

Doctrina Administrativa

*Resoluciones de la Superintendencia para la promoción y protección de la libre competencia: Primer Trimestre Año 2005**

Recopilación y selección
por José Ignacio Hernández G.
*Profesor de la Universidad Monteávila,
Universidad Central de Venezuela y
Profesor Invitado del Instituto de
Estudios Superiores de Administración (IESA)*

SUMARIO

I. PRINCIPIOS GENERALES DE LA LIBRE COMPETENCIA

1. *Conceptos claves de la libre competencia.* A. Concepto y funciones de la libre competencia. B. Naturaleza y funciones de la SPPLC. C. Las prohibiciones de la SPPLC. 2. *El mercado relevante.* A. Concepto de mercado relevante. B. Definición de mercado producto. C. Definición de mercado geográfico.

II. PRÁCTICAS CONTRARIAS A LA LIBRE COMPETENCIA

1. *Prácticas bilaterales* A. Principios generales de las prácticas bilaterales 2. *Prácticas exclusionarias.* A. Principios generales de las prácticas exclusionarias. B. Condiciones de procedencia de la prohibición de las prácticas exclusionarias. 3. *Boicot.* A. Principios generales del boicot. B. Condiciones de procedencia de la prohibición de boicot. 4. *Acuerdos entre competidores.* A. Principios generales de los acuerdos entre competidores. B. Condiciones de procedencia de la prohibición de acuerdos entre competidores. 5. *El abuso de la posición de dominio.* A. Principios generales del abuso de la posición de dominio. B. Condiciones de procedencia de la prohibición de abuso de la posición de dominio.

* Abreviaturas utilizadas: LPPLC: Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia. SPPLC: Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. El texto de las Resoluciones ha sido tomado de la página www.procompetencia.gov.ve. La presente recopilación abarca las Resoluciones dictadas por la SPPLC durante el primer trimestre del año 2005, y que han sido publicadas hasta el 29 de marzo de ese año en su página web (www.procompetencia.gov.ve). Durante el año 2004 no han sido publicadas, en ese portal, otras decisiones distintas a las que fueron incorporadas en la anterior recopilación.

I. PRINCIPIOS GENERALES DE LA LIBRE COMPETENCIA

1. *Conceptos claves de la libre competencia*

A. *Concepto y funciones de la libre competencia*

Caso: Corporación Televen, C.A. vs. R.C.T.V., C.A. y Corporación Venezolana de Televisión, C.A. (VENEVISIÓN)¹
Resolución: n° SPPLC/0007-2005 24-02-05

Concepto de libre competencia

La definición de “libre competencia”, implica la ausencia de obstáculos que impidan la entrada de nuevos agentes al mercado o provoque la salida de aquellos que compiten y dedican su esfuerzo a actividades productivas. Adicionalmente, dentro del libre proceso empresarial existen formas de asociación y cooperación que refuerzan el principio de la libre competencia, no obstante cuando las empresas que participan en un mercado no actúan de forma independiente en la toma de sus decisiones se generan distorsiones en el mercado, derivadas básicamente de la supresión de la rivalidad empresarial, base del proceso competitivo y se estimula el comportamiento monopolista, contrario al principio de libre competencia.

Caso: Corporación Televen, C.A. vs. R.C.T.V., C.A. y Corporación Venezolana de Televisión, C.A. (VENEVISIÓN)
Resolución: n° SPPLC/0007-2005 24-02-05

Libre competencia y rivalidad empresarial

En este sentido, es necesario recordar el principio de libre competencia garantizado por la constitución y protegido la Ley de Competencia, ya que es la rivalidad empresarial derivada de este principio la que en esencia propicia las acciones de los distintos agentes económicos que participan en un mercado.

Caso: Look Factory, C.A. vs. Inmobiliaria 20-037, C.A.
Resolución: n° SPPLC/0004-2005 09-02-05

Concepto de monopolio espacial

En el presente caso, un concepto importante por su constante aplicación en la actividad comercial por las agencias antimonopolio es el de monopolio espacial. Por lo general se postula que cada centro comercial dispone de una zona de atracción de clientes, que viene dada por el conjunto de ubicaciones geográficas desde las que los clientes se encontrarían dispuestos a desplazarse a ese establecimiento para efectuar sus adquisiciones. En esos casos el concepto de zona de atracción se adapta al concepto de curvas isócronas, que son las que unen todos aquellos puntos en los que el tiempo de desplazamiento al establecimiento comercial en cuestión es igual.

