

# Doctrina Administrativa

## *Resoluciones de la Superintendencia para la promoción y protección de la libre competencia: Cuarto 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.* 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. *Concentraciones económicas.* A. Concepto de concentraciones económicas. B. Análisis de las operaciones de concentraciones económicas. 2. *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).

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*.

## I. PRINCIPIOS GENERALES DE LA LIBRE COMPETENCIA

### 1. *Conceptos claves de la libre competencia*

Caso: Digital vs. Telcel  
Resolución: N° SPPLC/0074-2005      28-12-05  
**La iniciativa publicitaria y la actividad publicitaria**

Como es reconocido, una iniciativa publicitaria puede ser tutelada mediante derecho de marca y/o derecho de autor, siempre que reúna los requisitos legales exigidos. Ahora bien, es importante considerar y valorar desde el Derecho de la Competencia desleal, la imitación de las iniciativas publicitarias del competidor, tomando en consideración que la deslealtad de la imitación ha venido clasificándose en torno a tres criterios: imitación desleal por inducir a engaño, imitación desleal por aprovechamiento indebido de la reputación ajena, e imitación desleal impeditiva o con carácter predatorio.

La valoración de la iniciativa publicitaria de un operador, pone en relieve el necesario esfuerzo intelectual y de tiempo que requiere el desarrollo de una actividad de este tipo, acompañada de una inversión significativa para su difusión, por lo cual la imitación de la publicidad de un competidor puede tener una connotación negativa, al ser considerada como un aprovechamiento del esfuerzo ajeno: el imitador utiliza en su propio beneficio la publicidad del competidor que sólo mediante la inversión significativa ha sido posible realizar.

(...)

Por ende, es necesario destacar que la publicidad sirve como herramienta para dar a conocer productos y servicios, principalmente tratando de diferenciarlos de las propuestas alternativas que el mercado puede ofrecer. Por esta razón se señala el hecho de que el papel crucial de la publicidad es el de informar a los consumidores sobre las características de un bien en particular. En este contexto, el principal objetivo de la publicidad es, entre otros, el de persuadir a los destinatarios del mensaje, para que inclinen su escogencia hacia determinado producto. En consecuencia, lo que la publicidad comercial busca producir en los consumidores es obtener que éstos se inclinen por adquirir los bienes o contratar servicios del anunciante, utilizando para ello mecanismos informativos a la vez que persuasivos. En dicho contexto, la persuasión propia de la publicidad comercial se encuentra encaminada a lograr que, ante las diferentes opciones que se ofrecen en el mercado, el consumidor opte por aquella que el anunciante propone, mostrándola como la mejor opción.

Caso: Cartuchos Fast Track C.A. y otros  
Resolución: N° SPPLC/0042-2005      4-08-05  
**La franquicia y los contratos de compra exclusiva**

De acuerdo con los lineamientos de evaluación de los contratos de franquicia emanados de esta Superintendencia, mediante Resolución N° SPPLC/038-99, de fecha 9 de julio de 1999, en el negocio de la franquicia, los productos del franquiciador deben ser fabricados por éste o por cuenta de éste y/o llevar el nombre o la marca del franquiciador. El producto franquiciado debe contener o expresar un conjunto de conocimientos prácticos derivados de la experiencia del franquiciador y verificado por éste, que son secretos, sustanciales e identificables, es decir, un know how.

Si tales supuestos no se verifican, difícilmente se estará frente a un negocio franquiciable. De tal manera, que las personas naturales o jurídicas que realicen “acuerdo de franquicia” con el propietario del negocio estarán realizando meros acuerdos de compra exclusiva, para convertirse en un revendedor del producto.

Estos acuerdos de compra exclusiva, sólo constituirían una infracción a las leyes de defensa de la competencia si la empresa que hace papel de franquiciador tiene posición de dominio en el mercado, por lo que los mencionados acuerdos de compra en exclusiva deberían ser evaluados por la autoridad de defensa de la competencia

Caso: Digital vs. Telcel  
Resolución: N° SPPLC/0074-2005      28-12-05  
**El test del monopolista hipotético**

En este apartado se determina qué productos son suficientemente similares en cuanto a su función, precio y atributos para ser considerados por los usuarios como sustitutos razonables de otro. Para llegar a esta determinación, se utiliza la metodología conocida como la prueba del monopolista hipotético, según la que se analiza el comportamiento del consumidor ante una variación pequeña y no transitoria de los precios relativos. En caso que los compradores puedan cambiar sus compras a otros productos o servicio en cantidad suficiente para hacer el incremento de precios no rentable, este producto será el mejor sustituto cercano y debe ser incluido en el mercado relevante.

