

# Doctrina Administrativa

## *Resoluciones de la Superintendencia para la promoción y protección de la libre competencia: Segundo y Tercer 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. El poder de mercado. 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 exclusionarias.* A. Principios generales de las prácticas exclusionarias. B. Condiciones de procedencia de la prohibición de las prácticas exclusionarias. 2. *Manipulación de factores de producción.* A. Principios generales de la manipulación de factores de producción. B. Condiciones de procedencia de la manipulación de factores de producción. 3. *Concentraciones económicas.* A. Concepto de concentraciones económicas. B. Análisis de las operaciones de concentraciones económicas. 4. *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. 5. *Competencia desleal.* A. Principios generales de la competencia desleal. B. El aprovechamiento del esfuerzo ajeno.

---

\* Abreviaturas utilizadas: DA/RDP: Doctrina Administrativa contentiva de las Resoluciones de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. 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](http://www.procompetencia.gov.ve). Se agrupan aquí las decisiones correspondientes al segundo y tercer trimestre del año 2005. Para facilitar el análisis concordado de las Resoluciones de la SPPLC, nos referimos, cuando sea pertinente, a las Resoluciones de la SPPLC contenidas en anteriores recopilaciones aparecidas en esta Revista, mediante un llamado que indica el número de la Revista (DA/RDP) y la página en la cual se encuentra la remisión.

## I. PRINCIPIOS GENERALES DE LA LIBRE COMPETENCIA

### 1. Conceptos claves de la libre competencia

#### A. Concepto y funciones de la libre competencia

Caso: *Agencias de Viaje y Turismo Geotravel C.A. v. Sabre Internacional, Inc.*<sup>1</sup>

Resolución: n° SPPLC/0055-2005      16-09-05

#### **El marco constitucional de la libre competencia y el orden público económico**

El objetivo de una normativa para la defensa de la libre competencia es la salvaguarda del orden público económico. La protección de la libre competencia nace del mismo reconocimiento constitucional al derecho de libertad económica en el artículo 112 de la Constitución, en el marco de una economía social de mercado. En efecto, la protección y defensa de la libre competencia está implícita al establecerse los límites dentro de los cuales cualquier persona podrá ejercer la actividad lucrativa de su preferencia, garantizando que no se produzcan maniobras abusivas encaminadas a obstaculizar o restringir la libertad económica. Se establece, entonces, un orden público económico que hay que proteger y salvaguardar; para lo cual se dicta la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, que prevé un mecanismo de policía administrativa. (...) De esta manera, el reconocimiento constitucional de libertad económica significa a su vez el reconocimiento al principio de libre competencia y/o concurrencia, que ha dado origen a una intervención estatal de carácter normativo que fundamentalmente busca defender a las actividades económicas de los particulares. La defensa y protección de la libre competencia, es el mecanismo que el Estado ha creado para ocuparse de las empresas, sean estas grandes, medianas o pequeñas, incluyendo también a las cooperativas y los consumidores.

#### B. Naturaleza y funciones de la SPPLC

Caso: *Gases Unidos v. BOC Gases de Venezuela, C.A. y otros*<sup>2</sup>

Resolución: n° SPPLC/0032 -2005      13-07-05

#### **Concepto de libre competencia**

Del artículo transcrito se colige claramente que la competencia para ser libre requiere que los agentes puedan entrar y salir del mercado sin afrontar ningún obstáculo. Pero para ser legítimamente "libre" la competencia a la que alude, como bien tutelado por la Ley para Proteger y Promover el Ejercicio de la Libre Competencia requiere que de haber restricciones impuestas a la salida o entrada de los agentes y estas sean además ilegítimas, esto es, que no obedezcan a una razón de propósito comercial por encontrar o explotar beneficios, sino que si dirijan a frustrar la permanencia o entrada del agente afectado a fin de aprovechar ganancias monopólicas.

Caso: *Agencias de Viaje y Turismo Geotravel C.A. v. Sabre Internacional, Inc.*

Resolución: n° SPPLC/0055 -2005      16-09-05<sup>3</sup>

#### **Naturaleza de las funciones de la SPPLC y la defensa del mercado**

Importante es señalar que la protección de la libre competencia se sitúa en la defensa de los operadores económicos anteriormente señalados y que conforman un mercado como una

<sup>1</sup>. En esta decisión la SPPLC desarrolla su doctrina en cuanto al marco constitucional de la libre competencia; la actividad de policía económica y el orden público económico. Puede verse en este sentido, la DA/RDP n° 99-100, pp. 52 y ss.

<sup>2</sup> Vid. DA/RDP n° 101, p. 70.