B. *Naturaleza y funciones de la SPPLC*

Caso: Corporación Televen, C.A. vs. R.C.T.V., C.A. y Corporación Venezolana de Televisión, C.A. (VENEVISIÓN)
Resolución: n° SPPLC/0007-2005 24-02-05

Funciones de la SPPLC

El análisis del presente punto previo, obedece a señalar la atribución que como policía económica tiene esta Superintendencia a su cargo en la vigilancia y el control de las prácticas que impidan o restrinjan la libre competencia. Asimismo, la exposición de motivos de la

1. Respecto del concepto de libre competencia en la doctrina de la SPPLC, *vid.* la Resolución n° SPPLC/0041-2004, Caso *Pro-Competencia vs. Marcelo Rivero*, Compañía Anónima y otros, de 06-07-04, para el último semestre de 2004, incluido en la anterior recopilación.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que el Estado se obliga a tomar las medidas necesarias para combatir toda práctica que afecte la libre formación de precios, sea ella originada en la morfología del mercado, como los monopolios, o el abuso de posición dominante. En este sentido, artículo 29 numeral 2 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, establece como atribución de la Superintendencia Realizar las investigaciones necesarias para verificar la existencia de prácticas restrictivas de la competencia e instruir los expedientes relativos a dichas prácticas.

C. Las prohibiciones de la SPPLC

Caso: Look Factory, C.A. vs. Inmobiliaria 20-037, C.A.
Resolución: n° SPPLC/0004-2005 09-02-05

Concepto de prácticas exclusivas y verticales

Ahora bien, las prácticas de exclusión es una conductas que implican intentos de sacar del mercado y/o establecer barreras de entrada con la finalidad de que no entren competidores en un mercado determinado, de manera que su por su propia naturaleza son de carácter horizontal. Las prácticas verticales son aquellas que se realizan entre proveedores y clientes por ejemplo a través de la discriminación.

Caso: Corporación Televen, C.A. vs. R.C.T.V., C.A. y Corporación Venezolana de Televisión, C.A. (VENEVISIÓN)
Resolución: n° SPPLC/0007-2005 24-02-05

Sentido de las prohibiciones *per se*.

Ahora bien, la práctica aquí analizada es parte del grupo de aquellas a las que la doctrina ha calificado como “*per se*”, es decir, no es procedente determinar su eficiencia, puesto que se entiende que prácticas como esta no tienen en sí mismas eficiencia alguna. Así lo ha establecido la legislación de libre competencia venezolana tal como puede observarse en el artículo 7 del Reglamento n° 1 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, que contempla dentro de ese grupo de las *per se* a los acuerdos, decisiones, recomendaciones colectivas o prácticas concertadas entre competidores a que se refieren los artículos 7°, 9°, 10° (ordinales 1°, 2° y 3°) y 13° *eiusdem*.

(...)

La base que sustenta la evaluación *per se* de un acuerdo entre competidores de precios u otras condiciones de comercialización, es la teoría económica que indica que un acuerdo en estas variables esenciales de la dinámica del mercado, inexorablemente conducen a efectos dañinos sobre los consumidores y sobre la sociedad, equiparables a la “pérdida de eficiencia irrecuperable” resultante del comportamiento monopolístico.

De acuerdo a la doctrina, la eficiencia en los mercados se debe a los esfuerzos de las firmas para ganar o perder clientes a través fundamentalmente de la reducción de precios o la mejora de la calidad de sus productos. El principio básico que subyace a la prohibición de los acuerdos entre competidores es que “la reducción en el número de competidores, restringe la competencia y por ende supone un estímulo al comportamiento monopolista, (Zulmarí Artigas y Navarro Efrén, “Los Acuerdos Horizontales”, *Revista de Derecho* n° 57 UCAB).

Caso: Corporación Televen, C.A. vs. R.C.T.V., C.A. y Corporación Venezolana de Televisión, C.A. (VENEVISIÓN)
Resolución: n° SPPLC/0007-2005 24-02-05

La presunción de efectos anticompetitivos de las prácticas prohibidas por la LPPLC

Sin embargo, siguiendo la doctrina de este organismo en anteriores decisiones (vg. Resoluciones de esta Superintendencia (*sic*): SPPLC n° 0002-93 de fechas 17-5-93 del caso “*Premezcladoras*”; SPPLC n° 00028-93 de fecha 15-11-93; del caso “*Oxígeno*” y SPPLC n° 0030-94 de fecha 8-7-94 del caso “*Aerolíneas*”), las prácticas a que se refieren los artículos 6° al 13 de la Ley, son en sí mismas restrictivas de la competencia, sin necesidad de comprobar sus efectos dentro del mercado. Esto es así, ya que son conductas que siempre conllevan en su ejecución un efecto nocivo sobre la competencia, es decir, ese efecto nocivo siempre acompaña a la práctica. De esto se deriva que, aun cuando exista un acuerdo para ejecutar alguna de esas conductas, y éste no se materialice en hechos concretos, se puede sancionar la existencia misma del acuerdo, ya que lleva implícito el daño a la competencia.

