueden impactar la actividad empresarial misma por ser considerados tanto como actuaciones anticompetitivas, violatorias a los derechos de los consumidores, o sencillamente contrarias a la legalidad. En este ensayo, nos aglomeramos las prácticas económicas ilícitas sin importar su distinción entre las subáreas del derecho que competen, pues, el interés de la empresa es evitar que tales prácticas ocurran, en aras de mantener una excelente reputación comercial y su adecuación al marco de la

⁵³ Carter, & Blum-West, *Bringing White-Collar Crime Back in: An Examination of Crimes and Torts, Social Problems*, Vol. 20 (1983), p. 546. En todo caso, en opinión de estos autores, el debate sobre si las violaciones penales y extracontractuales son formas distintas de comportamiento o tipos de acciones similares reguladas por dos conjuntos diferentes de procedimientos legales se ha centrado en cuatro cuestiones: el papel de la intención del infractor en los casos penales y extracontractuales; la inmoralidad de la conducta; los fines de las sanciones en juicios penales y civiles; y los objetos que supuestamente protege cada ordenamiento jurídico. Id.

⁵⁴ Id., p. 551.

⁵⁵ Id.

legalidad. En particular, enfocamos el estudio a tres situaciones que deben ser de vital análisis para la empresa: la protección de secretos industriales y la prevención de delitos económicos.

A. Protección de los secretos comerciales

La información es poder, así como todo lo que la rodea. Una práctica económica ilícita es la divulgación no autorizada de secretos industriales, y los programas de cumplimiento deben prever escenarios y protocolos en el peor escenario posible. La información empresarial puede tener grandes impactos no sólo para el desarrollo de la empresa sino afectar por vía de consecuencia el mercado y a los consumidores. ¿Qué hacer cuando hay una fuga de información respecto a un producto en desarrollo, un proyecto de mercadeo, o las etapas de un procedimiento industrial? El programa de cumplimiento debe establecer los protocolos a seguir, no sólo a lo interno de la organización, sino frente a las autoridades reguladoras potencialmente involucradas.

Pero ¿qué es un secreto empresarial? Se ha sostenido, efectivamente, que el secreto empresarial es un bien intangible susceptible de protección legal. El secreto empresarial es una manifestación de la propiedad intelectual que se encuentra individualizado por determinados rasgos: la heterogeneidad de las informaciones de que trata y la forma en que es protegido⁵⁶. Así, las informaciones objeto de secreto, pueden ser de explotación continuada (por ejemplo, una información técnico industrial) o agotarse en un sólo uso (el caso de una estrategia publicitaria)⁵⁷.

En cuanto a la forma en cómo tales secretos pueden tutelarse, como el secreto no concede derechos absolutos, no existe un derecho al secreto, no se puede oponer frente a todos un derecho de exclusividad sino que su protección radica en un monopolio de hecho⁵⁸. De esta manera, en la medida en que la información permanezca en secreto por actos del empresario, este podrá utilizarlo en su provecho⁵⁹. Cuando estos conocimientos dejan de ser reservados por actuaciones legítimas de terceros, por ejemplo, cuando los competidores llegan de forma autónoma e independiente a los mismos resultados no hay posibilidad legal de

⁵⁶ Font Acuña, Thais, "Requisitos que determinan la protección jurídica del secreto empresarial", *Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Carabobo*, Vol. 37 (2014), pp. 185-208, especialmente p. 191, en <https://bit.ly/3swUQzw>

⁵⁷ Id.

⁵⁸ Id.

⁵⁹ Id.

prohibir el uso de tales conocimientos pues equivaldría a desestimular la invención y la investigación⁶⁰.

El secreto empresarial no tiene protección por el mero hecho de ser un secreto o información desconocida por terceros. El simple deseo del poseedor de conservar oculta la información no es suficiente y se requiere que lo manifieste al exterior por medio de medidas y providencias para evitar su divulgación⁶¹. La naturaleza de los secretos empresariales es un buen ejemplo de la protección otorgada por el Derecho de la competencia desleal⁶². El valor del secreto empresarial puede quedar muy depreciado por su reevaluación indebida, e implicar, consecuencias legales de una perspectiva de hecho ilícito corporativo. La naturaleza jurídica de los derechos de exclusividad de datos es una cuestión intrínsecamente ligada a la naturaleza de los derechos protegidos vía competencia desleal⁶³.

Una de las características fundamentales del Derecho de la competencia desleal es que no protege derechos perfectos, sino más bien intereses legítimos que no constituyen propiamente un derecho de exclusiva⁶⁴. En otros términos, la protección conferida al secreto empresarial no tiene eficacia preclusiva y solo tiene protección mientras y en la medida en que el *know-how* se mantenga secreto⁶⁵. De ahí que las legislaciones impongan al titular de los secretos empresariales la carga de protegerlo adoptando las medidas necesarias para evitar su divulgación⁶⁶.