<sup>3</sup> Sobre las funciones de la SPPLC, Vid. DA/RDP n° 101, p. 70, así como la Resolución: n° SPPLC/0032 -2005 de 13 de julio de 2005, caso *Gases Unidos v. BOC Gases de Venezuela, C.A. y otros*.

institución, y por tanto las prácticas prohibidas en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia no persiguen resolver conflictos entre agentes económicos. (...) Se desprende claramente de este artículo que, lo que la Ley protege es el mercado, para servir a los participantes, consumidores y proveedores y preservar las reglas del juego. Por lo tanto, el Estado lo que defiende es el libre acceso y competencia en la actividad económica; así, cuando los agentes económicos pretenden eliminar estos elementos, el Estado entrará a defenderlos. (...) Debe insistirse, una vez más, que la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia busca la protección de un interés general. Por tanto, la protección de este interés público va más allá de la protección de derechos e intereses de los agentes económicos que en el se desenvuelven. No es objetivo de la Ley in comento la defensa de los negocios individuales. Al contrario, la Ley que protege la competencia crea un mecanismo administrativo que sitúa como objetivo único y primordial la defensa del mercado como institución.

Ha quedado claramente expuesto que en definitiva, lo que interesa en la protección de la libre competencia son las conductas que ocasionan un daño al mercado; de ahí a que no son las conductas subjetivas de los competidores las investigadas y castigadas desde la perspectiva de la defensa de la competencia, sino en cuanto dañan al mercado.

#### C. *El poder de mercado*<sup>4</sup>

Caso: Gases Unidos v. BOC Gases de Venezuela, C.A. y otros

Resolución: n° SPPLC/0032 -2005 13-07-05

#### **Condiciones de ilicitud del poder de mercado**<sup>5</sup>

Definitivamente, en el primer caso, sería inadecuado juzgar como ilegítima las actuaciones de una empresa por el solo hecho de que ésta detente una posición ventajosa en relación con sus competidores (actuales y potenciales), la cual le permitiría afectar las condiciones del mercado. Sin embargo, si la empresa presuntamente infractora hace uso de esa ventaja mediante prácticas restrictivas de la competencia, podría hacerse acreedor de las sanciones previstas en La Ley para Proteger y Promover el Ejercicio de la Libre Competencia. Esto último, dependerá de los costos y beneficios que su actuación esté generando en el mercado, es decir, su actuación sólo será considerada restrictiva de la competencia si introduce en el mercado mayores costos, que aquellos beneficios que pudiera generar en términos de eficiencia económica y social. En el caso contrario, la empresa estaría introduciendo un inequívoco aporte social, el cual puede manifestarse en la forma de reducciones de costos, descubrimientos de oportunidades, mejora en la distribución y otras expresiones de eficiencia productiva, las cuales consolidan en el tiempo un claro beneficio para el mercado y la sociedad en general, y los consumidores en particular.

Caso: Gases Unidos v. BOC Gases de Venezuela, C.A. y otros

Resolución: n° SPPLC/0032 -2005 13-07-05

#### **Concepto y metodología para medir el poder de mercado**<sup>6</sup>

En cuanto a la condición subjetiva, esta Superintendencia ha establecido reiteradamente que la determinación de la capacidad de una empresa para afectar el mercado relevante depende, tanto del tamaño de éste, según resulte de la evaluación de los elementos establecidos en el artículo 2 del Reglamento n° 1 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, como también de los factores enumerados en el artículo 3° de dicho Reglamento, cuya verificación permite afirmar la inexistencia de una competencia efectiva en

<sup>4</sup> La creciente importancia del análisis del poder de mercado en la doctrina de la SPPLC ha justificado incluir este apartado.

<sup>5</sup> *Vid.* DA/RDP n° 99-100, p. 53. En esa oportunidad la SPPLC aludió a la regla de la razón, como método para determinar cuándo el poder de mercado es ejercido ilícitamente.

<sup>6</sup> *Vid.* DA/RDP n° 99-100, p. 54

dicho mercado en los términos del artículo 16° de la misma Ley, o lo que es igual, la capacidad de la empresa investigada para afectar el comportamiento de participantes en el mercado situados tanto en el mismo nivel, como en niveles distintos de la cadena productiva. (...) Las capacidad de afectar el mercado que establece la Ley se ven reflejado con lo que se denomina en doctrina económica poder de mercado, que consiste en la facultad que posee una persona o una empresa de afectar o modificar el precio y demás condiciones de comercialización de un producto o servicio, sin que se lo impidan los demás competidores y sin que se vea alterado su nivel de ventas y operaciones. Para determinar la capacidad que tiene las empresas denunciadas en el mercado relevante anteriormente definido, esta Superintendencia considera importante indicar la participación de mercado y número de competidores presentes en el mismo y que fue suministrada por la empresa denunciante. (Folio 5 del expediente administrativo). (...) Ahora bien, la participación de mercado es solo un elemento más del análisis, por lo cual es importante observarlo en su conjunto con las barreras a la entrada presente en el sector, así como el poder de compra de los consumidores de los gases medicinales e industriales.