2. *El mercado relevante*

A. *Concepto de mercado relevante*²

Caso: Look Factory, C.A. vs. Inmobiliaria 20-037, C.A.

Resolución: n° SPPLC/0004-2005 09-02-05

Concepto de mercado relevante

En el análisis de competencia, los mercados relevantes son definidos en referencia a las fuentes de competencia actual o potencial que puedan contener el ejercicio del poder de mercado. Conceptualmente, el mercado relevante se define como el 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. Se consideran dos dimensiones del mercado relevante: el mercado producto y el mercado geográfico. Estas dos dimensiones no son independientes y ambas contribuyen a la delimitación del mercado relevante.

B. *Definición de mercado producto*

Caso: Look Factory, C.A. vs. Inmobiliaria 20-037, C.A.

Resolución: n° SPPLC/0004-2005 09-02-05

Concepto del mercado producto

La determinación del mercado producto resulta de los análisis de sustituibilidad desde el punto de vista de la oferta y de la demanda, la misma busca establecer cuál es el conjunto mínimo de productos o servicios cuya oferta debería ser controlada por una firma hipotética, para poder lograr un aumento de precios rentable y sostenible en el tiempo.

C. *Definición de mercado geográfico*

Caso: Look Factory, C.A. vs. Inmobiliaria 20-037, C.A.

Resolución: n° SPPLC/0004-2005 09-02-05

Concepto del mercado geográfico

La definición del mercado geográfico es la segunda dimensión necesaria para identificar el mercado relevante. En particular se busca determinar el ámbito espacial dentro del cual compiten los productos en términos de precio, disponibilidad, calidad y otros parámetros de competencia.

2. En este sentido, y dentro del primer trimestre del año 2005, véase la Resolución: n° SPPLC/0007-2005, Caso *Corporación Televen, C.A. vs. R.C.T.V, C. A. y Corporación Venezolana de Televisión, C.A. (VENEVISIÓN)*, de 24-02-05.

II. PRÁCTICAS CONTRARIAS A LA LIBRE COMPETENCIA

1. *Prácticas bilaterales*³

A. *Principios generales de las prácticas bilaterales*

Caso: Corporación Televen, C.A. vs. R.C.T.V., C.A. y Corporación Venezolana de Televisión, C.A. (VENEVISIÓN)
Resolución: n° SPPLC/0007-2005 24-02-05

Restricciones a la competencia de origen concertado

En este sentido, se puede calificar como una fuente de las medidas limitativas de la competencia a “los acuerdos” y a “las decisiones y recomendaciones colectivas”, como elementos correctores y para dar mayor seguridad y consistencia a la prohibición también las prácticas concertadas y las prácticas concientemente paralelas, materialización de todas las limitaciones concertadas de la competencia de origen incierto y dudoso, o de difícil encaje en los conceptos de acuerdo, decisión o recomendación colectiva. En general, para referirnos a las distintas fuentes de las limitaciones de la competencia de origen concertado, hablaremos indistintamente, de medidas, conductas o acuerdos limitativos de la competencia, como concepto amplio que engloba acuerdos en sentido amplio, conductas conscientemente paralelas, etc.; esto es, todo concierto de voluntades capaz de producir efectos dañinos sobre la competencia, con independencia de que constituyan o no auténticos contratos en sentido técnico-jurídico.

Caso: Corporación Televen, C.A. vs. R.C.T.V., C.A. y Corporación Venezolana de Televisión, C.A. (VENEVISIÓN)
Resolución: n° SPPLC/0007-2005 24-02-05

Distinción entre los acuerdos y las prácticas concertadas

La doctrina de la Superintendencia Procompetencia establece una distinción entre los acuerdos y las prácticas concertadas, mencionando que aún cuando en el primer caso solamente se requiere el intercambio de consentimientos, en el segundo además se requiere de una ejecución material. Ahora bien, algunos autores hacen a su vez la distinción entre el término acuerdos y cárteles, refiriéndose a las primeras como cualquier acuerdo, práctica concertada y recomendación colectiva y a los segundos como únicamente los acuerdos entre competidores que restringen la competencia Artigas, Zulmari y Navarro Efrén, “Acuerdos Horizontales”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, n° 57, Universidad Católica Andrés Bello, 2002, p. 151.

2. *Prácticas exclusionarias*

A. *Principios generales de las prácticas exclusionarias*

Caso: Corporación Televen, C.A. vs. R.C.T.V., C.A. y Corporación Venezolana de Televisión, C.A. (VENEVISIÓN)⁴
Resolución: n° SPPLC/0007-2005 24-02-05

Concepto de prácticas exclusionarias

-
3. En la Recopilación anterior ubicamos, en una sección aparte, la doctrina de la SPPLC que, en abstracto, analizaba las *prácticas bilaterales*, metodología que reiteramos en esta Recopilación.
4. Sobre el concepto de prácticas exclusionarias, *vid.* las Resoluciones: n° SPPLC/0036-2004 Caso *Marine Supply, C.A. vs. Terminales Maracaibo C. A., Intership-ping, C.A.*, de 04-06-04, y n° SPPLC/0041-2004, Caso *Pro-Competencia vs. Marcelo Rivero, Compañía Anónima y otros*, de 06-07-04, además de las otras decisiones incluidas en la anterior Recopilación.

