

# Doctrina Administrativa

## *Resoluciones de la Superintendencia para la promoción y protección de la libre competencia Año 2003\**

Recopilación y selección  
por José Ignacio Hernández G.  
*Profesor de la Universidad Monteávila,  
Universidad Católica Andrés Bello 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. *Acuerdos entre competidores.* A. Principios generales de los acuerdos entre competidores. B. Condiciones de procedencia de la prohibición de acuerdos entre competidores. 2. *Prácticas exclusionarias.* 3. *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. 4. *Concentraciones económicas.* A. Concepto de concentraciones económicas. B. Principios generales y efectos de las concentraciones económicas. a. Principios generales. b. Efectos. C. Análisis de las operaciones de concentraciones económicas. a. Índice de concentración. b. Condiciones de acceso al mercado. c. Efectos sobre el grado de competencia. d. Eficiencias. 5. *Competencia desleal.* A. Conceptos y efectos de la competencia desleal. B. Principios generales de la competencia desleal. C. Presupuestos de procedencia de la competencia desleal. D. Competencia desleal y publicidad. a. Concepto de publicidad. b. Condiciones de ilicitud de la publicidad. c. La publicidad engañosa y falsa. d. La publicidad encubierta. e. La publicidad comparativa. E. Simulación de productos. a. Concepto y características de la simulación de productos. b. Los actos de confusión. F. El aprovechamiento del esfuerzo ajeno.

---

\* 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.

## I. PRINCIPIOS GENERALES DE LA LIBRE COMPETENCIA

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

Caso: Aventis Pharma, S.A. vs. Sinergium S.A. y Representaciones Nolver C.A.

Resolución: n° SPPLC/0018-2003 11-08-03

#### **Ámbito de atribuciones de la SPPLC**

Así, es pertinente resaltar la manifiesta competencia de esta Superintendencia para conocer todos los casos en que estén involucrados agentes económicos participantes en un mercado, cuando de la interacción de éstos derive o pueda derivar un daño, restricción o limitación de la libre competencia.

Caso: Laboratorios Substantia, C.A. vs. Meyer Productos Terapéuticos, S.A.<sup>1</sup>

Resolución: n° SPPLC/0020-2003 08-09-03

#### **El objeto de la LPPLC**

Tal y como lo prevé el artículo 1° de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, la misma tiene por objeto promover y proteger el ejercicio de la libre competencia y la eficiencia en beneficio de los productores y consumidores y prohibir las conductas y prácticas monopólicas y oligopólicas y demás medios que puedan impedir, restringir, falsear o limitar el goce de la libertad económica. De modo que, la materia regulada por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia es aquella relacionada con las conductas monopólicas, oligopólicas y cualquier otra que tenga el potencial de impedir, falsear o limitar el ejercicio de la libre competencia, el cual, conlleva el goce de la libertad económica.

Este es, pues, el ámbito objetivo de aplicación de la ley y al mismo está sometida la actividad de la Superintendencia lo que quiere decir que sólo podrá emitir pronunciamiento en asuntos que estén relacionados con el ejercicio de la libertad económica dentro del marco de la libre competencia, con lo cual, las demás materias llamadas a regular el referido derecho constitucional serán ventiladas en el organismo que corresponda.

Caso: Laboratorios Substantia, C.A. vs. Meyer Productos Terapéuticos, S.A.

Resolución: n° SPPLC/0020-2003 08-09-03

#### **Restricciones de la competencia amparadas por la Ley**

En la cita transcrita el Tribunal de Competencia Español, nos expone que el cumplimiento o aplicación de una ley no puede ser considerado como el origen de actividades que devienen en prácticas anticompetitivas, ello en el sentido que, el acatar una norma de rango legal no es sancionable, claro está, siempre y cuando dicho cumplimiento no colida con lo previsto en la Carta Magna (en cuyo caso aplica el denominado 'control difuso de la constitucionalidad'), por el contrario, entiende esta Superintendencia que el proceder de los administrados y de la Administración están condicionados al cumplimiento del Principio de Legalidad, conforme al cual su actuar deberá ser, siempre, *secundum lege* y por ello en tanto acaten disposiciones de tipo legal no debería haber sanción administrativa.

---

1. En idéntico sentido, véase: Resolución n° SPPLC/0024-2003, Caso: Pharmacia Corporation Venezuela C.A. vs. Farma S.A. y Genéricos Venezolanos S.A. de 15-10-03.

Lo conveniente sería, en dado caso que la Ley genere distorsiones en la competencia, solicitar ante el órgano competente una revisión de la misma, sin que ello signifique, que mientras se encuentra con vida la norma se sancionará a aquél que la cumpla.

Caso: Pharmacia Corporation Venezuela C.A. vs. Farma S.A.  
y Genéricos Venezolanos S.A.

Resolución: nº SPPLC/0024-2003 15-10-03

**La potestad sancionadora de la SPPLC**

La Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre establece como uno de sus objetivos principales: "promover y proteger la libre competencia y la eficiencia en beneficio de los productores y consumidores y prohibir las conductas y prácticas monopólicas y oligopólicas y demás medios que puedan impedir, restringir, falsear o limitar el goce de la libertad económica" (artículo 1 de la Ley).

Teniendo presente el objetivo de este organismo y acorde a los principios comunes y generalizados del derecho administrativo sancionatorio, es evidente que el correspondiente ejercicio de las potestades arrojadas a la Superintendencia, supone, entre otros, la posibilidad de instruir procedimientos administrativos, así como de la imposición de correctivos u órdenes en caso de determinarse la incursión del agente en las prácticas anticompetitivas de que se trate.

Caso: Pharmacia Corporation Venezuela C.A. vs. Farma S.A.  
y Genéricos Venezolanos S.A.

Resolución: nº SPPLC/0024-2003 15-10-03

**La defensa del orden público económico**

Dicho dispositivo legal, permite sin duda alguna, derivar los plenos poderes con que cuenta la Superintendencia a los efectos de tutelar el orden público económico en el marco de un tipo *sui generis* y autónomo de derecho, como lo es aquel que sirve de marco a la materia de la libre competencia. Una vez identificadas las normas atributivas de competencia de este organismo, debe asimismo aclararse que en la Ley que administra esta Superintendencia no existe ninguna disposición de la cual se desprenda la necesaria preexistencia de declaratorias de nulidad emanadas del poder judicial para proceder al inicio y posterior análisis de conductas presuntamente anticompetitivas cuyo origen provenga de actos administrativos e incluso directamente de leyes nacionales.

Caso: Asociación Venezolana de Concesionarios Daewoo vs. Daewoo  
Motors de Venezuela y General Motors Corporation

Resolución: nº SPPLC/0028-2003 04-11-03

**Alcance territorial de la LPPLC**

Estima este Despacho, que de una lectura cuidadosa del artículo anteriormente referido se desprende sin duda que el criterio fundamental de aplicabilidad de la Ley de competencia a un agente económico determinado no responde a la ubicación física del mismo, pues si ese fuese el caso, el legislador lo habría previsto en tales términos.

Adicionalmente, resultaría absurdo concebir a un ente de carácter regulador que no contase con las competencias suficientes como para proteger el mercado venezolano de posibles conductas anticompetitivas derivadas de conductas desplegadas por agentes económicos, con independencia de si éstos se ubican o no en el territorio nacional.