## 2. *El mercado relevante*

### A. *Concepto de mercado relevante*<sup>7</sup>

Caso: Opinión emitida en la concentración CANTV-DIGITEL  
Resolución: s/n 3-05-05

#### **Concepto de mercado relevante**

Conceptualmente, el mercado relevante se refiere 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.

### B. *Definición de mercado producto*

Caso: Opinión emitida en la concentración CANTV-DIGITEL  
Resolución: s/n 3-05-05

#### **Concepto de mercado producto**

Con el mercado producto se establece 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 sostenido en el tiempo.

### C. *Definición de mercado geográfico*

Caso: Gases Unidos v. BOC Gases de Venezuela, C.A. y otros  
Resolución: n° SPPLC/0032 -2005 13-07-05

#### **Concepto de mercado geográfico**

La definición del mercado geográfico es la segunda dimensión necesaria para delimitar el mercado relevante. En particular, se busca determinar el ámbito espacial dentro del cual compiten los productos o servicios en términos de precios, disponibilidad, calidad y en otras dimensiones de competencia.

---

<sup>7</sup>. No ha habido, en este punto, variación sustancial en relación con la doctrina de la SPPLC dictada en el segundo y tercer trimestre de 2005.

## II. PRÁCTICAS CONTRARIAS A LA LIBRE COMPETENCIA

### 1. *Prácticas exclusionarias*

#### A. *Principios generales de las prácticas exclusionarias*

Caso: Gases Unidos v. BOC Gases de Venezuela, C.A. y otros  
Resolución: n° SPPLC/0032 -2005 13-07-05

#### **Concepto de prácticas exclusionarias<sup>8</sup>**

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.

#### B. *Condiciones de procedencia de la prohibición de prácticas exclusionarias*

Caso: Gases Unidos v. BOC Gases de Venezuela, C.A. y otros  
Resolución: n° SPPLC/0032 -2005 13-07-05

#### **Condiciones de ilicitud de las prácticas exclusionarias<sup>9</sup>**

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.

Por otro lado, la existencia de barreras a la entrada o a la salida en ese mercado determinará, en gran medida el alcance que pueda tener una acción exclusionaria. Mientras mayores sean las barreras a la entrada a un mercado, la exclusión de un agente perjudicará en mayor medida al mercado y a los consumidores, puesto que la recuperación de la competencia efectiva será más costosa, tomará mayor cantidad de tiempo o, en el peor de los casos, no tendrá lugar. Por tanto, para considerar la aplicación del dispositivo examinado en el artículo 6 de la Ley, se hace necesario que el agente económico que efectúa la práctica tienda a excluir ilegítimamente a otros agentes participantes mediante barreras o la obstaculización a la permanencia de competidores en el mercado, y para que ello tenga efecto, necesariamente la empresa debe ostentar poder de mercado.

Caso: Agencias de Viaje y Turismo Geotrael C.A. v. Sabre Internacional, Inc.

Resolución: n° SPPLC/0055 -2005 16-09-05

#### **El poder de mercado como condición de análisis de las prácticas exclusionarias**

Las probabilidades de alcanzar un mejor posicionamiento en el mercado a través de una conducta exclusionaria se encuentran directamente relacionada con la capacidad de la empresa que lleva a cabo la práctica de obstaculizar efectivamente la permanencia o la entrada de competidores y simultáneamente, con la capacidad de los competidores efectivos o potenciales de contrarrestar dicha acción.

<sup>8</sup>. Se reitera en este punto doctrina pacífica de la SPPLC. *Cfr.*: DA/RDP n° 101, pp. 73 y ss. Véase también la Resolución: n° SPPLC/0055 -2005 de 16 de septiembre de 2005, caso *Agencias de Viaje y Turismo Geotrael C.A. v. Sabre Internacional, Inc.*

<sup>9</sup>. *Ibid.*

Para evaluar si una firma tiene capacidad de afectar un mercado es necesario analizar la estructura del mismo. Si el mercado relevante está conformado por muchos competidores con una participación equitativa en el mismo, o si en dicho mercado existen bajas barreras de entrada o salida de competidores, es poco probable que una firma pueda afectar el mismo con éxito.

En contraparte si un mercado está conformado por pocos competidores y existen barreras para su entrada o salida del mismo, las conductas de las empresas pueden afectar significativamente su desempeño llevándolo a equilibrios económicos no eficientes, lo anterior es denominado en la doctrina de competencia como el paradigma “estructuraconducta-desempeño”.

Como una primera aproximación para conocer la estructura de un mercado, tradicionalmente esta Superintendencia ha recurrido al cálculo del Índice de concentración Herfindahl-Hirschman (HHI). El mismo consiste en la sumatoria del cuadrado de la participación de las empresas en un mercado, en la medida de que el mismo se encuentre más concentrado su valor se aproxima a 10.000.