El supuesto de hecho contemplado por la norma citada lo constituye la realización de aquellas conductas o actuaciones que efectúan uno o varios agentes económicos con la finalidad de impedir total o parcialmente la permanencia o el acceso de agentes económicos al mercado. Este tipo de actuación implica un debilitamiento del grado de competencia prevaleciente en el mercado en cuestión, que no tendría lugar como resultado natural de la dinámica del mismo, por lo que se considera que se reduce de forma innecesaria el grado de competencia.

Caso: Corporación Televen, C.A. vs. R.C.T.V., C.A. y Corporación Venezolana de Televisión, C.A. (VENEVISIÓN)⁵
Resolución: n° SPPLC/0007-2005 24-02-05

Consecuencias de las prácticas exclusionarias

La restricción a la competencia que ocasiona este tipo de práctica origina, principalmente, tres consecuencias: (1) el daño al agente excluido, (2) la reducción de la competencia efectiva en el mercado que se deriva de dicha exclusión, y (3) el daño ocasionado al consumidor, quien ve reducida la gama de opciones con las que contaba anteriormente. Las probabilidades de alcanzar dicho objetivo se encuentran directamente relacionadas con la capacidad de la empresa que lleva a cabo la práctica de obstaculizar efectivamente la permanencia o la entrada del agente, y, al mismo tiempo, con la capacidad de los competidores efectivos o potenciales de contrarrestar dicha acción.

B. Condiciones de procedencia de la prohibición de prácticas exclusionarias

Caso: Corporación Televen, C.A. vs. R.C.T.V., C.A. y Corporación Venezolana de Televisión, C.A. (VENEVISIÓN)⁶
Resolución: n° SPPLC/0007-2005 24-02-05

Condiciones de ilicitud de las prácticas exclusionarias

La prohibición de realización de prácticas exclusionarias a la luz de lo establecido en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, requiere la verificación de una serie de condiciones que deben producirse en forma concurrente para poder invocar la aplicación de la Ley. Ellas comprenden no sólo la capacidad de la empresa presuntamente infractora para afectar actual o potencialmente el mercado, sino también la condición objetiva de que la práctica presuntamente anticompetitiva dificulte la permanencia de agentes económicos en el mercado o impida la entrada de nuevos agentes económicos sin que medien razones de eficiencia económica que justifiquen la exclusión.

3. *Boicot*⁷

A. Principios generales del boicot

Caso: Corporación Televen, C.A. vs. R.C.T.V., C.A. y Corporación Venezolana de Televisión, C.A. (VENEVISIÓN)
Resolución: n° SPPLC/0007-2005 24-02-05

Concepto de boicot

-
5. En idéntico sentido, *vid.* la Resolución: n° SPPLC/0041-2004, Caso *Pro-Competencia vs. Marcelo Rivero, Compañía Anónima y otros*, de 06-07-04
 6. Véanse sobre este aspecto las Resoluciones n° SPPLC/0013-2004, Caso *Almacenadora Caraballeda, C. A. vs. Almacenadora Broperca, C. A y otros* de 03-03-04; n° SPPLC/0036-2004 Caso *Marine Supply, C. A. vs. Terminales Maracaibo C.A., Intership-ping, C. A.*, de 04-06-04 y n° SPPLC/0042-2004, Caso *Proactiva vs. Grupo Cotécnica*, de 14-07-04, además de las otras decisiones incluidas en la anterior Recopilación.
 7. En general, sobre esta práctica, *vid.* Resolución: n° SPPLC/0031-2004, Caso *Optilaser, C.A. vs. Emi Music Venezuela y otros*, de 19-05-04.

De su lectura se extrae que la norma contiene la prohibición de una práctica conocida en la doctrina económica y en el lenguaje coloquial como “boicoteo”. El *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, por Guillermo Cabanellas, define el boicoteo como la Anulación de toda relación comercial o social, impuesta a una persona, industria o comercio, para obligarle a ceder o transigir. Sin embargo, hay que mencionar que en la legislación protectora de la competencia, tanto la venezolana como la comparada (vg. Ley de Defensa de la Competencia Alemana) las prohibiciones de boicoteo exigen una serie de elementos adicionales a la definición dada para considerar que a través de aquella práctica se está causando un perjuicio a la competencia.