Caso: Pro-Competencia vs. Cementos Caribe, C.A. y otros

Resolución: n° SPPLC/0033-2003 14-11-03

### **Concepto y funciones de la competencia**

Puede afirmarse, que el resultado básico de la competencia es la reducción del nivel de precios en el mercado, puesto que mientras menor 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.

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

## *2. El mercado relevante*

### *A. Concepto de mercado relevante<sup>2</sup>*

Caso: Bayer y S.C Johnson & Son de Venezuela

Resolución: n° SPPLC/007-2003 24-03-03

### **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) puede influir de manera rentable en el precio, la calidad, el servicio, la publicidad u otras condiciones de competencia.

A efectos prácticos, se consideran dos dimensiones del mercado relevante: el mercado producto y el mercado geográfico. Para determinar si un monopolista hipotético está en posición de ejercer poder de mercado, es necesario evaluar las probables respuestas de la demanda de los consumidores a un aumento de precios. Los consumidores podrían hacer improductivo un aumento de precios, cambiándose a otros productos o comprando el mismo bien producido por empresas en otras localidades. La naturaleza y magnitud de estos dos tipos de respuestas de demanda delimitan el objeto del mercado producto y del mercado geográfico respectivamente. Estas dos dimensiones no son independientes y ambas contribuyen a la determinación del mercado relevante.

---

2. La definición del mercado relevante, en sus dos dimensiones de mercado producto y mercado geográfico, ha sido reiterada en las Resoluciones de la SPPLC correspondientes al año 2003. Por tanto, los conceptos generales aquí expuestos han sido ratificados en las siguientes Resoluciones: n° SPPLC/008-2003, Caso: SKF Venezolana S.A. vs. Seal-Pack C.A., de 02-04-03; n° SPPLC/0016-2003, Caso: Aventis Pharma, S.A. vs. Farma S.A., Resolución de 23-07-03; n° SPPLC/0018-2003, Caso: Aventis Pharma, S.A. vs. Sinergium S.A. y Representaciones Nolver C.A., Resolución de 11-08-03; n° SPPLC/0024-2003, Caso: Pharmacia Corporation Venezuela C.A. vs. Farma S.A. y Genéricos Venezolanos S.A. de 15-10-03; N° SPPLC/0024-2003, Caso: Pharmacia Corporation Venezuela C.A. vs. Farma S.A. y Genéricos Venezolanos S.A., de 15/10/03; n° SPPLC/0025-2003, Caso: Grupo Polar vs. C.A. Cervecería Regional, de 24-10-03; n° SPPLC/0028-2003, Caso: Asociación Venezolana de Concesionarios Daewoo vs. n°: SPPLC/0033-2003, Caso: Pro-Competencia vs. Cementos Caribe, C.A. y otros, de 14-11-03.

### B. *Definición de mercado producto*

Caso: Bayer y S.C Johnson & Son de Venezuela

Resolución: n° SPPLC/007-2003 24-03-03

#### **Definición del mercado producto**

La determinación del mercado producto busca establecer cuál es el conjunto mínimo de bienes cuya oferta debería ser controlada por un monopolista hipotético para poder lograr un aumento de precios rentable y sostenido en el tiempo. Tal conjunto incluye aquellos bienes entre los cuales se desplazaría la demanda de los consumidores si se produjera un incremento dado en el precio de cualesquiera de ellos, mientras el de los demás permanece fijo. Asimismo, dicho conjunto abarca aquellos otros bienes que, como resultado de la reacción de otras empresas se convertirían en alternativas ciertas para el consumidor en el corto plazo, como resultado de la entrada de dichas empresas como productores u oferentes de los bienes objeto de la operación de concentración o de los bienes sustitutos de aquellos. Estos dos grupos de productos se determinan a través de los análisis denominados sustituibilidad por el lado de la demanda y sustituibilidad por el lado de la oferta.

### C. *Definición de mercado geográfico*

Caso: Bayer y S.C Johnson & Son de Venezuela

Resolución: n° SPPLC/007-2003 24-03-03

#### **Concepto de 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.

A la determinación de mercado geográfico se llega a partir del área geográfica dentro del cual se vende el producto relevante. Esta área se amplía si efectivamente al producirse un aumento de precios de los productos definidos involucrados en la operación de concentración económica, algunos de los clientes pudieran trasladar su consumo hacia la adquisición de bienes provenientes de otras áreas geográficas. En caso de ocurrir dicho desplazamiento a los mencionados bienes, los productores de estos pasan a ser considerados como alternativas ciertas por parte de los consumidores y pasarían a formar parte del mercado relevante a ser considerado en el análisis de esta Superintendencia.

## **II. PRÁCTICAS CONTRARIAS A LA LIBRE COMPETENCIA**

### 1. *Acuerdos entre competidores*

#### A. *Principios generales de los acuerdos entre competidores*

Caso: Pro-Competencia vs. Cementos Caribe, C.A. y otros

Resolución: n° SPPLC/0033-2003 14-11-03

#### **La ratio de la prohibición de acuerdos sobre el precio y otras condiciones de comercialización**

Tradicionalmente, un acuerdo o práctica concertada entre competidores para fijar precios u otras condiciones de comercialización, sea cual sea su manifestación externa, es considerado como una acción absolutamente restrictiva de la libre competencia, pues 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 poder obtener rentas o privilegios monopólicos que estas empresas o participantes no obtendrían si éstas actuaran en forma individual e independiente. Luego, 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.

Cuando los competidores se ponen de acuerdo o conciertan en todas o algunas de las variables de competencia, es de presumir que la intención es la de obtener rentas extraordinarias de sus clientes o consumidores, lo cual tiene por efecto disminuir el conjunto posible de alternativas de elección. La competencia genera una lucha por ofrecer los mejores precios o condiciones de comercialización posibles a clientes y consumidores. Si los participantes coliden, los clientes o consumidores no tendrán posibilidad de elección, debiéndose conformar con las nuevas y disminuidas condiciones ofrecidas por sus proveedores colusionados. La doctrina presume que los participantes colusionados buscan obtener rentas que no hubieran sido posibles de no mediar un acuerdo entre los mismos, y tal presunción tiene un carácter incontestable, una vez verificada la existencia del acuerdo (Texto extraído de la Resolución n° SPPLC/0027-2002 de fecha 30 de agosto de 2002).

(...)

En este sentido, el ordinal 1° del artículo 10 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, está referido al precio y las condiciones de comercialización como variables económicas empleadas para suprimir la rivalidad entre los competidores, sean éstas fijadas directa o indirectamente.

(...)

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.

Dicho lo anterior, se considera que es bastante posible que existan empresas que acuerden no competir en una o pocas de las variables, pero permanezcan compitiendo en otro conjunto de variables, tales como las promociones, descuentos, calidad, servicio, extras, publicidad, etc., lo cual no significa, de ninguna forma, que no exista acuerdo ilegal entre los competidores ni que no se haya generado un daño al mercado (Craig Conrath, *ibid*).