## 2. Manipulación de factores de producción

### A. Principios generales de la manipulación de factores de producción

Caso: Gases Unidos v. BOC Gases de Venezuela, C.A. y otros

Resolución: n° SPPLC/0032 -2005 13-07-05

#### **Concepto de manipulación de factores de producción**<sup>10</sup>

En el contexto de la prohibición que establece el artículo 8° *ejusdem* la manipulación de los factores de producción como se ha señalado anteriormente, se entenderá que restringe la libre competencia, cuando el manejo de dichos factores por un agente económico tienda a impedir la entrada de nuevos competidores o provocar la salida injustificada de aquellos que compiten actualmente. Además, la manipulación de los factores productivos también podría manifestarse como una práctica de explotación, que afecte no sólo a los competidores sino también a aquellos agentes que dependen del bien o servicio manipulado para desarrollar su proceso de producción. De acuerdo con las consideraciones que anteceden, a continuación se examina de qué manera las condiciones establecidas resultan aplicables al caso denunciado.

### B. Condiciones de procedencia de la prohibición de la manipulación de factores de producción

Caso: Gases Unidos v. BOC Gases de Venezuela, C.A. y otros

Resolución: n° SPPLC/0032 -2005 13-07-05

#### **Condiciones de ilicitud de la manipulación de factores de producción**<sup>11</sup>

El presente procedimiento se circunscribe a la presunta manipulación de los factores de producción en el mercado de distribución y comercialización de gases medicinales e industriales en cilindros de acero. A fin de comprender cabalmente la inteligencia del dispositivo transcrito es necesario precisar las condiciones cuya concurrencia es necesaria para poder invocar su aplicación. Tales condiciones son las siguientes:

1. Que el presunto infractor posea una capacidad comprobada que le permita afectar actual o potencialmente el mercado.

2. Que la empresa presuntamente infractora realice una práctica que tienda a alterar el uso ordinario de factores de producción distribución, desarrollo tecnológico o inversiones.

<sup>10</sup>. Vid. DA/RDP n° 99-100, p. 61

<sup>11</sup>. Vid. DA/RDP n° 99-100, p. 61

3. Que la restricción introducida por la práctica presuntamente anticompetitiva carezca de beneficios sociales que compensen los costos introducidos en el mercado.

3. *Concentraciones económicas*

A. *Concepto de concentraciones económicas*

Caso: Opinión emitida en la concentración CANTV-DIGITEL

Resolución: s/n 3-05-05

**Concepto de concentraciones económicas**<sup>12</sup>

Las operaciones de concentración económica pueden definirse como la modificación con carácter estable de la estructura de una empresa o parte de una empresa, con independencia de que dicha empresa o parte de la misma tenga personalidad jurídica propia (Artículo nº 2 del Real Decreto nº 1443/2001 de fecha 21-12-01) del Ministerio de Economía español, que desarrolla la Ley De Competencia en lo referente a control de concentraciones económicas).

Caso: Opinión emitida en la concentración CANTV-DIGITEL

Resolución: s/n 3-05-05

**Características de las operaciones de concentraciones económicas de tipo horizontal**

Una operación de concentración económica horizontal se refiere a la unión realizada entre dos o más empresas competidoras participantes en un mismo mercado relevante. Una vez que la operación simultáneamente reduce el número de competidores e incrementa el tamaño de la empresa resultante, esta puede realizar prácticas colusorias o abusar de una posición de dominio generada post - operación.

La probabilidad de que precios monopólicos se impongan o se establezca un cartel, dependerá en gran medida de la homogeneidad del producto relevante, la forma como el producto es distribuido, el poder de negociación de los compradores, la sensibilidad de la demanda ante cambios en el precio y la existencia de barreras a la entrada.

Por otro lado, las operaciones horizontales pueden crear sustanciales eficiencias económicas en la producción o distribución del producto/servicio que permitan a la empresa resultante operar con menores costos que sus competidores, a la vez de permitir que los consumidores o usuarios obtengan el bien o servicio a menores precios.

Caso: Opinión emitida en la concentración CANTV-DIGITEL

Resolución: s/n 3-05-05

**Características de las operaciones de concentraciones económicas de tipo vertical**

Una operación de concentración económica vertical es la unión o asociación de dos o más empresas que participan en diferentes eslabones de la cadena de producción, normalmente, una empresa con un cliente o con alguno de sus proveedores. En general, toda operación, ya sea vertical u horizontal, siempre da lugar a mayores beneficios para las empresas, pues es precisamente la expectativa de obtener mayores beneficios lo que conduce a las empresas a concentrarse.

El aumento de los beneficios puede producirse porque la operación restrinja la competencia en los diferentes mercados, pero también es posible que facilite la producción, distribución o comercialización eficiente; reduciéndose los costos de transacción y el precio de transferencia, de manera que las empresas que se concentren obtengan esos beneficios de una manera socialmente beneficiosa.

---

<sup>12</sup>. Vid. DA/RDP nº 97-98, p. 94

En el caso de las operaciones de concentración económica verticales, los efectos de la operación de concentración afectan a más de un mercado, pues por definición estas operaciones involucran a empresas situadas en diferentes eslabones de la cadena productiva. Al mercado que se encuentra en un eslabón anterior de la cadena se le denomina mercado primario, mientras que el mercado secundario es el que está más adelante en la cadena.