En la actual Ley Antimonopolio, no existe una regulación precisa sobre los secretos empresariales aun cuando puede establecerse claramente como una práctica desleal del comercio la revelación de tal información confidencial y de uso comercial⁶⁷. No obstante, existen disposiciones dispersas tanto en la LOTTT como en el Código Penal que regulan, en tales materias, el secreto como un asunto de interés empresarial

⁶⁰ Id.

⁶¹ Font Acuña, Thais, "La razonabilidad de las medidas de protección en el secreto empresarial", *Revista de Propiedad Intelectual de la Universidad de Los Andes*, N° 20 (2017), p. 151, en: <https://bit.ly/3Nd57Jo>

⁶² Lobato García-Miján, Manuel, "Estudio sobre el fundamento jurídico de la protección de los secretos empresariales regulados en el artículo 266 de la Decisión Andina 486", *Revista de Derecho Administrativo*, N° 11 (2001), pp. 87-107, especialmente p. 88, en: <https://bit.ly/3Nbslzi>

⁶³ Id.

⁶⁴ Id.

⁶⁵ Id., p. 89.

⁶⁶ Id.

⁶⁷ Esta situación era regulada de manera diferenciada en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia en su artículo 17 que se refería expresamente a la violación de secretos industriales.

y de protección. En este sentido, es una causa justificada de despido, la revelación de secretos de manufactura, fabricación o procedimiento⁶⁸.

Igualmente, se encuentra tipificado como delito la conducta por medio de la cual el que hubiere revelado noticias relativas a invenciones o descubrimientos científicos o aplicaciones industriales que deban permanecer en secreto y de que haya tenido conocimiento por causa de su posición o empleo o en razón de profesión, arte o industria, será castigado, a instancia de la parte agraviada, con prisión de quince días a tres meses⁶⁹.

Como podemos observar, en ambas normas no se hace referencia expresamente al concepto empresarial de esta institución, y tal como señala FONT ACUÑA, lo que termina ocurriendo en la actual regulación venezolana es que Venezuela no escapa del uso disperso de la terminología para identificar al secreto empresarial, y la doctrina que la refiere reconoce por lo menos cuatros denominaciones: secreto comercial, secreto industrial, secreto empresarial y *know-how*, sin distinciones conceptuales⁷⁰.

Para que un secreto industrial o empresarial sea tal y que la información objeto de la protección conserve su carácter secreto, debe tener un valor comercial derivado de ese rasgo confidencial y que a su vez haya sido objeto de las medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para preservar el aludido carácter confidencial⁷¹. No obstante, el Estado puede ostentar un poder superior frente a la confidencialidad empresarial por razones de orden constitucional, como lo puede ser, la protección al derecho constitucional a la salud⁷².

⁶⁸ LOTT, Art. 79, (h).

⁶⁹ CP, Art. 340.

⁷⁰ Véase, Font Acuña, Thais, *El régimen jurídico del secreto empresarial como obra del ingenio*, (Tesis de Doctorado), 2013, p. 90, en <https://bit.ly/39f1kgZ>

⁷¹ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia N° 151, 13-02-2008, (*Astrazeneca Venezuela, S.A. v. Ministerio del Poder Popular para la Salud*), en <https://bit.ly/3sumVra>

⁷² "...en lo que respecta a la controversia analizada no ha quedado demostrado que el Estado haya empleado indebidamente el ejercicio de la potestad discrecional que ostenta en la materia y por lo tanto, la autorización que hiciera de tales medicamentos, a diferencia de lo alegado por la representación de la empresa recurrente, en modo alguno puede interpretarse como una divulgación del secreto industrial, toda vez que la Administración con la autorización dada en ese sentido, por un lado estaría tutelando un derecho superior, como lo es el acceso de un mayor número de la población a los medicamentos y por otra parte se estaría circunscribiendo a revisar si se cumplieron o no los requisitos establecidos para la respectiva comercialización, esto es los previstos en la Ley cuando se trata de productos que no comportan el carácter de novedoso..." (*Astrazeneca Venezuela, S.A. v. Ministerio del Poder Popular para la Salud*, Id.).

En materia penal, la revelación de secretos es un delito tipificado en Venezuela por el Código Penal. Así las cosas, quien *“teniendo por razón de su estado, funciones, profesión, arte u oficio, conocimiento de algún secreto cuya divulgación pueda causar algún perjuicio [su revelación sin justo motivo], será castigado con prisión de cinco a treinta días”*⁷³. La circunstancia de la tipificación de la revelación de secretos se suma al hecho que la revelación, en sí misma, es un hecho ilícito generador de daños y perjuicios para la víctima.