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

Caso: Pro-Competencia vs. Cementos Caribe, C.A. y otros

Resolución: n° SPPLC/0033-2003 14-11-03

#### **Condiciones de procedencia de la prohibición de acuerdos entre competidores**

La doctrina reiterada de esta Superintendencia ha estimado 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 saber: 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 (Ver SPPLC/010-99 de fecha 19 de marzo de 1999, caso Pro-Competencia vs. Bigott y CATANA y SPPLC/001/2000 de fecha 10 de enero de 2000, caso Alpes C.A. vs. Royal C.A.; entre otros).

Caso: Pro-Competencia vs. Cementos Caribe, C.A. y otros  
Resolución: n° SPPLC/0033-2003 14-11-03  
**Condiciones de tipicidad de la práctica prohibida en el artículo 10.1 de la LPPLC**

Concretado lo anterior, se pasa a examinar la última de las condiciones de tipicidad requeridas para que se configure la práctica prohibida en el citado ordinal 1° del artículo 10, según la cual se requiere determinar si la conducta investigada es producto del concierto de voluntades que produzca una acción conjunta, consistente en un acuerdo o pacto de caballeros entre oferentes del cual surgen efectos en el mercado, y que en dado caso el mismo no obedece a razones exógenas propias del comportamiento del mercado relevante.

## 2. *Prácticas exclusionarias*

Caso: Asociación Venezolana de Concesionarios Daewoo vs. Daewoo Motors de Venezuela y General Motors Corporation  
Resolución: n° SPPLC/0028-2003 04-11-03  
**Condiciones de ilicitud de las prácticas exclusionarias**

Para su verificación, el derecho “antimonopolio” señala que es necesario probar la capacidad de la empresa presuntamente infractora para afectar actual o potencialmente el mercado, y que la condición objetiva de que la conducta dificulte la permanencia de agentes económicos en el mercado o impida la entrada de nuevos agentes económicos Sin Que Medien Razones Económicas Que Justifiquen la exclusión.

## 3. *El abuso de la posición de dominio*

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

Caso: Asociación Venezolana de Concesionarios Daewoo vs. Daewoo Motors de Venezuela y General Motors Corporation  
Resolución: n° SPPLC/0028-2003 04-11-03  
**Concepto de posición de dominio**

En cuanto a la posición de dominio esta 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. Esta facultad asegura, a la empresa en posición de dominio, la existencia de una independencia global de comportamiento, lo que en definitiva le permite anticipar y determinar los comportamientos y decisiones económicas de las otras empresas que participan en el mercado. (Resolución SPPLC003-01).

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

Caso: Asociación Venezolana de Concesionarios Daewoo vs. Daewoo Motors de Venezuela y General Motors Corporation  
Resolución: n° SPPLC/0028-2003 04-11-03

**Condiciones de procedencia de la práctica prohibida en el artículo 13.4 de la LPPLC**

En relación al artículo 13 numeral 4, es doctrina administrativa reiterada de esta Superintendencia que para la verificación del mismo se deben dar una serie de condiciones que deben producirse en forma concurrente para poder invocar la aplicación de la Ley; que existe posición de dominio, que existen practicas discriminatorias y que no existe justificación económica para la discriminación. En la presente supuesta practica, el mercado relevante presuntamente afectado es el de ventas de automóviles al mayor, más específicamente es necesario demostrar si Daewoo Motors Venezuela ostentó una posición de dominio sobre los diferentes miembros de la RED de concesionarios Daewoo.

La doctrina reiterada de Procompetencia apunta a castigar el abuso de posición de dominio, y no el goce de esta por parte de una empresa, es decir se castiga la conducta y no la estructura.

4. *Concentraciones económicas*

A. *Concepto de concentraciones económicas*

Caso: Bayer y S.C Johnson & Son de Venezuela  
Resolución: n° SPPLC/007-2003 24-03-03

**Concepto de concentraciones económicas**

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).

B. *Principios generales y efectos de las concentraciones económicas*

a. *Principios generales*

Caso: Bayer y S.C Johnson & Son de Venezuela  
Resolución: n° SPPLC/007-2003 24-03-03

**Cláusulas de no competir y concentraciones económicas**

En la mayoría de las concentraciones económicas, se puede observar la presencia de cláusulas de no competencia o compromisos de no competir que consisten en un acuerdo de carácter secundario frente a la operación de concentración económica de carácter principal, en el cual el vendedor se compromete, como su nombre lo indica, a no competir ni participar en el mercado de la empresa objeto de la negociación, por un período determinado.

Dichas cláusulas de no competencia están orientadas a garantizar al agente económico que compra o adquiere un derecho, la inversión que realiza; de manera que reciba la totalidad del valor de los activos adquiridos. En este sentido, para asegurarse toda una serie de activos se establece una cláusula de no competencia, que funciona como una protección que limita la



concurrencia en el mercado, del agente económico que vende o cede los activos; así el adquirente puede apropiarse del valor de los activos adquiridos o los conocimientos técnicos transferidos, y de esta manera desempeñarse de forma más exitosa en dicho mercado.

Ahora bien, estos compromisos de no competir, pueden afectar significativamente el mercado, ya que constituyen una limitación a la libertad económica de un agente económico, y al mismo tiempo contrarrestan la competencia al extraer del mercado a un competidor. En líneas generales, este tipo de cláusulas imponen la obligación de no competir respecto a ciertos territorios, determinados clientes o respecto a la producción de bienes o prestación de servicios, entre otros, y a consecuencia de esto se crean determinadas zonas, clientelas o mercados vedados.

Ahora bien, este acuerdo de no competir, debe ser estudiado dentro del contexto donde se encuentren. Así, sus efectos serán determinados dentro de la operación misma, es decir su análisis se encuentra relacionado con los efectos que sobre la competencia tenga la operación de concentración económica.

Ha sido doctrina pacífica y reiterada de esta Superintendencia que una cláusula de no competir sólo estará justificada si la duración, contenido y ámbito geográfico de aplicación de la misma se limita a lo suficiente para que el comprador reciba todos los beneficios asociados a la compra; si por el contrario se excediere en su ámbito geográfico, contenido o duración se determinaría que la cláusula es restrictiva de la competencia (Resoluciones n° SPPLC/0008-96 Caso Suavizantes Favor y Johnson, n° SPPLC/0015-96 Caso Cativen II, n° SPPLC/0016-96 Fusión Nabisco Tejerías).

Caso: Bayer y S.C Johnson & Son de Venezuela

Resolución: n° SPPLC/007-2003 24-03-03

#### **El objeto de la LPPLC y las concentraciones económicas**

El objeto de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, es la promoción y protección de la libre competencia y la eficiencia en favor de los distintos agentes económicos. Por esta razón las operaciones de concentración económica, que tengan efectos restrictivos sobre la competencia o que produzcan una posición de dominio en el mercado, se encuentran prohibidas por el artículo 11 de la dicha Ley.

#### *b. Efectos*

Caso: Asociación Venezolana de Concesionarios Daewoo vs. Daewoo Motors de Venezuela y General Motors Corporation

Resolución: n° SPPLC/0028-2003 04-11-03

#### **Efectos de las concentraciones económicas entre competidores**

Una operación de concentración entre agentes económicos que se dedican a una misma actividad implica la desaparición de uno a más competidores independientes del mercado, lo que podría implicar una reducción del grado de competencia efectiva dependiendo del número e importancia relativa de las empresas que queden en el mercado.