Estas operaciones pueden limitar la competencia de dos maneras fundamentales: en primer lugar, puede incrementar la concentración de los mercados primario y secundario; y, en segundo lugar, puede hacer más difícil el acceso a uno o ambos de esos mercados.

En tal sentido, el análisis debe estar orientado a determinar o bien si la operación genera un incremento de la concentración en alguno de los mercados afectados; o bien si genera algún tipo de barrera para entrar en ellos, para lo cual se debe emplear los mismos parámetros de análisis que, a tal efecto, se explicaron anteriormente.

Caso: Opinión emitida en la concentración CANTV-DIGITEL

Resolución: s/n 3-05-05

**Características de las operaciones de concentraciones económicas de tipo conglomerado**

Por otro lado, las operaciones de concentración económica de conglomerado se realizan entre agentes económicos que no compiten en el mismo mercado relevante o en mercados relevantes que están verticalmente vinculados por una relación proveedor- comprador. En la actualidad, la doctrina de competencia potencial es la más apoyada y aplicada sobre el análisis de las operaciones de conglomerados.

Es posible identificar la competencia potencial desde la perspectiva de la oferta. Si dos empresas A y B ofrecen diferentes productos, pero la empresa A conoce que la empresa B puede responder ante incrementos en el precio del bien ofrecido por A, instantáneamente cambiándose a la oferta de dicho bien, se dice que la empresa A no tiene poder de mercado, aún cuando la empresa sea la única oferente del bien en cuestión. Es así, como las empresas A y B están en condiciones similares de competencia a las "actuales" como si estuvieran ofreciendo el mismo producto (Hovenkamp, Herbert. Antitrust. 1993).

Lo anterior refleja el caso donde se demuestra que, en ausencia de la operación de concentración, una de las partes que intervienen en la misma probablemente hubiese entrado en el mercado de novo. Por ejemplo, una firma con poder de mercado en el mercado relevante adquiere una firma en un mercado adyacente que estaba enviando señales de su intención de entrar en el mercado relevante, intentando negociar contratos con clientes de la firma dominante los cuales son muy favorables desde la perspectiva de aquellos clientes.

En el mismo orden de ideas, un efecto anticompetitivo similar puede resultar cuando una firma grande entra en un mercado relevante de novo reemplazando con la operación a una firma naciente, que había introducido una nueva fuente de competencia en el mercado (...). Es así, como este tipo de concentración económica, aunque no es tan susceptible de causar lesiones a la competencia, como aquella realizada entre empresas pertenecientes a un mismo mercado, ello no implica la inocuidad de sus efectos en la competencia. No obstante, de acuerdo a la doctrina de competencia, las operaciones de concentraciones económicas de conglomerados si bien pueden causar efectos restrictivos en la competencia, también pueden generar beneficios y eficiencias, generadas por el logro de economías de alcance o de ámbito.

Si dos empresas fabrican productos que emplean tecnologías similares en sus procesos productivos, la firma resultante puede beneficiarse de economías tradicionales de escala en la manufactura. Asimismo, con frecuencia productos tecnológicamente disímiles pueden ser distribuidos unidos, por ejemplo, la concentración entre un fabricante de bicicletas y otro de motos, podría permitir la venta de ambos productos por el mismo distribuidor a menores costos que si estos fueran vendidos por separado.

Otra eficiencia que puede ser identificada es que los gastos de investigación y desarrollo con frecuencia son más eficientes en términos de costos, para una empresa multiproducto. Además, los conglomerados tienen la posibilidad de incrementar el capital internamente, particularmente si tiene algún mercado estable que genera un nivel de ingresos sustancial y a la vez, la empresa participa en un mercado en crecimiento que requiere de un traspaso de capital (Hovenkamp, Herbert. Antitrust. 1993).

B. *Análisis de las operaciones de concentraciones económicas*

a. *Índice de concentración*

Caso: Opinión emitida en la concentración CANTV-DIGITEL

Resolución: s/n 3-05-05

**Índice de concentración en el mercado relevante<sup>13</sup>**

Una vez determinados los mercados relevantes, se procede al análisis del grado de concentración presente en los mismos. Este se define como el grado en que una actividad económica ésta dominada por un número pequeño de empresas, por lo que mide dos elementos: el número de empresas participantes y el tamaño relativo de dichas empresas.