B. Legislación antidumping

Aunque en estricto rigor académico el objeto de la prohibición del dumping y los subsidios prohibidos no son materia propia de la Ley Antimonopolio venezolana, consideramos que desde una perspectiva de derecho regulatorio económico deben estudiarse conjuntamente. Mientras el derecho de la competencia atiende a la protección de los competidores en el mercado, el derecho antidumping busca la protección de la producción nacional respecto al valor normal de los bienes producidos nacionalmente versus los bienes importados y que acceden al mercado doméstico.

La regulación actual, aunque carente de aplicación en la práctica, no es poca cosa. Venezuela es miembro de la Organización Mundial del Comercio desde el 01-01-1995 y miembro del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) desde el 31-08-1990⁷⁴, con lo cual, Venezuela tiene obligaciones en el marco del derecho internacional en respecto del comercio entre las naciones. En Venezuela, la Ley sobre Prácticas Desleales del Comercio Internacional⁷⁵ (Ley Antidumping) regula las políticas, lineamiento y medidas destinadas a prevenir e impedir los efectos perjudiciales sobre la producción nacional de importaciones de bienes hechas en condiciones de dumping o de bienes cuya producción, fabricación, almacenamiento, transporte o exportación ha sido objeto de subsidios, o cuyas materias primas o insumos han sido subsidiados⁷⁶.

La normativa antidumping se traduce en limitaciones concretas para el ejercicio pleno de las actividades económicas que libremente podrían desarrollar todos los particulares, pero al no ser debidamente contrarrestadas tales prácticas comerciales, podrían causar efectos negativos sobre el sistema productivo venezolano⁷⁷. En efecto, el objetivo de la

⁷³ CP, art. 189.

⁷⁴ Gaceta Oficial N° 4.829 de fecha 29-12-1994.

⁷⁵ Gaceta Oficial N° 4.441 de fecha 18-06-1992.

⁷⁶ Ley Antidumping, Art. 1.

⁷⁷ Cárdenas Perdomo, Orlando & Fischbach, Noemí, “El procedimiento administrativo regulado en la Ley sobre Prácticas Desleales del Comercio Internacional”, *Revista de Derecho Administrativo* (1998), pp. 208-209.

legislación antidumping es evitar las maniobras abusivas en la importación de bienes y productos cuya producción, almacenamiento, fabricación, transporte, o exportación hayan sido objeto de subvención prohibida, pues cuando el dumping o subsidio causan o amenazan causar perjuicios sobre la producción nacional de bienes similares, deben ser considerados como prácticas desleales en el comercio nacional e internacional⁷⁸.

Como tendremos la oportunidad de discutir, la empresa debe poseer un programa de cumplimiento económico y poseer personal calificado para asesorar a las unidades de la empresa respecto a la legislación económica. Este programa de cumplimiento no requiere toda la dogmática legal que discutimos en este epígrafe, pero sí requiere bases sólidas para diferenciar las conductas lícitas de las ilícitas. Al igual que el derecho de la competencia, el derecho antidumping también puede presentar una consideración de índole económico que puede ser explorado por las gerencias legales & *compliance* de las empresas para advertirles a sus negocios en la importancia de la integridad en las actuaciones comerciales.

C. Delitos económicos

El revés de las prácticas económicas ilícitas son los delitos económicos establecidos por el sistema legal por atentar, en mayor medida, contra la sociedad en su conjunto. No es sorpresa que existan cada vez más delitos con un sustento marcadamente regulatorio, pues, las legislaciones del mundo buscan sancionar penalmente conductas reprochables en los sectores altamente regulados. Tal es el caso del mercado de valores⁷⁹, bancario⁸⁰, y asegurador⁸¹ donde existen delitos específicos de acuerdo con la materia regulada.

En una definición muy simple, los delitos económicos son aquellos tipos penales cuyo bien jurídico protegido es la economía nacional como un todo, entendiendo esta como el escenario donde todos los actores económicos hacen vida y generan riqueza. Sin entrar en

⁷⁸ Id., p. 208.

⁷⁹ Tal es el caso de los delitos especiales contenidos en la Ley de Mercado de Valores, como el Uso de Información Privilegiada (Art. 52); y las sanciones penales generales (Art. 51).