Caso: Bayer y S.C Johnson & Son de Venezuela

Resolución: n° SPPLC/007-2003 24-03-03

#### **Efectos de las concentraciones económicas sobre la libre competencia**

En términos generales, 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.

C. *Análisis de las operaciones de concentraciones económicas*

a. *Índice de concentración*

Caso: Bayer y S.C Johnson & Son de Venezuela<sup>3</sup>

Resolución: n° SPPLC/007-2003 24-03-03

**Índice de concentración en el mercado relevante**

El análisis de estructura de los mercados comienza por la determinación del índice de concentración, el cual refleja el número y tamaño relativo de los participantes en un mercado; como indicadores preliminares de la dinámica que pueda desarrollarse dentro del mismo. Este indicador es relevante para establecer en qué medida un mercado o actividad económica está dominado por un grupo pequeño de empresas, tomando en consideración tanto el número de empresas que participan en esa actividad como su tamaño relativo.

El índice de concentración y la variación que el mismo pueda registrar como producto de la operación de concentración debe ser considerado como un elemento muy preliminar, pues el papel de la competencia potencial será el elemento que en definitiva permita caracterizar la estructura de los mercados relevantes estudiados.

El grado de concentración se define como el grado en que una actividad económica está dominada por un grupo pequeño de empresas. 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 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 cada una de las empresas que participan en cada uno de los mercados relevantes identificados.

---

3. En similar sentido, véase: Resolución: n° SPPLC/0028-2003, Caso: Asociación Venezolana de Concesionarios Daewoo vs. Daewoo Motors de Venezuela y General Motors Corporation de 04-11-03.

b. *Condiciones de acceso al mercado*

Caso: Bayer y S.C Johnson & Son de Venezuela

Resolución: n° SPPLC/007-2003 24-03-03

**El acceso al mercado dentro de la metodología para evaluar concentraciones económicas**

Para poder determinar si la operación de concentración genera o refuerza una posición de dominio en los mercados relevantes, 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 el mercado tal y como se mencionó en el análisis de sustituibilidad desde el punto de vista de la oferta.

c. *Efectos sobre el grado de competencia*

Caso: Bayer y S.C Johnson & Son de Venezuela

Resolución: n° SPPLC/007-2003 24-03-03

**Efectos de las concentraciones económicas sobre el grado de competencia en el mercado**

La reducción en el número de agentes independientes presentes en un mercado se 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 las desviaciones al acuerdo.

d. *Eficiencias*

Caso: Bayer y S.C Johnson & Son de Venezuela

Resolución: n° SPPLC/007-2003 24-03-03

**Las eficiencias derivadas de operaciones de concentraciones económicas**

Cuando una operación de concentración genera efectos negativos sobre la competencia deberá estudiarse si simultáneamente puede generar cambios en las técnicas de producción, distribución o comercialización de las empresas que den lugar a algún tipo de eficiencias. Estos efectos, en general, son beneficiosos para la sociedad, de manera que, aún cuando una fusión genere efectos restrictivos, es necesario tomarlas en consideración.

Las eficiencias que puede generar una operación de concentración pueden ser de diferentes tipos, tales como economías de escala, mejor integración de las instalaciones productivas, especialización de las plantas, menores costos de transporte, y eficiencias similares relacionadas con las operaciones de producción, servicio o distribución de las firmas concentradas. La Superintendencia también deberá considerar eficiencias alcanzadas mediante la reducción de gastos generales de ventas, administración y gerencia, u otros no relacionados a las operaciones de manufactura, servicio o distribución.

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, sin embargo, 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 la sociedad.

## 5. Competencia desleal

### A. Conceptos y efectos de la competencia desleal

Caso: Grupo Polar vs. C.A. Cervecería Regional

Resolución: n° SPPLC/0025-2003 24-10-03

#### **Concepto de competencia desleal**

Esta Superintendencia ha interpretado el artículo transcrito en reiteradas decisiones, como la prohibición de aquellos actos o conductas comerciales en la medida que estos tiendan a la eliminación de competidores a través de la competencia desleal. Y se ha señalado, que si bien, los agentes económicos tienen libertad de competir, la misma está supeditada a los límites establecidos en las leyes, para el caso que nos ocupa, las leyes que regulan la defensa de la competencia (cursivas nuestras, ver Resoluciones n° SPPLC/007-2001 y SPPLC/008-2001 del 7 de febrero y 19 de febrero de 2001, respectivamente).

Caso: Grupo Polar vs. C.A. Cervecería Regional

Resolución: n° SPPLC/0025-2003 24-10-03

#### **Efectos de la competencia desleal**

Resulta necesario determinar, entonces, si la conducta desplegada por un agente económico es susceptible de excluir (*o desviar en su provecho la clientela aunque esto no se produzca efectivamente*), de otros competidores del mercado en forma ilegítima, es decir, mediante medios y formas capaces de alterar la certeza social presente entre los distintos participantes del mercado (cursivas y paréntesis nuestros) (SPOLANSKY, Norberto Eduardo: *El delito de Competencia desleal y el mercado competitivo. Ad-Hoc* Buenos Aires, Argentina, p. 18 y 19).

En este sentido, todo acto de competencia realizado en los supuestos antes señalados, 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 sean falseados, pudiendo ser afectados los intereses de los competidores y/o de los consumidores (cursivas nuestras, ver Resolución n° SPPLC/0020-2002 de fecha 25 de julio de 2002).

De esta forma, en el momento en que cualquiera de estas restricciones afecta la competencia, es necesario regular su realización en función de proteger el interés público implícito en el funcionamiento del mercado en condiciones de competencia.

### B. Principios generales de la competencia desleal

Caso: SKF Venezolana S.A. vs. Seal-Pack C.A.

Resolución: n° SPPLC/008-2003 02-04-03

#### **Competencia desleal y libertad económica**

En términos generales, el artículo anterior establece una prohibición para aquellos agentes económicos que con sus conductas desleales causen una situación que reduzca o merme la dinámica de competencia en el mercado. Así, el principio de libertad económica presenta restricciones tales como la prohibición existente con respecto a la competencia desleal contemplada en la legislación que administra ésta Superintendencia, toda vez que la misma implica un ejercicio excesivo y desproporcionado de la libertad de competir.

Caso: SKF Venezolana S.A. vs. Seal-Pack C.A.

Resolución: n° SPPLC/008-2003 02-04-03

**La ratio de la regulación de la competencia desleal**

Ahora bien, puede observarse claramente que la finalidad principal de tal dispositivo legal no es otra que la promoción de la competencia en los mercados y la subsiguiente generación de beneficios sociales considerables. Todo acto de competencia realizado en los supuestos supra 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. Así, la regulación de la competencia desleal en el mercado persigue eliminar fuentes de distorsión a los derechos de propiedad, dirigida a todos aquellos que realicen actividades comerciales, que puedan menoscabar la certeza social referida a la seguridad de las actuaciones de los operadores en un determinado mercado.