Caso: Corporación Televen, C.A. vs. R.C.T.V., C.A. y Corporación Venezolana de Televisión, C.A. (VENEVISIÓN)
Resolución: n° SPPLC/0007-2005 24-02-05

Tipos de boicot

En este sentido, hay que mencionar primero cuándo esa anulación de las relaciones comerciales con el objeto de obligar a otro a transigir, se manifiesta como una restricción a la competencia. Pueden distinguirse entonces, tres supuestos de boicoteo en sentido amplio, a saber:

- a) Que la práctica sea ejecutada por un grupo de competidores que se ponen de acuerdo para, a través de una acción directa (por ejemplo una negativa de venta), obligar a otro sujeto económico a ejecutar una determinada conducta. En este caso, estaríamos dentro del supuesto del artículo 10 de la Ley, el cual prohíbe los acuerdos horizontales.
- b) Que la práctica sea ejecutada por un sujeto económico con tal poder de mercado que su actuación sea lo suficientemente dañina como para excluir o causar un grave perjuicio al afectado por la conducta. En este caso, se estaría en presencia de un abuso de posición dominante, lo que está tipificado en el artículo 13 de la Ley.
- c) Que la práctica sea ejecutada por un tercero, quien ha sido incitado por un grupo de agentes o por uno solo actuando de forma unilateral. En este caso, es el tercero quien va a ejecutar la conducta dañina sobre el afectado, pero con la particularidad que el interesado en el daño, es decir, él o los agentes dichos, no lo hacen directamente, como en los anteriores casos, sino a través de la incitación al tercero.

Los anteriores casos constituyen en el lenguaje usual formas de manifestarse un boicoteo, pero es sólo el último de ellos el que se refiere específicamente a la práctica prohibida en la defensa de la competencia. Es decir, los dos primeros casos se refieren a formas específicas de limitación o restricción de la competencia, como son los acuerdos horizontales y el abuso de la posición de dominio. Entonces, en el campo de la competencia, el boicoteo se refiere en específico al tercero de los supuestos planteados, es decir, la actuación dañosa ejecutada por un tercero, a instigación de otro, a fin de lograr un beneficio que este último pretende obtener con el daño. En conclusión, cuando el boicoteo es ejecutado por un grupo de competidores, esto es castigado como acuerdo horizontal; en el caso de ser producto de una posición dominante, a través de la prohibición de abusar de ella; y cuando es ejecutado a través de un tercero incitado, es prohibido como un boicoteo en sí mismo, es decir, en sentido estricto.

Es el último de los sentidos explicados donde se inscribe el artículo 7° de la Ley que se comenta, el cual prohíbe aquellas actuaciones que restrinjan la competencia “a incitar a terceros sujetos a esta Ley” a no ejecutar una serie de conductas que causarían un grave perjuicio al afectado por ellas.

Caso: Corporación Televen, C.A. vs. R.C.T.V., C.A. y Corporación Venezolana de Televisión, C.A. (VENEVISIÓN)

Resolución: n° SPPLC/0007-2005 24-02-05

Las dos manifestaciones del boicot: unilateral y concertado

Luego, se puede afirmar que el artículo 7° contiene la prohibición de boicoteo en el sentido de la defensa de la competencia, cuando a través de un acuerdo horizontal o el ejercicio de una posición dominante, se incita a un tercero a perjudicar comercialmente a otro agente. Es así como el boicoteo puede manifestarse de dos maneras, o a través de acciones emprendidas por un agente económico con suficiente poder para influenciar a un tercero a que realice prácticas restrictivas en contra de otro, o a través de una concertación de voluntades entre varios agentes económicos, es decir, estos se ponen de acuerdo o actúan conjuntamente incitando a terceros a realizar determinadas conductas para evitar la entrada de un nuevo competidor o provocar la salida de uno indeseado.

B. Condiciones de procedencia de la prohibición de boicot

Caso: Corporación Televen, C.A. vs. R.C.T.V., C.A. y Corporación Venezolana de Televisión, C.A. (VENEVISIÓN)

Resolución: n° SPPLC/0007-2005 24-02-05

Partes involucradas en el boicot

En la estructura de esta práctica se observa la presencia de tres partes claramente identificables, a saber: el agente o los agentes económicos que emprenden acciones anticompetitivas a través de la incitación a un tercero; el tercero incitado a no aceptar la entrega de bienes o a no prestar determinados servicios, y por último, la parte a la cual se dirigen los efectos restrictivos de la conducta anteriormente descrita.

Caso: Corporación Televen, C.A. vs. R.C.T.V., C.A. y Corporación Venezolana de Televisión, C.A. (VENEVISIÓN)

Resolución: n° SPPLC/0007-2005 24-02-05

Distintas prácticas derivadas del boicot

Ahora bien, trae el artículo 7° una enumeración de las conductas que ese tercero incitado debe llevar a cabo para que se considere que se está ejecutando una práctica anticompetitiva, como lo son: a) no aceptar la entrega de bienes o la prestación de servicios; b) impedir la adquisición de bienes o la prestación de servicios y; c) no vender materias primas o insumos o prestar servicios a otros.