⁸⁰ A título de ejemplo los delitos contenidos en la LISB por Captación Indevida (Art. 211); Apropriación indevida de créditos (Art. 212), Apropriación o distracción de recursos (Art. 213); Información financiera falsa (Art. 214); Simulación de reposición de capital (Art. 215); Incumplimiento de los auditores externos (Art. 216); Oferta engañosa (Art. 218), entre muchos otros delitos tipificados en la ley especial bancaria.

⁸¹ A título de ejemplo los delitos contenidos en la Ley de la Actividad Aseguradora como los Actos en perjuicio de la actividad aseguradora (Art. 182); Oferta engañosa (Art. 181); Operaciones de seguros sin autorización (Art. 180), entre otros delitos tipificados en la ley especial aseguradora.

consideraciones dogmáticas, los delitos de económicos han sido considerados como delitos de cuello blanco en la doctrina comparada, y su especial regulación se encuentra sometida a la intención del legislador de penalizar las conductas que afecta la interacción de los ciudadanos en el sistema económico y financiero. Estos delitos no solo resultan en pérdidas monetarias directas para las víctimas, como los empleados de las empresas que pierden un valor significativo de sus planes de pensión y jubilación o incluso de sus trabajos, sino que también desalientan una mayor inversión en los mercados financieros⁸².

Estos delitos económicos son típicamente caracterizados como los delitos de cuello blanco, tal como se caracterizan tradicionalmente porque son cometidos por personas “*en el curso del comercio y los negocios*”, y los consumidores son víctimas difusas, mal organizados y, a menudo, ignorantes de su victimización⁸³. Si bien las ganancias netas de las prácticas ilegales pueden ser sustanciales, la pérdida para cualquier consumidor suele ser pequeña, lo que lleva a que no se denuncien los delitos y no se perciba una victimización⁸⁴. A menudo se asume que los infractores son grandes empresas que obtienen enormes beneficios a expensas del consumidor al colocar los beneficios por encima de las consideraciones de salud y seguridad o al “estafar” a los consumidores mediante estrategias de marketing y publicidad engañosas⁸⁵.

En Venezuela, la LOPJ establece una gama de delitos económicos importantes a ser considerados por la empresa, entre los que destacan los delitos de boicot⁸⁶, desestabilización de la economía⁸⁷, alteración de bienes y servicios⁸⁸, la usura⁸⁹, la alteración fraudulenta de precios⁹⁰, entre muchos otros, donde la persona jurídica empresarial puede ser objeto directo de acciones penales en su contra por la comisión de tales delitos. Así, como podemos observar, el trinomio entre el derecho de la competencia, consumidores, y prácticas económicas ilícitas pueden tener matices entrelazados y consecuencias jurídicas conjuntas. El programa de cumplimiento debe prever en este sentido los protocolos y etapas de colaboración con las autoridades penales y regulatorias en caso de incumplimiento y jamás propiciar una conducta contraria a derecho como tendremos la oportunidad de discutir a continuación.

⁸² Wilson, cit., p. 78.

⁸³ Croall, Hazel, “Who Is the White-Collar Criminal”, *British Journal Criminology*, Vol. 29 (1989), N° 2, p. 158.

⁸⁴ Id.

⁸⁵ Id.

⁸⁶ LOPJ, Art. 55.

⁸⁷ Id., Art. 56.

⁸⁸ Id., Art. 62.

⁸⁹ Id., Art. 60.

⁹⁰ Id., Art. 63.

IV. Elementos de un programa de cumplimiento en materia de derecho económico

El objetivo de un programa de cumplimiento económico es reducir el riesgo legal existente ante potenciales infracciones de la legislación económica tanto en sede administrativa como en sede penal por comisión de delitos económicos. Si bien su objetivo principal generalmente será la legislación antimonopolio, es necesario que se incluyan otras clases de conductas prohibidas por el sistema legal. Entender la actividad de mercadeo empresarial, pero desde la regulación de la industria y las regulaciones de la competencia, es un verdadero ejercicio de ponderación de intereses y un aspecto fundamental para este programa de cumplimiento. Así, la empresa debe velar por satisfacer las necesidades de sus consumidores, pero mientras esas actividades sean en condiciones justas en el marco de la legalidad. No es una tarea sencilla para el abogado corporativo decirle a su cliente qué debe y qué no debe hacer. En todo caso, la gran empresa debe tener lineamientos claros para guiar sus decisiones comerciales sin repercusiones desde el punto de vista legal.

Aunque un programa de cumplimiento antimonopolio no puede prevenir todas las infracciones, un programa de cumplimiento eficaz debería poder detectar y abordar posibles infracciones antimonopolio. Además, los programas de cumplimiento antimonopolio efectivos no solo previenen, detectan y abordan las infracciones antimonopolio, sino que también promueven los esfuerzos para el resarcimiento de daños y ayudan a fomentar la responsabilidad corporativa, e individualmente considerada, al facilitar la pronta autoevaluación de una empresa y la cooperación oportuna y completa en las investigaciones administrativas y penales de la División Antimonopolio.