Por ello es indispensable determinar si la conducta desplegada por un agente económico es susceptible de eliminar a otros competidores (productos y/o servicios) del mercado en forma ilegítima, es decir, mediante medios y formas capaces de alterar la confianza existente entre los distintos participantes del mercado. De esta manera, en el instante en que cualquiera de estas restricciones afecta la competencia, es necesario regular su actuación en función de proteger el interés público implícito en el funcionamiento del mercado en condiciones de competencia.

Caso: Aventis Pharma, S.A. vs. Farma S.A.<sup>4</sup>

Resolución: n° SPPLC/0016-2003 23-07-03

**La ratio de la competencia desleal**

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.

En tal sentido, todo acto de competencia realizado en el marco de los supuestos antes señalados, 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 sean falseados, pudiendo afectar los intereses de los competidores y/o de los consumidores.

---

4. En idéntico sentido, véase: Resolución n° SPPLC/0018-2003, Caso: Aventis Pharma, S.A. vs. Sinergium S.A. y Representaciones Nolver C.A. de 11-08-03 y la Resolución n° SPPLC/0024-2003, Caso: Pharmacia Corporation Venezuela C.A. vs. Farma S.A. y Genéricos Venezolanos S.A. de 15-10-03 y Resolución: n° SPPLC/0025-2003, Caso: Grupo Polar vs. C.A. Cervecería Regional, de 24-10-03.

Caso: Grupo Polar vs. C.A. Cervecería Regional

Resolución: n° SPPLC/0025-2003 24-10-03

### **La ratio de la regulación de la competencia desleal**

En tal sentido, los agentes económicos no sólo tienen el derecho a competir, sino que están obligados a hacerlo. Pero esta obligación, no puede ser realizada de cualquier modo, ya que no todo método será válido en el juego de competir. Para ello, se crea una disciplina en la cual se analizan los medios empleados para tal fin, así se encuentra que los agentes económicos pudiesen emplear medios o realizar conductas que constituirían o pudiesen constituir conductas inaceptables por razones éticas o convencionales, esa disciplina es la competencia desleal.

En razón de lo expuesto, el artículo in comento prevé 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).

Caso: Aventis Pharma, S.A. vs. Farma S.A.<sup>5</sup>

Resolución: n° SPPLC/0016-2003 23-07-03

### **Bien jurídico tutelado por la regulación sobre competencia desleal**

Como se ha dejado sentado en reiteradas oportunidades, el bien jurídico tutelado por la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, con relación a la competencia desleal está vinculado a la protección conjunta de varios intereses que no pueden considerarse como excluyentes: el de los particulares o empresarios, el de los consumidores y un interés adicional, que no es otro que el bienestar social en el marco del “orden público económico”.

Por ende, la normativa de libre competencia tiene la función de garantizar al lado de los derechos de los competidores, el derecho de los consumidores y el interés del Estado en la conservación de un orden concurrencial no falseado, orden éste que no es compatible con una disciplina únicamente protectora de derechos subjetivos. El objetivo perseguido por el competidor es asegurar su posición en el mercado, lo cual debe realizarse dentro de términos de respeto a la libre competencia. En concordancia con esto, el consumidor aspira que no sea agotada ni desvirtuada su capacidad de elección de un producto.

Caso: Aventis Pharma, S.A. vs. Farma S.A.<sup>6</sup>

Resolución: n° SPPLC/0016-2003 23-07-03

### **Concepto de política comercial**

En el contexto de la disposición señalada (artículo 17) debe aclararse lo que el legislador quiso decir con *políticas comerciales*, la cual se configura cuando se produce una conducta duradera o al menos una reiteración de actos, no bastando para ello actos más o menos

---

5. En idéntico sentido, véase: Resolución n° SPPLC/0018-2003, Caso: Aventis Pharma, S.A. vs. Sinergium S.A. y Representaciones Nolver C.A. de 11-08-03 y la Resolución n° SPPLC/0024-2003, Caso: Pharmacia Corporation Venezuela C.A. vs. Farma S.A. y Genéricos Venezolanos S.A. de 15-10-03.

6. En idéntico sentido, véase: Resolución n° SPPLC/0018-2003, Caso: Aventis Pharma, S.A. vs. Sinergium S.A. y Representaciones Nolver C.A. de 11-08-03 y la Resolución n° SPPLC/0024-2003, Caso: Pharmacia Corporation Venezuela C.A. vs. Farma S.A. y Genéricos Venezolanos S.A. de 15-10-03.

aislados, relativos a las actividades desarrolladas dentro del mercado. En virtud de esto, la Ley prohíbe el conjunto de actos reiterados que se realicen en ejercicio de una actividad comercial o industrial que tiendan a la eliminación de agentes dentro de un mercado.

En este sentido, el artículo parcialmente transcrito *supra*, prohíbe aquellos actos o conductas comerciales en la medida que tiendan a la eliminación de competidores a través de la competencia desleal, e igualmente sanciona a aquellos agentes económicos que, desarrollando actos o conductas desleales, causen una situación de reducción de la dinámica de competencia.

### C. Presupuestos de procedencia de la competencia desleal

Caso: SKF Venezolana S.A. vs. Seal-Pack C.A.

Resolución: n° SPPLC/008-2003 02-04-03

#### Componentes del artículo 17 de la LPPLC

En ese sentido, cabe señalar que el artículo 17° de la Ley tiene como norte prevenir conductas que, de manera desleal, reducen la competencia en el mercado, en diversas oportunidades, tales como la Resolución n° SPPLC/006-98 de fecha 27 de enero de 1998 (caso Stahl-Polilac) esta Superintendencia ha establecido que el artículo 17 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia se estructura en dos componentes fundamentales. En primer lugar, encontramos un supuesto general y de seguidas los ordinales enumeran algunas de las situaciones que se entienden como conductas comerciales desleales, las cuales están ubicadas como tanto en el campo de las políticas comerciales y políticas de divulgación, como en la utilización de los derechos de propiedad (intelectual y/o industrial).

Específicamente, el artículo 17 *eiusdem* enumera también algunas conductas prohibidas, considerándolas como supuestos relativos. En primer término se encuentra la publicidad, que se compone en publicidad engañosa y publicidad falsa. En segundo término, se encuentra la promoción de productos en base a declaraciones falsas y, en último lugar se presentan tres situaciones completamente distintas: el soborno comerciales, la violación de secretos industriales y la simulación de productos.

Caso: Aventis Pharma, S.A. vs. Farma S.A.<sup>7</sup>

Resolución: n° SPPLC/0016-2003 23-07-03

#### Estructura del artículo 17 de la LPPLC

El artículo arriba parcialmente transcrito, se estructura en dos partes: una cláusula general y de seguidas una enumeración enunciativa de supuestos de conductas prohibitivas. Esta forma de estructura es usual en las legislaciones en materia de competencia desleal, pues la experiencia pone de manifiesto que ese planteamiento es el más eficaz. Por una parte típica los principales supuestos de competencia desleal que aparecen en la práctica; y por otra, 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.

---

7. En idéntico sentido, véase: Resolución n° SPPLC/0018-2003, Caso: Aventis Pharma, S.A. vs. Sinergium S.A. y Representaciones Nolver C.A. de 11-08-03 y la Resolución n° SPPLC/0024-2003, Caso: Pharmacia Corporation Venezuela C.A. vs. Farma S.A. y Genéricos Venezolanos S.A. de 15-10-03.