Caso: Corporación Televen, C.A. vs. R.C.T.V., C.A. y Corporación Venezolana de Televisión, C.A. (VENEVISIÓN)

Resolución: n° SPPLC/0007-2005 24-02-05

El daño potencial al mercado derivado del boicot

Es por lo anterior que en los casos en los cuales se tome la decisión de boicotear a un agente, a través de la incitación a un tercero a limitar sus relaciones comerciales con aquel, no es necesario que tal conducta se ejecute, pues es suficientemente nocivo la existencia misma del acuerdo, ya que, además del temor fundado de su posibilidad de ejecución, trae en sí mismo el perjudicial efecto de constituir un interferencia indebida en las relaciones comerciales, precisamente lo que la Ley pretende evitar.

(...)

El Legislador ha dispuesto que toda concertación de voluntades cualquiera sea su tipo, acuerdo, decisión o recomendación colectiva que tengan por objeto la comisión de prácticas señaladas en el mencionado artículo, son prohibidas aún cuando no llegasen a materializarse

sus efectos en el mercado. Esta Superintendencia ha entendido en este caso que la Ley proscribe la fuente de la cual emanan las restricciones, esto es, los acuerdos o decisiones, sin entrar a considerar sus actos materiales, se puede decir que el Legislador en este artículo ha asumido una posición preventiva más que represiva.

Caso: Corporación Televen, C.A. vs. R.C.T.V., C.A. y Corporación Venezolana de Televisión, C.A. (VENEVISIÓN)

Resolución: n° SPPLC/0007-2005 24-02-05

La regla *per se* y el boicot.

Con respecto a la práctica prevista en el artículo 7° de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, la misma está sujeta a una prohibición de las llamadas “*per se*” bajo el Derecho Estadounidense. El término “*per se*” es utilizado por los norteamericanos para señalar cuando una determinada práctica es prohibida sin necesidad de constatar los efectos que en el mercado origine la misma, es decir, de antemano se asume su perjudicialidad y su ineficiencia considerándose entonces prohibida desde el mismo momento en que la práctica se verifique. En el caso *Klor's Inc. vs. Broadway - Hales Stores, Inc* 1959, (Cabanelas, Guillermo (H.), *Derecho Antimonopólico y de defensa de la Competencia*, p. 519) se señala:

Los boicoteos realizados por un grupo, o sea las negativas concertadas de comerciantes a tratar con otros comerciantes, han sido incluidas en la categoría de prácticas prohibidas (*per se*) desde hace mucho tiempo

Esto es así, ya que, como se comentaba, la existencia misma de un acuerdo de boicotear, sin necesidad que se lleve a efecto, trae en sí mismo el germen del daño y la afectación a la competencia, como bien se reconoce de la interpretación del artículo que lo prohíbe (artículo 7°).

4. *Acuerdos entre competidores*

A. *Principios generales de los acuerdos entre competidores*

Caso: Corporación Televen, C.A. vs. R.C.T.V., C.A. y Corporación Venezolana de Televisión, C.A. (VENEVISIÓN)

Resolución: n° SPPLC/0007-2005 24-02-05

La *ratio* de la prohibición contenida en el artículo 10 de la LPPLC

Claramente el artículo 10 prohíbe toda medida limitativa de la competencia que adopte la forma de “acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o practica concertada o conscientemente paralelas, que tengan por objeto produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional”. El presente artículo no prohíbe toda limitación de la competencia, sino tan solo aquella que deriva de la acción común de dos o más empresas.

Caso: Corporación Televen, C.A. vs. R.C.T.V., C.A. y Corporación Venezolana de Televisión, C.A. (VENEVISIÓN)

Resolución: n° SPPLC/0007-2005 24-02-05

La *ratio* de la prohibición contenida en el artículo 10.1 de la LPPLC

El ordinal 1° puntualiza algunas variables que pudieran ser empleadas para suprimir la rivalidad entre competidores: precios y otras condiciones de comercialización o de servicios. Con el propósito de captar nuevos clientes o mantener a los clientes actuales los agentes económicos se valen de los precios y otras condiciones tales como promociones, bonificaciones, descuento por volúmenes, días de crédito o porcentajes de descuento por pronto pago. De esta manera, el resultado básico de la competencia es tender a la reducción del nivel de precios directa o indirectamente en el mercado, ya que mientras más bajo sea el precio cobrado por un

producto mayor será su nivel de demanda, por lo que aquellas empresas que deseen atraer un mayor número de compradores que sus competidores deben fijar precios más bajos que éstos, lo cual sólo será posible si las estrategias emprendidas por éstas generan resultados eficientes que se traducen en reducciones de costos, y que son en última instancia trasladados a los precios.