Los elementos de un programa de cumplimiento económico van más allá de las consideraciones técnicas que la legislación pueda proveer. En efecto, son recomendaciones prácticas muchas veces dirigidas a personas dentro de la organización que no son abogados o no tienen por qué tener conocimiento exhaustivo de la legislación económica. Ante los ojos de los reguladores, poco importará la ignorancia de la ley, sino más bien los pasos que la empresa ha tomado en la tarea de mitigación de riesgos legales en la industria donde opera la empresa comercialmente.

En primer lugar, el programa de cumplimiento económico debe tener, un compromiso empresarial claro. Sin ese compromiso desde lo más alto de la junta directiva empresarial, no existirá importancia y relevancia para los temas discutidos. Se debe explicar y *cascadear* a los equipos la importancia del respecto de la legislación económica, y que

existan mecanismos corporativos para levantar la mano en caso de preguntas, dudas o denuncia de irregularidades.

En segundo lugar, la empresa debe establecer directrices y lineamientos claros sobre qué conductas se encuentran permitidas comercialmente y cuáles no. Esta noción parte de la premisa de cualquier programa de cumplimiento de ser respetuosos de la legalidad imperante en nuestros sistemas legales, pero también surge de la necesidad de comunicar esta situación de forma sencilla y concreta. De nada sirve miles de políticas corporativas si no existen lineamientos claros y precisos que el empleado pueda utilizar de forma rápida y oportuna. En este punto en particular es muy importante que el programa de cumplimiento en sus directrices, lineamientos y procedimientos, deje en claro la necesidad de su responsabilidad en sus actuaciones con sus competidores y de realizar un mercadeo responsable de sus productos y servicios ofrecidos al mercado.

Finalmente, la empresa debe reportar estratégica y asesoradamente las violaciones que cometan en el marco de la legislación económica. Las infracciones pueden ocurrir voluntaria o involuntariamente, con lo cual el programa de cumplimiento puede ayudar a establecer los mecanismos necesarios para colaborar con las autoridades competentes ofreciendo las mejores pruebas de buenos oficios ante una investigación penal o administrativa en curso.

1. Lineamientos claros sobre posición de dominio y competencia económica

Cuando una empresa tiene poder de mercado, normalmente tendrá el deber especial de proteger a la competencia y no abusar de su posición en él. Es importante advertir que el comportamiento paralelo con los competidores de la empresa no es anticompetitivo por defecto, pero la empresa no debe coludir con los competidores para, por ejemplo y a título enunciativo, **(i)** fijar precios o cualquier elemento o aspecto sobre sus precios; **(ii)** fijar términos y condiciones unilaterales; **(iii)** dividir o asignar mercados, clientes o territorios; **(iv)** limitar la producción o la capacidad de influir en el resultado de un proceso de licitación competitivo; **(v)** acordar una negativa colectiva a negociar con determinadas partes para cartelizar el mercado. En este sentido, el programa de cumplimiento de la empresa debe velar por que sus prácticas comerciales no tengan un impacto en la competencia en sí misma considerada, y por promover las mejores prácticas comerciales en su rubro o sector.

Por lo anterior, la empresa con posición de dominio no debe forzar el cumplimiento de condiciones unilaterales frente a sus consumidores

por medios directos o indirectos⁹¹. Así, por ejemplo, el precio de reventa debe ser realmente una sugerencia y nunca una imposición unilateral al considerarse una violación del derecho de la competencia. Precisamente, es recomendable que la empresa no fuerce a sus clientes a un precio de reventa determinado, pues puede ser calificado como una forma unilateral de establecimiento de precios.

Cuando la empresa se dirige a un competidor, es de vital importancia asegurarse de que todas las declaraciones sean precisas y no generen confusión en ellos. Una buena práctica es que todos los clientes de la empresa, reales o potenciales deben recibir la comunicación de precios al mismo tiempo (para así mitigar el riesgo de discriminación entre clientes). En materia de marcas comerciales, es recomendable un tratamiento de las marcas de la competencia de manera justa, y entendiendo, que ellas también válidamente compiten en el mercado.

Si la empresa cree en la competencia justa y tiene este compromiso empresarial, lo contrario puede implicar una práctica anticompetitiva sancionada por la ley. Así, una empresa no puede establecer como directriz que sus productos sólo sean distribuidos a clientes que exclusivamente vendan sus marcas comerciales o que no se venda o preste servicio a quien consuma una marca de la competencia. Esto pudiera ser catalogado como una conducta anticompetitiva con todas sus consecuencias legales derivadas.