D. *Competencia desleal y publicidad*

a. *Concepto de publicidad*

Caso: SKF Venezolana S.A. vs. Seal-Pack C.A.

Resolución: n° SPPLC/008-2003 02-04-03

**Concepto de publicidad**

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 señalamos el hecho de que el papel crucial de la publicidad es el de informar a los consumidores respecto de las características de un bien en particular.

En el entendido de que la publicidad puede ser tomada como toda forma de comunicación, realizada por una persona natural o jurídica privada, en el ejercicio de una actividad industrial, artesanal o profesional con el fin de promover, de forma directa o indirecta, la contratación de bienes y servicios, el principal objetivo de la misma es el de persuadir a los destinatarios del mensaje, para que inclinen su escogencia hacia determinado producto. Ello supone que el contenido de la publicidad sea veraz, comprobable y en general, que se ajuste a los usos y principios éticos ordinarios en el comercio. De lo contrario, dicha publicidad tendrá el carácter de actividad desleal si se demuestra su capacidad de daño en el mercado, según el orden jurídico venezolano, específicamente la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

Caso: Grupo Polar vs. C.A. Cervecería Regional

Resolución: n° SPPLC/0025-2003 24-10-03

**Concepto y funciones de la publicidad**

Antes de definir cada una de estos conceptos, esta Superintendencia considera pertinente puntualizar, qué se entiende por publicidad, a aquella actividad comunicativa, de carácter interesado y de finalidad comercial y económica. Es una comunicación de tipo persuasivo, en la que la finalidad comercial –la venta de un producto o el alquiler de un servicio- se antepone a la simple pretensión de ofrecer un mensaje (...)

Como es de conocimiento general, la importancia de la publicidad es de data reciente, ya que la vieja concepción consideraba ilícita cualquier acción de atracción de clientes, sin embargo hoy, su relevancia no es discutible. Muy, por el contrario, la publicidad constituye un instrumento indispensable, una actividad lícita y permisible, dirigida a provocar actos de cambio o aumentar la probabilidad de que se produzcan, superando incluso la eventual dificultad de una inexistencia de hábitos de compra de producto o del servicio promovido (...).

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 respecto de 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. Ello supone, entonces, que el contenido de la publicidad sea veraz, comprobable y en general, que se ajuste a los usos y principios éticos ordinarios en el comercio.



De lo contrario, dicha publicidad tendrá el carácter de actividad desleal si se demuestra, entre otros elementos, su capacidad o potencialidad de daño en el mercado, según el ordenamiento jurídico venezolano, específicamente en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

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. Sin embargo, la publicidad de bienes o servicios puede encubrirse bajo diversas formas, tales como noticias, opiniones, material recreativo, etc., y ocultar así su verdadero carácter publicitario.

b. *Condiciones de ilicitud de la publicidad*

Caso: SKF Venezolana S.A. vs. Seal-Pack C.A.<sup>8</sup>

Resolución: n° SPPLC/008-2003 02-04-03

**Condiciones de licitud de la publicidad**

La doctrina más calificada ha entendido que para que una publicidad sea considerada lícita, es necesario que contenga la información lo suficientemente clara y precisa, que transmita al consumidor justamente la idea que se quiso dar a conocer, evitando vagas o erróneas interpretaciones de la misma. En este sentido, el omitir una información considerada relevante para la transmisión del mensaje, puede producir engaño o confusión entre los receptores del mensaje, pues supone la transmisión de información insuficiente, y por tanto inexacta, que lleva al consumidor a actuar en un sentido diferente y manipulado al curso de acción que hubiere seguido si dicha información hubiese sido proporcionada adecuadamente. En ello es crucial, desde luego, que la información faltante sea determinante en la forma incluida en que el consumidor tiende a actuar, por elaborarse en su mente una percepción falsa de la realidad, a consecuencia de dicha información faltante.

c. *La publicidad engañosa y falsa*

Caso: SKF Venezolana S.A. vs. Seal-Pack C.A.

Resolución: n° SPPLC/008-2003 02-04-03

**Concepto de publicidad engañosa y falsa**

Cabe destacar que los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hicieren alegaciones falsas o manifestaran características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan perjudicar notoriamente a los consumidores o a los demás concurrentes en el mercado. En tal sentido, el artículo 2° de la Ley General de Publicidad Española estima la publicidad engañosa como aquella “que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar a un competidor...”. Y añade ese mismo artículo que la publicidad será “engañosa” cuando silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error a los destinatarios.

---

8. En sentido similar, véase: Resolución: n° SPPLC/0025-2003, Caso: Grupo Polar vs. C.A. Cervecería Regional, de 24-10-03.

Por consiguiente la publicidad engañosa se fundamenta en un actuar destacándose la intención del infractor de perturbar la transparencia de la información que reciben los consumidores con el fin único de confundirlos y perjudicar la posición de la empresa competidora. Una de las finalidades de la publicidad engañosa es la inducción al error, dicha la cual puede ser, por tanto, escrita, oral y también por imágenes o sonidos

Por su parte, la publicidad falsa está relacionada con la veracidad contenida en el anuncio. La prohibición de efectuar publicidad falsa contenida en el ordinal 1° del artículo 17 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, supone por tanto que la información manejada no sea veraz, ni sincera; vale decir, que produzca una falsa representación de los hechos, no de opiniones. Por lo tanto, tratándose de hechos, es necesario que la información esté respaldada en fuentes ciertas, y en la comprobación objetiva de tales hechos.

Caso: Grupo Polar vs. C.A. Cervecería Regional

Resolución: n° SPPLC/0025-2003 24-10-03

**Concepto de publicidad engañosa**

En el numeral 1 del artículo 17 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia se establece la publicidad engañosa y la publicidad falsa como prácticas restrictivas de la libre competencia. La primera, la publicidad engañosa, se entiende como cualquier forma que induzca o pueda inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar el mercado, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor. Asimismo, es engañosa la publicidad que oculte, encubra datos fundamentales sobre las propiedades o características de los bienes, actividades, servicios y productos, bien sea de la misma empresa o de un agente competidor, cuando dicha omisión induzca a error y ocasione un perjuicio o sea capaz de perjudicar a uno o varios competidores.

Por consiguiente, la publicidad engañosa se dará cuando un agente económico actuando de una forma no transparente, publicita un producto y/o un servicio presentado por la misma empresa o una competidora, utilizando elementos no objetivos no verificables o comprobables. Es decir, a través de la comunicación masiva transmite o difunde con intención o sin ella a los consumidores, usuarios y/o competidores información capaz de perturbar la transparencia del mercado a fin de confundirlos y/o perjudicar la posición de la empresa competidora.

Caso: Grupo Polar vs. C.A. Cervecería Regional

Resolución: n° SPPLC/0025-2003 24-10-03

**Concepto de publicidad falsa**

Otra de las prácticas señaladas en el numeral 1 del artículo 17 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, es la llamada publicidad falsa, la cual es aquella que de cualquier forma divulgue o comunique de manera incierta las características o propiedades de productos, bienes, actividades o servicios que ocasionen un perjuicio o que sean capaces de perjudicar a los competidores o al mercado.