Caso: Corporación Televen, C.A. vs. R.C.T.V., C.A. y Corporación Venezolana de Televisión, C.A. (VENEVISIÓN)
Resolución: n° SPPLC/0007-2005 24-02-05

Objeto de los acuerdos sobre precios y/o condiciones de comercialización

En virtud de lo expuesto, se evidencia que cualquiera de los tipos de conductas entre competidores para la fijación de precios y otras condiciones de comercialización no se agotan con la fijación o el establecimiento de un precio, tasa o margen común para los clientes de aquellas empresas que forman parte del acuerdo, sino que dicho tipo de conductas también pueden consistir en fórmulas o reglas comunes cuyo objetivo último sea establecer mecanismos para la determinación directa o indirecta de precios y otras condiciones de comercialización. Esto incluye aquellos acuerdos en los cuales se fije el momento en el que debe ocurrir un incremento de precios y la proporción o porcentaje del mismo.

Caso: Corporación Televen, C.A. vs. R.C.T.V., C.A. y Corporación Venezolana de Televisión, C.A. (VENEVISIÓN)
Resolución: n° SPPLC/0007-2005 24-02-05

Concepto de acuerdos entre competidores para repartir mercados, áreas territoriales, sectores de suministro o fuentes de aprovisionamiento

Para la comprensión de este dispositivo es importante acotar que si los competidores acuerdan repartirse clientes, podrían obtener con ello posiciones monopólicas. Esto obedece a que una de las decisiones fundamentales que deben tomar los agentes económicos es donde vender o prestar sus productos o servicios, y donde comprar sus insumos, lo que determinará cuál es el mercado que corresponde a cada competidor y cuál es la demanda que debe satisfacer. Por ello, si un grupo de competidores decide repartirse concertadamente los mercados, tanto de los clientes a quienes van a vender o prestar sus productos o servicios como de sus proveedores de insumos, estarán dentro del supuesto del ordinal que se comenta.

B. Condiciones de procedencia de la prohibición de acuerdos entre competidores

Caso: Corporación Televen, C.A. vs. R.C.T.V., C.A. y Corporación Venezolana de Televisión, C.A. (VENEVISIÓN)
Resolución: n° SPPLC/0007-2005 24-02-05

Condiciones de ilicitud de los acuerdos entre competidores

Como fue señalado anteriormente la Superintendencia en reiteradas oportunidades ha indicado que existen tres condiciones necesarias que conllevan a la configuración de una violación del artículo 10 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia:

- a. que la conducta sea producto del concierto de voluntades que produzca una acción conjunta,
- b. que su comisión se atribuya a agentes económicos competidores y
- c. el objeto de dicha conducta debe estar previsto en los ordinales del artículo 10 de la mencionada ley.

Caso: Corporación Televen, C.A. vs. R.C.T.V., C.A. y Corporación Venezolana de Televisión, C.A. (VENEVISIÓN)
 Resolución: n° SPPLC/0007-2005 24-02-05
Condiciones de ilicitud de los acuerdos entre competidores para fijar precios

Tradicionalmente, el acuerdo entre competidores para fijar precios u otras condiciones de comercialización al que alude específicamente el ordinal 1 del artículo 10, es considerado como una acción absolutamente restrictiva de la libre competencia, puesto que ella supone que todos o una parte de los participantes de un mercado en particular, dejan de competir y toman acciones conjuntas o coordinadas con la finalidad de modificar las variables de competencia y, de esta forma, obtener rentas o privilegios monopólicos que estas empresas o participantes no obtendrían si éstas actuaran en forma individual e independiente. El resultado que buscan los competidores al actuar en forma coordinada es la obtención de una capacidad conjunta para afectar el mercado, actuando como un monopolio.

5. *El abuso de la posición de dominio*

A. *Principios generales del abuso de la posición de dominio*

Caso: Look Factory, C.A. vs. Inmobiliaria 20-037, C.A.⁸
 Resolución: n° SPPLC/0004-2005 09-02-05
Concepto de posición de dominio

En este sentido, ha sido criterio reiterado de esta Superintendencia, definir la posición de dominio como: “la posibilidad que tiene un agente económico (que puede ser un solo sujeto o varios vinculados entre sí) de actuar con independencia en el mercado sin tener en cuenta a sus competidores, compradores o distribuidores, usuarios o consumidores, (...) por la ausencia de competidores” (Resolución Caso *Sofimerca*).