Caso: Opinión emitida en la concentración CANTV-DIGITEL

Resolución: s/n 3-05-05

**Método de evaluación del grado de concentración económica**

Como medida para conocer la estructura del mercado relevante previa y posterior a la operación de concentración, la Superintendencia ha utilizado en forma sistemática como método de evaluación, el índice de Herfindahl-Hirschman (HHI), el cual es una herramienta que permite presumir cuánto poder de mercado podría ostentar una determinada firma dentro del mercado relevante en estudio. En términos estrictamente matemáticos, este índice se determina como la sumatoria al cuadrado de las participaciones de las empresas que forman parte del mercado relevante. Este índice refleja la estructura del mercado en la medida que da un peso proporcionalmente mayor a las participaciones de mercado de las empresas más grandes de acuerdo con su importancia relativa. Asimismo, éste índice puede adoptar valores que van desde cero (0) hasta diez mil (10.000). El primer extremo corresponde a una situación de completa atomización del mercado, mientras que el segundo a una de monopolio puro. Como primer paso, se procede a calcular las participaciones de mercado de las principales empresas que participan en cada uno de los mercados relevantes identificados.

b. *Condiciones de acceso al mercado*

Caso: Opinión emitida en la concentración CANTV-DIGITEL

Resolución: s/n 3-05-05

**Acceso al mercado y la posibilidad de competencia potencial<sup>14</sup>**

Para poder determinar si la operación de concentración genera o refuerza una posición de dominio en los mercados relevantes, o genera efectos restrictivos de la libre competencia, es imprescindible incorporar en el análisis, la posibilidad de competencia potencial proveniente de la entrada a los mercados relevantes de nuevos participantes. El análisis se sustenta en el hecho de que cuando un mercado es altamente contestable, vale decir, que no existen obstáculos a la instalación de nuevos participantes, las empresas que pudieran detentar una posición dominante en los mercados relevantes pueden verse neutralizadas o disciplinadas a abusar de ella, por ejemplo imponiendo aumentos de precios, ya que tal conducta haría rentable la entrada de nuevos fabricantes de esos productos, haciendo no viable el incremento

<sup>13</sup>. Vid. DA/RDP n° 97-98, p. 96

<sup>14</sup>. Vid. DA/RDP n° 97-98, p. 96

inicial de los precios. De allí que cuando las barreras a la entrada son bajas, a pesar de una alta concentración, no se configura una posición de dominio en la medida que la competencia potencial es considerada en las decisiones de las firmas ya instaladas en los mercados.

c. *Efectos sobre el grado de competencia*

Caso: Opinión emitida en la concentración CANTV-DIGITEL  
Resolución: s/n 3-05-05

**La reducción de competidores en el mercado y la realización de prácticas colusorias**

La reducción en el número de agentes independientes presentes en un mercado, incrementaría la probabilidad de que se verifiquen prácticas colusivas, por cuanto siendo menos los competidores es factible se reconozca la mutua independencia, sean menores los costos de negociación y más fácil de detectar desviaciones al acuerdo.

d. *Eficiencias*

Caso: Opinión emitida en la concentración CANTV-DIGITEL  
Resolución: s/n 3-05-05

**Las eficiencias derivadas de operaciones de concentraciones económicas<sup>15</sup>**

En general, los efectos negativos sobre la competencia se presentan conjuntamente con los efectos favorables de la eficiencia, de manera que la Superintendencia debe sopesar cada uno de estos efectos para determinar si el efecto final sobre los mercados es negativo o positivo. Las consideraciones sobre eficiencia que toma en cuenta la Superintendencia se realizan desde la óptica del interés público, de manera que no es suficiente que esas eficiencias sean beneficiosas para las partes que se concentran sino que deben, de alguna manera, traducirse en ventajas económicas para los consumidores.

Un elemento adicional que se considera a la hora de evaluar las eficiencias a la luz de determinar los efectos netos que una operación de concentración tiene sobre el mercado, es que dichas eficiencias no puedan ser obtenidas de otras maneras. En efecto, si existe otra forma de alcanzar las eficiencias sin necesidad de que las empresas se concentren, éstas no se tomarán en consideración.

4. *El abuso de la posición de dominio*

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

Caso: Multiphone Venezuela, C.A. v. CANTV  
Resolución: n° SPPLC/0019 -2005 27-04-05

**Concepto de posición de dominio<sup>16</sup>**

De esta forma, se ha establecido que la posición de dominio consiste en la facultad que tienen uno o varios agentes económicos vinculados entre sí, de ejercer una 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 se vea, de alguna manera, obstruida.

<sup>15</sup>. Vid. DA/RDP n° 97-98, p. 97.

<sup>16</sup>. Vid. DA/RDP n° 101, p. 79

Caso: Multiphone Venezuela, C.A. v. CANTV  
Resolución: n° SPPLC/0019 -2005 27-04-05  
**La licitud de la posición de dominio**<sup>17</sup>

Sin embargo, el poseer una posición de dominio no constituye una violación a la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia por sí mismo, ya que la misma puede ser el resultado de estrategias comerciales lícitas o de la inversión en áreas inexploradas del mercado.