Posteriormente, se continuaría agregando los mejores productos o servicios sustitutos al mercado relevante, concluyendo cuando el oferente de todos los productos o servicios incluidos en el mercado relevante puede imponer un aumento significativo y no transitorio en el precio debido a que los demandantes no tienen la opción de desplazar sus compras a otro producto o servicio sustituto.

La evidencia directa utilizada para definir las posibilidades de sustitución por parte de los consumidores, históricamente ha sido el cálculo de la elasticidad cruzada de la demanda y de la oferta, sin embargo siendo difícil la obtención de los datos requeridos para su cálculo, el análisis utiliza evidencia indirecta, evaluando factores tales como el comportamiento de los consumidores y de los oferentes, el uso final de un producto o servicio, la evolución de los precios reales, entre otros, que se consideren de importancia.

## 2. *El mercado relevante*

### A. *Concepto de mercado relevante*<sup>1</sup>

Caso: Procter & Gamble de Venezuela, S.C.A.  
Resolución: N° SPPLC/0057-2005      21-10-05  
**Definición del 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. (Lineamientos para la Evaluación de las Operaciones de Concentración Económica *Gaceta Oficial de la República* N° 36.819 del 1° de noviembre de 1999.)

Para aplicar este concepto se deben considerar las posibilidades de sustitución que tienen tanto los oferentes como los demandantes del mercado. En general mientras mayor sea la posibilidad de sustitución de que disponen los usuarios de los productos bajo análisis, más amplia debe ser la definición de mercado relevante en términos de los productos que incluye. También contribuye a una definición amplia del mercado, la factibilidad técnica de que una misma empresa pueda ofrecer productos alternativos a los usuarios. Finalmente, el hecho de que los usuarios tengan acceso a bienes ofrecidos en sitios distantes amplía el área geográfica del mercado relevante.

---

1. No ha habido, en este punto, variación sustancial en relación con la doctrina de la SPPLC dictada en el cuarto trimestre de 2005.

### 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. Dentro de este conjunto estarán incluidos aquellos productos o servicios a los cuales se desplazaría la demanda de los consumidores, si se produjera un incremento dado en el precio de cualquiera de ellos, mientras el de los demás permanece fijo, como aquellos otros que, como resultado de la reacción de otras empresas competidoras frente al aumento de precios, se convertirían en alternativas ciertas para el consumidor en el corto plazo.

### C. *Definición de mercado geográfico*

Caso: Proctle & Gamble de Venezuela, S.C.A.  
Resolución: N° SPPLC/0057-2005 21-10-05

#### **Definición del mercado geográfico**

A la determinación del mercado geográfico se llega a partir del área geográfica dentro de la cual operan las empresas participantes de la operación de concentración, y se amplía si efectivamente, al producirse un aumento en los precios de los productos, los consumidores pudiesen trasladar su consumo hacia la adquisición de productos provenientes de otras áreas geográficas. En caso de que ese desplazamiento en la demanda ocurriese, los productores localizados en las áreas geográficas de origen de los productos considerados como alternativa cierta por parte de los consumidores, entrarían a formar parte del mercado relevante a ser evaluado.

## II. PRÁCTICAS CONTRARIAS A LA LIBRE COMPETENCIA

### 1. *Concentraciones económicas*<sup>2</sup>

#### A. *Concepto de concentraciones económicas*

Caso: Proctle & Gamble de Venezuela, S.C.A.  
Resolución: N° SPPLC/0057-2005 21-10-05

#### **Concepto de operaciones de concentración económica**

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 N° 2 del Real Decreto N° 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). Se produce una concentración cuando dos o más empresas anteriormente independientes se fusionan, cuando una empresa adquiere el control de otra (adquisición de control) o cuando se crea una empresa en participación que ejerce de forma permanente todas las funciones de una entidad económica autónoma (empresa en participación con plenas funciones).