2. Empresa responsable frente a sus consumidores

La empresa debe entender que el consumidor puede ser afectado por sus propias prácticas comerciales, y que este tiene derechos que puede hacer valer ante las autoridades competentes. Un ejemplo de ello es el establecimiento de contratos de adhesión sin justo racional económico. La empresa y su programa de cumplimiento deben velar por respetar el derecho de los consumidores a acceder a bienes y servicios de manera responsable y en condiciones iguales y justas. Sin contar con los múltiples tipos penales que buscan “la protección de los consumidores”, la empresa no solo debe limitarse a lineamientos estrictamente legales en este sentido.

El programa de cumplimiento debe establecer los mecanismos para que el consumidor pueda levantar las quejas dentro de la empresa y ésta pueda tomar los correctivos necesarios. Como vemos, aunque existe una yuxtaposición del derecho de la competencia y el derecho de

⁹¹ A título enunciativo, condiciones unilaterales como: arreglos indiscriminados de márgenes de distribución; restricción de descuentos sobre un precio de lista; vincular el precio minorista con el precio minorista de la competencia; amenazar a los clientes, consumidores o la competencia; dar incentivos, por ejemplo, rebajas, descuentos, entre otros, sin una sólida justificación y racional económico.

los consumidores en este sentido, lo importante es que la empresa pueda analizar rápidamente riesgos asociados a sus consumidores en la industria en específico que se trate. Los consumidores, en defensa de sus derechos, pueden acudir a agencias gubernamentales para hacer valer sus derechos. La empresa ostenta también sus derechos y tiene derecho a un procedimiento justo y apegado al debido proceso administrativo, como hemos comentado con anterioridad en este ensayo.

A. Colaboración con las autoridades competentes

Aunque en Venezuela la legislación de la competencia no provee los típicos beneficios de un *leniency program*, no debe descartarse la posibilidad de colaboración con las autoridades en beneficio de la empresa. La detección temprana y la aplicación de políticas internas en este sentido son características de un programa de cumplimiento eficaz y, con frecuencia, permitirán que una empresa sea el primer solicitante de beneficios en virtud de la *leniency policy* establecida por el DOJ⁹².

La detección temprana y el autocontrol también son relevantes en la etapa de acusación de una investigación. Como se señala en el manual de los fiscales del DOJ, “*el Departamento fomenta la autovigilancia empresarial, incluidas las divulgaciones voluntarias al gobierno de cualquier problema que una empresa descubra por sí misma*”⁹³. Así, si un programa de cumplimiento identificó de manera efectiva la mala conducta, incluido el permitir la reparación oportuna y el reporte oportuno, un fiscal debería ver el incidente como un indicador sólido de que el programa de cumplimiento estaba funcionando de manera efectiva⁹⁴.

Evidentemente, el análisis empresarial de la regulación variará en la medida de nuestra industria, pero por regla general, el derecho a la competencia aplica a todos los sectores y actores económicos. No obstante esta precisión, ciertos delitos económicos solo son aplicables a determinados sectores: así, por ejemplo, no es lo mismo la regulación agroalimentaria a la regulación farmacéutica. Hemos enfatizado el carácter globalizador del derecho regulatorio a lo largo de este ensayo y no encuentra mejor sentido que en la protección a la libre competencia, así como las consecuencias colaterales del ejercicio de la competencia económica.

Aun siendo derecho netamente territorial, su incumplimiento puede tener implicaciones en varias jurisdicciones. Venezuela no escapa de esta consideración y posee una regulación antimonopolio de considerable exhaustividad legislativa. Aunque inoperante en la práctica de

⁹² U.S. Department of Justice, Antitrust Division, *Evaluation...*, cit., p. 13.

⁹³ Justice Manual § 9-28.800.

⁹⁴ U.S. Department of Justice, Antitrust Division, *Evaluation...*, cit., p. 13.

los últimos años, por carencia de voluntad por los entes regulatorios especializados en la materia, la competencia sigue siendo un tópico que debe, sí o sí, estar en el radar del abogado de la empresa. No en vano, existe una amplia legislación económica que busca la protección de los consumidores y la economía en su conjunto. En ese punto se desarrollan los delitos y las prácticas económicas ilícitas, tópicos que la empresa debe evitar a toda costa.

B. La relación entre el derecho económico y la actividad de mercadeo empresarial

La actividad de mercadeo empresarial se encuentra íntimamente ligada al ejercicio del derecho comercial *in-house*. La empresa necesita promocionar sus productos y ello debe realizarse de acuerdo con lo permitido por la regulación, no solo por ser una situación contractual entre las empresas, sus clientes, distribuidores y proveedores, sino también, por como los bienes o servicios que produce son comercializado y “mercadeados” en el mercado.