Caso: Look Factory, C.A. vs. Inmobiliaria 20-037, C.A.⁹
 Resolución: n° SPPLC/0004-2005 09-02-05
La licitud de la posición de dominio

No obstante, la Posición de Dominio, no debe entenderse como una práctica contraria a la libre competencia, ya que la misma puede ser resultado de estrategias comerciales lícitas o de la inversión en áreas inexploradas del mercado. Asimismo, dentro de un sistema competitivo siempre es posible que una firma, por su sola eficiencia y por lo menos durante cierto tiempo, pueda ganar a la competencia y atraer toda o casi toda la demanda, esta circunstancia debe ser considerada, desde todo punto de vista, como un éxito del sistema competitivo y no como un ataque a él.

B. *Condiciones de procedencia de la prohibición de abuso de la posición de dominio*

Caso: Look Factory, C.A. vs. Inmobiliaria 20-037, C.A.
 Resolución: n° SPPLC/0004-2005 09-02-05
Condiciones de ilicitud de la posición de dominio

8. Véase la Resolución: n° SPPLC/0043-2004, Caso *Pro-Competencia vs. Manufactura de Papel, C.A. (MANPA)*, de 21-07-04.

9. Sobre ello, y además de la Resolución citada en la nota anterior, véase la Resolución: n° SPPLC/0048-2004, Caso *Servicios de Protección Familiar, C. A. vs. El Edén, Parque Memorial y otros*, de 04-08-04, así como la Resolución: n° SPPLC/0049-2004, de Caso *Corporación Digitel, C.A. vs. Telecomunicaciones Movilnet, C. A. y Compañía Nacional Teléfonos CANTV*, de 09-08-04.

Sin embargo, cuando una empresa utiliza su posición de dominio para distorsionar el proceso del mercado y así obtener beneficios supra-competitivos, es decir, que superen aquellos que se obtendrían en una situación de competencia, entonces sí se estaría configurando una conducta o práctica restrictiva de la libre competencia. De este modo, el abuso de posición de dominio a que alude el artículo 13 *eiusdem*, requiere la concurrencia de dos elementos, a saber: A. Que la empresa que realiza la presunta práctica detente una posición de dominio; B. El carácter abusivo de la práctica realizada.

Caso: Look Factory, C.A. vs. Inmobiliaria 20-037, C.A.¹⁰

Resolución: n° SPPLC/0004-2005 09-02-05

Prácticas discriminatorias y abuso de la posición dominante

Para que una posición de dominio contrarie el bien jurídicamente tutelado por la legislación de competencia es menester que el agente económico que goza de ella ejecute acciones abusivas. En el presente caso, las conductas denunciadas son las previstas en los ordinales 1° y 4° de este artículo. La práctica contenida en el ordinal primero del artículo 13° *eiusdem* es conocida con el nombre de discriminación de precios y/o condiciones de comercialización. Esta práctica es aquella en la que el vendedor mantiene condiciones de comercialización diferentes a cada comprador o grupo de ellos, sin que ello pueda justificarse en diferencias de costos o prácticas comunes del comercio.

Con respecto a la práctica enmarcada en el ordinal cuatro del artículo 13, podría decirse que el mismo es más amplio que el primer ordinal puesto que contiene lo estipulado en este, más todas aquellas discriminaciones que no son de precio ni de condiciones de comercialización.

Ahora bien, el trato diferenciado no es necesariamente un abuso de posición de dominio. Una empresa puede cobrar precios distintos o aplicar condiciones diferentes por razones justificadas. Por ejemplo, resulta razonable que a una empresa cercana se le cobre un precio menor que a otra ubicada a una gran distancia, pues en el primer caso los costos de transporte son menores.

(...)

Por lo tanto, para que exista una violación de los ordinales 1° o 4° del artículo 13 de la Ley no se requiere únicamente que exista el trato diferenciado (en precios o condiciones comerciales) en la prestación de un servicio o la venta de bienes similares, sino que dicho trato no sea justificado por prácticas usuales del comercio.

En términos generales la diferenciación de precios es una práctica comercial que consiste en la venta de un similar bien o servicio a diferentes precios. Para que una diferenciación de precios pueda catalogarse como discriminación, ésta debe obedecer a causas directamente relacionadas con la demanda de un bien o servicio y no con diferencias en el costo de provisión a distintos clientes. La Ley para la Promoción y Protección del Ejercicio de la Libre Competencia estipula como práctica restrictiva solo la discriminación de precios y no la diferenciación

La discriminación de precios puede darse entre diferentes unidades vendidas a un comprador (discriminación en primer grado), entre diferentes compradores (discriminación en segundo grado), y entre distintos mercados, ésta última práctica de cobrar precios diferentes en mercados independientes suele denominarse discriminación de precios de tercer grado.

10. Sobre el concepto de discriminación de precios, véase la Resolución: n° SPPLC/0049-2004, Caso *Corporación Digitel, C. A. vs. Telecomunicaciones Movilnet, C. A. y Compañía Nacional Teléfonos CANTV*, de 09-08-04.