En otras palabras, está relacionada con la veracidad contenida en el anuncio, mensaje, etc. La prohibición de efectuar publicidad falsa supone que la información manejada no sea veraz, vale decir, que produzca una inexacta representación de los hechos, no de opiniones (ver Resolución n° SPPLC/028-2000 del 28 de junio de 2000). Por lo tanto, tratándose de hechos, es necesario que la información esté respaldada en fuentes ciertas y en la comprobación objetiva de tales hechos.

d. *La publicidad encubierta*

Caso: Grupo Polar vs. C.A. Cervecería Regional

Resolución: n° SPPLC/0025-2003 24-10-03

**Concepto de publicidad encubierta**

Uno de los elementos relevantes que habrá que identificar, en cualquier medio masivo, es la persuasión, esto es, el consumidor al apreciar el mensaje y/o anuncio deberá reconocer la intención del anunciante a fin de identificar si el mismo es o no-publicidad, ya que si es publicidad el consumidor tomará dichas afirmaciones con reparos.

En consecuencia, resulta necesario establecer los criterios para identificar aquellos casos en que la apariencia de la información publicitaria difundida por el medio de comunicación puede inducir a los consumidores a creer que se trata de una nota periodística, entrevista o reportaje de carácter imparcial, capaz de influir en su percepción y alterar así el efecto persuasivo del medio utilizado.

A tal efecto, se debe recordar que, en la publicidad encubierta, la percepción del mensaje y/o anuncio que hace el consumidor es diferente de aquella que se produciría si la información contenida en él hubiese sido presentada de manera tal que el consumidor pudiera advertir claramente su verdadera naturaleza persuasiva.

e. *La publicidad comparativa*

Resolución: n° SPPLC/0025-2003 24-10-03

**Concepto y condiciones de licitud de la publicidad comparativa**

La legalidad de las comparaciones publicitarias ha sido materia de discusión durante mucho tiempo en la doctrina, legislación y jurisprudencia comparada. En el pasado se consideró que las comparaciones entre productos, servicios y/o empresas eran contrarias a los usos comerciales y, por ende, que constituían un acto de competencia desleal. Hoy en día, las comparaciones publicitarias son permisibles pues fomentan la competitividad y la creatividad en el mercado.

En tal sentido, la publicidad comparativa permite a los consumidores obtener mayor información respecto de los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado, así como, representan una herramienta sumamente eficaz para que el empresario anunciante distinga sus productos de los de sus competidores y expanda su participación en el mercado o ingrese a nuevos mercados, captando mayor número de clientes.

En opinión de esta Superintendencia, las comparaciones publicitarias favorecen el sistema competitivo siempre y cuando no contravengan los principios generales aplicables a todo tipo de anuncios -esto es, que no engañen (por implicancia u omisión) o confundan a los consumidores ni denigren a los competidores-.

Caso: Grupo Polar vs. C.A. Cervecería Regional

Resolución: n° SPPLC/0025-2003 24-10-03

**La publicidad comparativa denigratoria**

Como se señaló *supra*, la publicidad comparativa es lícita siempre y cuando la misma no suponga un indebido descrédito o denigración al competidor, aun cuando, suponga en sí misma, una comparación de ventajas y desventajas.

En el contexto de la publicidad comparativa se presenta una contraposición de las ventajas de los productos y/o servicios ofrecidos por el anunciante y las desventajas que a ese respecto presenten los productos y/o servicios del competidor –los cuales pudiesen ser fácilmente identificados por un consumidor razonable-; por este motivo, la afectación de la imagen del producto, servicio y/o marca del competidor aludido resultaría ser un tema más sensible al momento en que el consumidor percibe el anuncio y/o mensaje.

Ahora bien, esta Superintendencia entiende el término denigrar como expresarse con desprecio o ridículo, directa o por implicación, de una marca, persona, cosa, servicio, producto y/o empresa, destruyendo así su buena fama y/o reputación (Larousse e INDECOPI).

La leal competencia mercantil no está exenta de situaciones en las que un comerciante y/o empresario considera que ciertas frases, imágenes, sonidos o cualquier otro tipo de manifestaciones o expresiones difundidas por un competidor podrían agraviar o denigrar la calidad de sus productos o la propia imagen comercial. Significa esto que, los anuncios y/o mensajes no se deben imitar el esquema general, el texto, el eslogan, la presentación visual, la música o efectos sonoros que otros mensajes cuando la misma pudiese llevar a error o confusión.

#### E. *Simulación de productos*

##### a. *Concepto y características de la simulación de productos*

Caso: SKF Venezolana S.A. vs. Seal-Pack C.A.

Resolución: n° SPPLC/008-2003 02-04-03

#### **Concepto de simulación de productos**

La doctrina de esta Superintendencia ha considerado a la simulación de producto como un acto de confusión, por medio del cual se desea que el público asocie el producto o servicio del imitador con otra u otras que gozan de un prestigio o de una notoriedad, de la cual el competidor desleal carece, y que quiere apropiarse de manera ilegítima. Este Despacho ha entendido que la simulación de productos con fines desleales debe prohibirse por ser fuente de ineficiencias para los agentes económicos generando distorsiones en el mercado y afectando la dinámica de competencia. Es decir, cuando un agente económico actúa deslealmente y en consecuencia distorsiona los intereses de los consumidores que son engañados al momento de realizar una compra. Esto desincentiva al competidor, que ve como las inversiones que ha realizado para ganarse una buena reputación son aprovechados por un tercero, perdiendo de esta manera ingresos que legítimamente le corresponden. Es por ello, que la competencia en el mercado será promovida y protegida en la medida en que las ofertas se encuentren perfectamente diferenciadas.

Caso: SKF Venezolana S.A. vs. Seal-Pack C.A.

Resolución: n° SPPLC/008-2003 02-04-03

#### **La ratio de la regulación de la simulación de productos**

El numeral 3° del artículo 17 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, se refiere al conjunto de casos donde la actuación de un agente económico esta dirigida a desequilibrar la transparencia de la información que los competidores transmiten al mercado, con el objeto de lograr confundir a los consumidores, para de esta manera mejorar su posición de empresa competidora, sin que necesariamente exista un interés por excluir completamente a la otra empresa participante. Es por ello, que el artículo está dirigido a proteger y promover la diferenciación entre las distintas ofertas existentes en el mercado, de modo que los participantes en ese mercado puedan reconocer los productos por sus signos distintivos.

En términos generales, este artículo establece una prohibición para aquellos entes económicos que con sus conductas desleales ocasionen una situación que reduzca o merme los niveles de competencia en el mercado.

Caso: SKF Venezolana S.A. vs. Seal-Pack C.A.