Caso: Multiphone Venezuela, C.A. v. CANTV  
Resolución: n° SPPLC/0019-2005 27-04-05  
**Metodología para determinar la existencia de la posición de dominio**

De este modo, para determinar si un agente económico se encuentra en una posición de dominio, debe determinarse, en primer lugar, cuál es el segmento de mercado o mercado relevante dentro del cual se pretende ubicar la actuación del agente económico. En segundo lugar, se debe determinar si existe competencia efectiva o, equivalentemente, si el agente económico disfruta de poder de mercado. Esto se consigue, a su vez, tomando en consideración la cuota de participación de mercado del agente económico en cuestión y otros elementos que se considerarán más adelante.

De este artículo mencionado se desprende que para poder llegar a la conclusión de que existe una posición dominante en un mercado relevante, deben tomarse en cuenta dos consideraciones. La primera se refiere al análisis de las cuotas de participación en el mercado relevante: si sólo existe un agente que provee determinados bienes o servicios es claro que el mismo se encuentra en una posición de dominio (ordinal 1°, artículo 14).

Si, por el contrario, están presentes en el mercado varios agentes, no sólo debe determinarse el grado de participación de mercado de cada uno de los agentes, sino que además debe hacerse una segunda consideración, que consiste en el análisis de la competencia efectiva existente entre los agentes que participan de dicho mercado relevante (ordinal 2°, artículo 14). Es posible, de este modo, que aún en presencia de varios agentes económicos, uno de ellos detente suficiente poder de mercado como para impedir el mantenimiento de una competencia efectiva.

Caso: Multiphone Venezuela, C.A. v. CANTV  
Resolución: n° SPPLC/0019 -2005 27-04-05  
**La imposibilidad de valorar las eficiencias en casos de abuso de la posición de dominio**<sup>18</sup>

Cabe destacar que en los casos de conductas tipificadas en el artículo 13 de la Ley, catalogadas como “Abuso de Posición de Dominio”, no es necesario determinar la eficiencia que de la práctica pudiese derivarse, ya que éstas por su carácter “esencialmente abusivo” son incapaces de generar eficiencias; debido a que la naturaleza de las mismas difícilmente puede dar por resultado un beneficio distinto al perseguido por sus ejecutantes, vale decir, en este caso, el uso de la Posición de Dominio con la finalidad de obtener beneficios derivados de esta, lo cual está en perjuicio del resto de los agentes económicos que participan en el mercado relevante.

---

<sup>17</sup> Vid. DA/RDP n° 101, p. 79

<sup>18</sup> Este análisis de eficiencias se relaciona con la regla de la razón. Sobre ello, vid. DA/RDP n° 101, pp. 71 y ss.

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

Caso: Multiphone Venezuela, C.A. v. CANTV

Resolución: n° SPPLC/0019 -2005 27-04-05

**De la imposición discriminatoria de precios y otras condiciones de comercialización o de servicios<sup>19</sup>**

Es de destacar, que el trato discriminatorio o diferenciado no constituye en sí mismo un abuso de posición de dominio. Una empresa puede aplicar condiciones de comercialización diferentes por razones justificadas, bien de carácter económico o bien de estrategia empresarial, aceptadas en ese mercado, que constituyan una justificación objetiva y razonada del trato discriminatorio por parte de la empresa oferente de los bienes o servicios.

En este sentido, en Resoluciones dictadas por esta Superintendencia (v. Resolución n° SPPLC/047-99 de fecha 11 de enero de 1999, Caso *Proquim, C.A. vs. Ventterminales*) se estableció que para que se configure el supuesto de hecho previsto en el ordinal 1° del artículo 13 de la Ley, es necesario que estén presentes dos elementos: en primer lugar, que la empresa que realiza la práctica detente una posición de dominio en el mercado relevante; y, en segundo lugar, que dicha empresa aplique condiciones de comercialización diferentes por la venta de bienes o por la prestación de servicios similares a clientes diferentes, y que ese trato no pueda justificarse por razones de eficiencia o por prácticas usuales del comercio en ese mercado.

5. *Competencia desleal*

A. *Principios generales de la competencia desleal*

Caso: Casa de Subastas Odalys v. Raiza & Freddy Galería C.A

Resolución: n° SPPLC/0039 -2005 29-07-05

**La ratio de la prohibición de la competencia desleal<sup>20</sup>**

Este dispositivo está destinado a proteger la capacidad de competir efectivamente en el mercado, para lo cual resulta indispensable que los derechos económicos de las empresas participantes actúen dentro de un marco legal que los proteja y les asegure una adecuada participación. En ese contexto, el artículo promueve la competencia en los mercados, generando beneficios sociales evidentes.

Caso: Casa de Subastas Odalys v. Raiza & Freddy Galería C.A

Resolución: n° SPPLC/0039 -2005 29-07-05

**La cláusula general del artículo 17 de la LPPLC**

Gracias a la cláusula general se establece la prohibición en unos términos que permiten incluir los supuestos no especialmente previstos, bien por su carácter marginal, bien por la continua evolución de las prácticas comerciales, que da lugar a la aparición de nuevos comportamientos que pudiesen enmarcarse como desleales. Por lo que, en la doctrina se suele señalar que gracias a la cláusula general puede evitarse que la protección contra la competencia desleal quede obsoleta debido al continuo desarrollo de nuevas prácticas empresariales.