Mercadeo es la actividad que crea, comunica, ofrece e intercambia ofertas que benefician a la empresa y a sus grupos de interés (clientes, empleados, proveedores, accionistas, comunidad y gobierno) y a la sociedad en general⁹⁵. La actividad de mercadeo crea una utilidad, la cual consiste en los beneficios o el valor para el cliente que reciben los usuarios de un bien o servicio⁹⁶. Tanto los consumidores como la sociedad se benefician de este ejercicio, y por ello, la existencia de regulaciones de protección al consumidor y contra las prácticas económicas anticompetitivas. Así, por ejemplo, la estrategia de precios de la empresa debe respetar nociones básicas de fijación de precios y competencia para no incurrir en violaciones a la legislación antimonopolio, o de los consumidores, de ser el caso. Los precios predatorios normalmente son considerados prohibidos en múltiples jurisdicciones a nivel global, y en el caso venezolano, expresamente prohibidos por la Ley Antimonopolio⁹⁷.

En el mundo del mercadeo, mucho se defiende la idea de las empresas orientadas al consumidor. Las empresas orientadas al mercado

⁹⁵ Citado por Kerin, Hartley & Rudelius, *Marketing...*, cit., como la definición aportada por la American Marketing Association. en: <https://bit.ly/3M8FV6E>

⁹⁶ Kerin, Hartley & Rudelius, *Marketing...*, cit.

⁹⁷ Ley Antimonopolio, Art. 9. “Se prohíben los acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas o prácticas concertadas para: 1. Fijar, de forma directa o indirecta, precios y otras condiciones de comercialización o de servicio. [...]”. Ley Antimonopolio, Art. 11. “Se prohíben los contratos entre los sujetos de aplicación del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, en los que se establezcan precios y condiciones de contratación para la venta de bienes o prestación de servicios a terceros, y que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, falsear, limitar o impedir la competencia económica justa, en todo o parte del mercado”.

son aquellas que conocen sus mercados de una forma tan exhaustiva que pueden identificar y desarrollar a sus clientes valiosos y potenciales. En este sentido, una empresa orientada hacia el mercado se enfoca en entender tanto las necesidades expresadas y latentes de sus clientes (y de los no usuarios) como las capacidades y planes de sus competidores mediante la adquisición y evaluación de información de mercado de un modo sistemático y anticipativo. Para ello, se hace necesario que la empresa orientada al mercado tenga un plan de mercadeo existente y bien establecido que pueda identificar, analizar, y descomponer cada uno de los elementos del mercado en específico donde comercializa sus productos objeto de mercadeo e identificar las necesidades de los consumidores adecuadamente para el establecimiento de una rápida respuesta de mercadeo a dicha necesidad (pues la empresa orientada al mercado no solo vela por las necesidades existentes, sino también, las necesidades latentes de los consumidores).

En este sentido, la empresa orientada al mercadeo tiene una planificación estratégica de mercadeo con una misión y visión establecida, conocimiento interno y externo del mercado y sus principales actores (la competencia, *stakeholders*, marco regulatorio), conoce su mercado y lo segmenta con un adecuado posicionamiento de producto, y enfocado en las estrategias de producto, precio, punto de venta y promoción que mejor se acoplen al mercado en específico que se trate. La actividad de mercadeo y su estrategia tiene límite y ello no quiere decir que una empresa no sea orientada al consumidor. Todo lo contrario, una empresa orientada al consumidor también tiene que ser orientada a la regulación vigente. El punto medio empresarial de esta discusión puede ser la autorregulación corporativa por medio de programas de cumplimiento que dicten la conducta corporativa adecuada frente al consumidor y sus derechos.

C. Compromiso empresarial y manejo de la información confidencial

Hemos señalado que la premisa básica del programa de cumplimiento regulatorio es que la empresa debe creer en la libre, justa y sana competencia en el mercado. No puede ser *reactiva* ante la legislación de la competencia sino *preventiva*; la legislación económica no solo nace por ser mera prohibiciones sino también para promover conductas adecuadas por el bien común. De esta manera, la empresa debe competir de manera justa y ética, de acuerdo con la legislación aplicable y así manifestarlo a todos sus empleados. El compromiso empresarial con la competencia justa y en igualdad de condiciones debe venir desde lo más alto de la empresa y así ser aplicado por aquellas unidades de negocios que establecen la planificación estratégica de la compañía.