Resolución: n° SPPLC/008-2003 02-04-03

#### **Simulación de productos y signos distintivos**

Anteriormente ya hemos señalado que la doctrina de la Superintendencia considera que la simulación de un producto es el mecanismo utilizado para que el público asocie el producto que imita con algún otro que goza de un gran prestigio y notoriedad, de esta manera se apropia de ese prestigio sin ningún esfuerzo. Esta simulación de productos viene asociada a la imitación de los llamados signos distintivos, que no son más que aquellos elementos aprehensibles por los sentidos que sirven para identificar a los productos y servicios que se ofrecen al público, como por ejemplo, combinaciones de colores o cualquier signo que pueda ser representado gráficamente. Un ejemplo de uso distintivo es la marca, la cual es la combinación de una serie de elementos como los son: composición de colores, tipografía, ilustraciones, etc., cuyo objetivo primordial es distinguir el producto de otros con funciones o usos similares.

#### *b. Los actos de confusión*

Caso: SKF Venezolana S.A. vs. Seal-Pack C.A.

Resolución: n° SPPLC/008-2003 02-04-03

#### **Concepto y caracteres del acto de confusión**

Los actos de confusión deben verificarse desde el punto de vista del consumidor, es decir, al realizarse cualquier acto de competencia desleal clasificados anteriormente, resulte un desplazamiento de las compras de un grupo de consumidores legítimos del competidor imitado, hacia la empresa que esta actuando de forma desleal, muchas veces cuando una empresa simula o imita los productos de otra, pero no para proponer nuevas alternativas a los consumidores, sino para hacerles presumir que son un mismo producto o que existe una relación entre ellos. A menudo la simulación desleal es la conducta propia de empresas pequeñas o nuevas en el mercado, que simulan alguna característica del empaque que distingue a los productos de otra empresa que ya tiene una reputación entre los consumidores.

Generalmente, una estrategia de simulación puede realizarse sobre el empaque mismo y/o sobre ciertos signos distintivos, entendiéndose por ello, aquellos elementos que sirven para la identificación de los productos y/o servicios que se ofrecen al público, como por ejemplo, combinaciones de colores, sonidos, tipografía, ilustraciones o cualquier signo que puede ser representado gráficamente. Estos, al igual que la publicidad, envían mensajes a los consumidores en cuanto a la calidad del producto, reputación del productor y otros elementos que son importantes al momento de identificar un determinado producto en el mercado. Para que se materialice la imitación es necesario que el signo que se pretende imitar, y respecto del cual se desea confundir, posea características propias y se le distinga como proveniente de un determinado empresario.

(...)

En el derecho venezolano, las condiciones para establecer la existencia de un acto de simulación, imitación o confusión, han sido reiteradas en decisiones administrativas dictadas por este Despacho, tales condiciones son: que se trate de productos o servicios comercializados por agentes sujetos a la ley, que la conducta sea esencialmente desleal, y por último que se produzca un daño o amenaza de daño sobre el competidor víctima de la imitación hecha por el empresario desleal.

F. *El aprovechamiento del esfuerzo ajeno*Caso: Aventis Pharma, S.A. vs. Farma S.A.<sup>9</sup>

Resolución: n° SPPLC/0016-2003 23-07-03

**La cláusula general de competencia desleal y el aprovechamiento del esfuerzo ajeno**

En el caso en particular, la cláusula general dio pie a la posibilidad de enmarcar la conducta considerada como restrictiva, es decir, la de aprovechamiento del esfuerzo ajeno, como una de las actuaciones que no fueron, en principio, específicamente previstas por el legislador. Esto se debe que esta (la competencia desleal) *ha sido concebida como una Institución basada en la realidad y dinámica del comercio. En tal sentido las normas sobre competencia desleal reconocen su incapacidad para prever todas y cada una de las situaciones que pueden constituir la infracción y plantean cláusulas generales lo suficientemente amplias para que el fallador pueda valorar si la conducta competitiva cuestionada es, en el momento y lugar en el que se realiza, constitutiva o no de la infracción* (Jorge Jaeckel Kovacs, *La competencia desleal en la Decisión 486 del Acuerdo de Cartagena. El reflejo de una realidad innovadora*, Bogotá, D.C. octubre del año 2000. [www.jaeckelabogados.com](http://www.jaeckelabogados.com)).

Orientándonos hacia el derecho comparado, y tomando como guía la Ley española de Competencia Desleal de 1991, se observa que la misma contiene un listado de conductas reputadas como desleales. Dentro de ellas se encuentran los actos de imitación, tipificados en el artículo 11, el cual es del tenor siguiente (...)

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.

La legislación suiza contempla 3 supuestos relativos al aprovechamiento del esfuerzo ajeno, supuestos que no se aplican al caso concreto. Sin embargo, lo que estos supuestos tienen en común, es que se concluye en partir de un "... aprovechamiento (que) supone un abuso de derecho de la libertad de iniciativas" (tomado de *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal* de Juan José Otamendi R., p. 211).

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 producto, 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. Ahora bien, a dicho de la doctrina extranjera, esto no significa que toda imitación, o para referirnos al caso concreto, toda utilización del procedimiento de producto conocido sería desleal, sino solamente cuando no sea posible evitar apalancarse en dichos esfuerzos y se haga con fines competitivos.

---

9. En idéntico sentido, véase: Resolución n° SPPLC/0018-2003, Caso: Aventis Pharma, S.A. vs. Sinergium S.A. y Representaciones Nolver C.A. de 11-08-03 y la Resolución n° SPPLC/0024-2003, Caso: Pharmacia Corporation Venezuela C.A. vs. Farma S.A. y Genéricos Venezolanos S.A. de 15-10-03.

Caso: Laboratorios Substantia, C.A. vs. Meyer Productos Terapéuticos, S.A.

Resolución: n° SPPLC/0020-2003 08-09-03

**El aprovechamiento del esfuerzo ajeno como manifestación de la competencia desleal**

El artículo 17 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, prohíbe a los agentes económicos desarrollar políticas comerciales que tiendan a la eliminación de competidores a través de la competencia desleal, entre las cuales, a pesar de no aparecer tipificada en los numerales de dicho artículo, se encuentra el aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno como una práctica tendente a desplazar o eliminar a los competidores.

(...)

El aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno como conducta desleal 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. Lo que quiere decir, a nuestro entender, que el aprovechamiento de la reputación de otro constituye un tipo de aprovechamiento del esfuerzo ajeno destinado a hacerse como propios los beneficios que reportan la 'buena imagen' de nuestro competidor.

Ello así, en el entendido que la competencia desleal es aquella que tiene por finalidad apoderarse en forma indebida del favor del público y atraerse una clientela que en ausencia de estas maniobras podría dirigirse a otra parte, la cual, conforme al Convenio de la Unión de París será siempre un acto contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial cuya ilicitud proviene de la adopción de medios reputados como desleales porque son disconformes con el comportamiento adecuado de un empresario, es claro, entonces, que el aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno –como práctica desleal– requiere de parte del agente económico el desarrollo de conductas tendentes a explotar de manera contraria a los 'buenos usos comerciales' actividades desplegadas por otro (González, Tania, "*La Competencia Desleal*", Forum Editores, pp. 44 y 50).

Así entendido el encabezado del artículo 17 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, queda claro, que el mismo sanciona aquellos actos o conductas comerciales en la medida que tiendan a la eliminación de competidores a través de la competencia desleal pudiendo incluirse en éste tipo de conductas no sólo las previstas en la norma, sino, también, todas aquellas que como el aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno persiguen eliminar competidores.