Caso: Casa de Subastas Odalys v. Raiza & Freddy Galería C.A

Resolución: n° SPPLC/0039 -2005 29-07-05

**La confusión del consumidor en el ámbito de la competencia desleal<sup>21</sup>**

<sup>19</sup> Sobre la discriminación como forma de abuso, vid. DA/RDP n° 101, p. 80.

<sup>20</sup> Vid. DA/RDP n° 97-98, p. 98

<sup>21</sup> Sobre el concepto y caracteres del acto de confusión, vid. DA/RDP n° 93-94/95-96, p. 99.

Para valorar si en efecto se produce o si podría producirse la confusión, se debe considerar principalmente la atención que presta el consumidor al reconocer la actividad económica con los medios de identificación ajenos. Ello obliga, de una parte, a introducir en el juicio la formación o especialización del consumidor, lo que lleva a ser más estricto en la apreciación de la existencia de un riesgo de confusión en aquellos casos en los que los destinatarios sean empresarios o profesionales. Asimismo, es obligado considerar la experiencia del consumidor en la adquisición de las prestaciones o en relación con los establecimientos respecto de los cuales se plantea la confusión, y su interés por asegurar la continuidad de dicha adquisición o relación.

De otro lado, será preciso considerar la atención que tal consumidor presta habitualmente a los medios de identificación en el trance de formar sus preferencias o decidir si toma contacto con un determinado operador económico, adquiere sus prestaciones o visita su establecimiento.

En este sentido son particularmente relevantes las connotaciones que para el consumidor tiene una concreta procedencia empresarial, puesto que si los consumidores atribuyen al origen empresarial o profesional del bien o servicio en cuestión, un valor específico, la atención es mayor y la confusión menos probable que en los casos que la fuente resulte menos relevante.

#### B. *El aprovechamiento del esfuerzo ajeno*

Caso: Casa de Subastas Odalys v. Raiza & Freddy Galería C.A  
Resolución: n° SPPLC/0039 -2005 29-07-05

#### **El aprovechamiento del esfuerzo ajeno mediante la realización de actos de simulación<sup>22</sup>**

Según el catedrático español José Massaguer, la tipificación de la imitación desleal por aprovechamiento indebido de la reputación ajena, convive con un tipo genérico específicamente dedicado a la explotación de la reputación ajena. Sin embargo, conviene aclarar que este tipo genérico, consagra la deslealtad en la explotación de la reputación, no del esfuerzo ajeno, cuyo supuesto es el que nos ocupa. Por tanto, el análisis que de seguidas se presentará, corresponderá a la deslealtad de una conducta basada en el aprovechamiento del esfuerzo ajeno bajo la modalidad de simulación de imagen del servicio.

Bajo este esquema, se parte del supuesto de que un empresario podría obtener ventajas para la entrada o permanencia en el mercado con un determinado bien y/o servicio, sin haber realizado los esfuerzos de inversión económica y tecnológica en que hubiese tenido que incurrir si no existiese un innovador o pionero que ya hubiese incurrido en tal esfuerzo, todo ello con fines concurrenciales. Entonces, la simple simulación de la imagen del servicio, no es suficiente para fundamentar la deslealtad. Se requiere además que los costes de producción de la prestación original sean sustanciales, puesto que sólo en esta hipótesis puede afirmarse que la simulación de servicios ha comportado una desventaja significativa para su creador.

Caso: Casa de Subastas Odalys v. Raiza & Freddy Galería C.A  
Resolución: n° SPPLC/0039 -2005 29-07-05

#### **Condiciones de ilicitud del aprovechamiento del esfuerzo ajeno mediante la realización de actos de simulación**

La primera observación que hay que destacar en este punto es establecer si la calificación del aprovechamiento del esfuerzo ajeno como acto de competencia desleal a través de una simulación de imagen de servicio requiere o no, de la existencia de una relación de competencia entre el que simula y el pionero. En este sentido, la declaración de que no necesi-

---

<sup>22</sup>. Vid. DA/RDP n° 97-98, pp. 100 y ss.

riamente debe existir una relación de competencia sólo es una presunción general, pero no implica que, de la estructura del supuesto de hecho de un tipo concreto no pueda derivarse la necesidad de una relación de competencia.

Esto es lo que sucede justamente en el supuesto en estudio, que por su propia finalidad exige que entre el simulador de imagen de servicio y el pionero exista una relación de competencia. En efecto, si la simulación de imagen de servicio no se usa en competencia con la prestación pionera, no es posible que impida o dificulte la amortización por parte del pionero de sus costes de producción y por tanto no tendría sentido su declaración como acto de competencia desleal.