Caso: Proctle & Gamble de Venezuela, S.C.A.  
Resolución: N° SPPLC/0057-2005 21-10-05

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

---

2. Vid. DA/RDP N° 103, pp. 51 y ss. Caso: *Opinión emitida en la concentración CANTV-DIGITEL*.

Como es bien entendido, las *operaciones de concentración económica de conglomerado* se realizan entre agentes económicos que no compiten en el mismo mercado relevante. El efecto sobre el nivel de competencia que puede analizarse dentro de este tipo de operación consisten básicamente, en la importancia del portafolio de marcas que por efecto de la operación estarán en manos de una sola empresa, tomado en consideración que las empresas involucradas tienen altas participaciones de mercado en la mayoría de los productos que no se solapan.

Caso: Proctle & Gamble de Venezuela, S.C.A.

Resolución: N° SPPLC/0057-2005 21-10-05

**Análisis de los efectos restrictivos de las concentraciones económicas**

Puede decirse que ha sido doctrina pacífica y reiterada de esta Superintendencia, que los efectos restrictivos que puede generar una operación de concentración económica y a los que se hace referencia el artículo 11 de la Ley, están relacionados con que a consecuencia de la operación de concentración económica, se produzca una situación en la que los agentes económicos presentes en el mercado, actuando individualmente o en colusión, tengan la posibilidad de imponer condiciones en las relaciones de intercambio, por una parte y por la otra, la posibilidad, de la creación o aumento de las barreras a la entrada o salida del mercado, siendo que la competencia implica libertad de entrada y salida del mercado.

*B. Análisis de las operaciones de concentraciones económicas*

*a. Índice de concentración*

Caso: Proctle & Gamble de Venezuela, S.C.A.

Resolución: N° SPPLC/0057-2005 21-10-05

**Definición del grado de competencia**

El grado de concentración del mercado es un indicador que permite apreciar la estructura del mercado, y en la mayoría de los casos se estima en función de las participaciones de las empresas involucradas en él. Esto es así porque lo que pretende interpretar la participación de mercado, es la posibilidad de un agente de adaptarse rápidamente a variaciones en el mercado, aproximándose a su desempeño competitivo.

No puede decirse que un mercado es competitivo sólo porque el número de empresas que en él operan es elevado, pues pudiera darse el caso de que una sola empresa dominara un porcentaje elevado de esa actividad, resultando en un mercado poco competitivo. Por lo tanto, el grado de concentración trata de medir la posibilidad de que una o pocas empresas puedan ejercer poder de mercado y no el número de empresas que compiten en esa actividad.

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 es calculado como la sumatoria al cuadrado de las participaciones de las empresas que forman parte del mercado relevante, es decir, este índice se basa en el número total y en la distribución de los tamaños de las empresas de un sector.

*b. Condiciones de acceso al mercado*

Caso: Proctle & Gamble de Venezuela, S.C.A.

Resolución: N° SPPLC/0057-2005 21-10-05

**Acceso al mercado y la posibilidad de competencia potencial**

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 predominante 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 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: Proctle & Gamble de Venezuela, S.C.A.

Resolución: N° SPPLC/0057-2005 21-10-05

**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 que se reconozca la mutua independencia, sean menores los costos de negociación y más fácil de detectar desviaciones al acuerdo.

2. *Competencia desleal*

A. *Principios generales de la competencia desleal*

Caso: Digital vs. Telcel<sup>3</sup>

Resolución: N° SPPLC/0074-2005 28-12-05

**La ratio de la prohibición de la competencia desleal**

El artículo 17 de la Ley para Proteger y Promover el Ejercicio de la Libre Competencia busca 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. Es así como el artículo promueve la competencia en los mercados, generando beneficios sociales evidentes. Todo acto de competencia realizado en los supuestos arriba mencionados, afecta al interés público, y la transparencia del orden concurrencial que debe regir el mercado, y por ello el Estado, debe impedir que el desenvolvimiento y la actuación de los distintos agentes económicos participantes en el mercado sea falseado, pudiendo afectar los intereses de los competidores y de los consumidores.

Caso: Cartuchos Fast Track C.A.y otros

Resolución: N° SPPLC/0042-2005 4-08-05

**La necesaria condición de “competidor” del sujeto afectado por un acto de competencia desleal**

En este sentido, cabe señalar que el sujeto llamado “franquiciado” constituye un distribuidor de los productos del sujeto denominado “franquiciador”, por lo cual lejos de ser un competidor y estar dentro de una relación de franquicia, constituye un elemento del canal de distribución de los productos bajo una figura contractual distinta a la franquicia.