Las conductas prohibidas de las empresas tienen a versar, en innumerables ocasiones, por el mal manejo de la información propia, y de la competencia, para el logro de un fin comercial. Ciertamente la empresa quiere conocer qué hacen distintos sus competidores, pero esta información debe ser obtenida por métodos legales. En este sentido, la empresa solo puede recopilar información sobre sus competidores por medios legales legítimos y de conformidad con la legislación aplicable. Espiar corporativamente a la competencia, al margen de que puede constituir un delito de revelarse un secreto industrial o empresarial, también puede tener consecuencias en el plano de la competencia económica.

En este sentido, es recomendable que ningún empleado de la empresa discuta, proporcione o reciba de los competidores información no pública sobre: (i) precios de la competencia o estrategia de precios, incluido cualquier aspecto de la estrategia de precios o precios de una empresa, como precios mayoristas, precios minoristas, precios minoristas recomendados, márgenes, reembolsos, descuentos, listas de precios; (ii) problemas generales de precios, por ejemplo: no es conveniente discutir objetivos o estrategias comunes del sector que representa; (iii) cualquier otra información comercialmente sensible, como estrategias comerciales, planes en el corto, mediano y largo plazo.

Asimismo, es recomendable que la empresa no exija, anime, insinúe o incentive a sus clientes ni a ningún otro tercero para que proporcionen información sobre los precios de la competencia u otra información comercial sensible. De igual forma, ningún empleado de la empresa debe aceptar información confidencial de la competencia por parte de sus clientes (así sean estos de la mayor confianza existente) y en caso de que la gerencia reciba esta clase de información de forma no solicitada, la empresa debe establecer los canales de comunicación interna correspondientes para denunciar este tipo de actuaciones.

Nota final

Desde una perspectiva de *compliance*, un programa de cumplimiento debe responder las preguntas que presenta el derecho público económico, al ser la empresa objeto de un sinfín de regulaciones relacionadas con su participación económica en el mercado. Así las cosas, el derecho de la competencia representa múltiples consideraciones vitales para la empresa contemporánea. Con la tecnicidad jurídica que posee, el *antitrust law* presenta varios retos para la empresa transnacional contemporánea. No es casual la propuesta de *antitrust compliance programs* para que la gran empresa puede adecuarse a la regulación económica variante en todas las jurisdicciones.

Teóricamente, una primera aproximación a este estudio requiere una delimitación conceptual de los problemas comerciales que la empresa puede enfrentar. Aunque nos referiremos principalmente al derecho de la competencia y sus nociones básicas si pretendemos señalar el impacto empresarial que tienen estas áreas de regulación que pocas veces son estudiadas en conjunto con la noción de cumplimiento.

Por una parte, el derecho de la competencia busca delimitar y controlar las concentraciones económicas y responde a la pregunta ¿Cuánto poder tiene la empresa en el mercado? Por otra parte, el derecho de los consumidores existe por la necesidad de regular el acceso justo a los bienes y servicios ofrecidos en el mercado y responde a la pregunta ¿se han respetado el derecho de los consumidores y han recibido condiciones comerciales justas? Ambos derechos, aunque íntimamente relacionados, persiguen finalidades distintas que debe ponderar y delimitar un programa de cumplimiento en materia de competencia. Incluimos el derecho de los consumidores en esta consideración, pues, la presencia en el mercado de una empresa, en efecto, impacta la vida de los consumidores que una empresa provee en el mercado.

A la par de la coexistencia del derecho de la competencia y el derecho de los consumidores, también existe la teoría de las prácticas económicas ilícitas, pues las empresas pueden realizar actuaciones contrarias a la sana competencia y contrarias a los intereses de los consumidores en su conjunto, constituyendo hechos ilícitos civiles y delitos sujetos a sanciones administrativas y penales (que a los efectos de este epígrafe denominamos hechos ilícitos corporativos).

Aunque parezca una obviedad, una empresa no puede abusar de su posición de dominio, no puede manipular precios, y no puede imponer condiciones leoninas a los consumidores finales de los productos y servicios que ofrece en el mercado. Un programa de cumplimiento en materia de competencia puede señalar y advertir los riesgos que la empresa puede enfrentar a falta de un abogado corporativo que pueda entender a cabalidad la industria que se trate.

Un enjuiciamiento penal o una investigación administrativa en estas áreas puede significar grandes impactos para el negocio: ¿es la empresa monopolista en el mercado? ¿impone unilateralmente precios? ¿realiza prácticas anticompetitivas? ¿afecta su producción a los consumidores? ¿es causante de la desestabilización macroeconómica de la nación? Estas y otras preguntas son el motivo real de un programa de cumplimiento económico. ■