---

3. Vid. DA/RDP N° 103, pp. 56 y ss. Caso: *Casa de Subastas Odalys v. Raiza & Freddy Galería C.A*

En virtud a lo anterior, los hechos denunciados por la empresa CARTUCHOS FAST TRACK, en cuanto a la presunta lesión del artículo 17, numeral 3, de la Ley de Competencia, por parte de la empresa INVERSIONES TU RECARGA, C.A., no son subsumibles ni guardan relación con lo previsto en dicha norma.

Caso: Digital vs. Telcel

Resolución: N° SPPLC/0074-2005 28-12-05

**Condiciones de aplicación del artículo 17 de la LPPELC**

En este sentido, la ilegalidad que plantea dicho artículo se configura en el medio ilegítimo empleado para lograr un posicionamiento en el mercado, que acarrea efectos sobre la transparencia de los derechos transados entre los agentes económicos. La aplicación del dispositivo a las conductas del mercado y políticas comerciales que desarrollan las empresas requiere se satisfagan tres condiciones precisas, a saber:

- a) *Que el presunto infractor sea susceptible de desarrollar actividades económicas*, en los términos del artículo 4° de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.
- b) *Que la actividad sea esencialmente desleal*. Es necesario que la conducta del agente económico sea considerada contraria a los principios éticos que rigen el ordenamiento jurídico económico. Uno de esos principios es la estabilidad en el tráfico comercial, que depende de la preservación de las expectativas legítimas de los oferentes para obtener ganancias de sus inversiones productivas y de la preservación de las expectativas de los consumidores para adquirir productos y servicios deseados. La conducta desplegada por el agente económico constituye la medida de legitimidad de la competencia en el mercado, y por ello se exige que las expectativas legítimas de los actores para ingresar al tráfico comercial no sean lesionadas por fraude, dolo o violencia, ya que ello produciría una distorsión del comportamiento leal de los agentes económicos, pudiendo alterar de manera impredecible su actuación, alterando o desviando a los demás agentes económicos participantes.
- c) *Que la actividad denunciada cause o sea susceptible de causar daños en el mercado*. Según la modalidad o naturaleza de determinados actos es suficiente un efecto potencial. En caso de declararse la conducta como desleal, resulta indispensable determinar si la conducta llevada a cabo por un agente económico pudiera tener algún impacto en el mercado, al provocar un cambio en el comportamiento de los consumidores alterando la demanda y produciendo una merma de los derechos de los agentes económicos que concurren al mercado.

**B. El aprovechamiento del esfuerzo ajeno**

Caso: Digital vs. Telcel<sup>4</sup>

Resolución: N° SPPLC/0074-2005 28-12-05

**El aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno**

Como vemos, el aprovechamiento del esfuerzo ajeno va de la mano del aprovechamiento de los beneficios que se derivan de la reputación que se crea en torno a un agente económico, bien por su desempeño industrial, comercial o profesional o bien por el respeto que éste haya adquirido en un determinado mercado.

Ahora bien el artículo 17 señala que la ilegalidad se configura no sólo en el fin sino en el medio empleado para lograr ciertos beneficios, (a través de actos o conductas desleales que causen o pudiesen causar una situación de reducción de la dinámica de competencia), que acarrearán simultáneamente efectos sobre el espacio regulado por la legislación de competencia, es decir el mercado (*ver* Resolución N° SPPLC/0016-2003 de fecha 23 de julio de 2003).

---

4. *Vid.* DA/RDP N° 103, p. 57. Caso: *Casa de Subastas Odalys v. Raiza & Freddy Galería C.A*

(...)

Por otra parte, como ha señalado la doctrina, 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. Por tanto, se parte del supuesto de que un operador 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 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 o imitación de la iniciativa publicitaria, 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.

De forma consecuente con la finalidad de la norma, la simulación o imitación de la iniciativa publicitaria requiere, desde la perspectiva del que imita, que éste haya logrado un ahorro notable de costos. La apropiación inmediata de la prestación sin aportar el esfuerzo y los costos que supone su recreación, trae la destrucción de la posición ganada por otro en el mercado, sin que ello responda en lo más mínimo a la eficiencia de la propia actuación. El apoyo de la norma en los costes de creación y de imitación de la iniciativa publicitaria ofrece, en definitiva, un criterio claro para discernir la lealtad o la deslealtad de la práctica: sólo cuando la conducta del imitador depare una imposibilidad o grave dificultad del creador de amortizar sus costos podrá afirmarse la deslealtad de la práctica.