

Doctrina Administrativa

*Resoluciones de la Superintendencia para la promoción y protección de la libre competencia: Segundo Semestre Año 2004**

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

SUMARIO

I. PRINCIPIOS GENERALES DE LA LIBRE COMPETENCIA

1. *Conceptos claves de la libre competencia.* A. Marco constitucional de la libre competencia. B. Concepto y funciones de la libre competencia. C. Ámbito de aplicación de la LPPLC. D. Naturaleza y funciones de la SPPLC. 2. *El mercado relevante.* A. Concepto de mercado relevante. B. Definición de mercado producto. C. Definición de mercado geográfico.

II. PRÁCTICAS CONTRARIAS A LA LIBRE COMPETENCIA

1. *Prácticas bilaterales* A. Principios generales de las prácticas bilaterales 2. *Prácticas exclusionarias.* A. Principios generales de las prácticas exclusionarias. B. Condiciones de procedencia de la prohibición de las prácticas exclusionarias. 3. *Manipulación de factores de producción.* A. Principios generales de la manipulación de factores de producción. B. Condiciones de procedencia de la prohibición de la manipulación de factores de producción. 4. *El abuso de la posición de dominio.* A. Principios generales del abuso de la posición de dominio. B. Condiciones de procedencia de la prohibición de abuso de la posición de dominio.

* Abreviaturas utilizadas: LPPLC: Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia. SPPLC: Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. El texto de las Resoluciones ha sido extraído de la página www.procompetencia.gov.ve. El autor agradece la colaboración prestada por David Moucharfieh en la elaboración de esta recopilación.

La presente recopilación abarca únicamente las Resoluciones dictadas por la SPPLC durante el segundo semestre del año 2004, y que han sido publicadas en su página web (www.procompetencia.gov.ve). El cambio forzoso de la sede de la SPPLC ha implicado algunos retrasos en la publicación de sus Resoluciones. Para la recopilación correspondiente al año 2005 se incluirán aquellas Resoluciones que, por esa razón, no pudieron ser incorporadas en esta oportunidad.

I. PRINCIPIOS GENERALES DE LA LIBRE COMPETENCIA

1. *Conceptos claves de la libre competencia*

A. *Marco constitucional de la libre competencia*

Caso: Proactiva vs. Grupo Cotécnica
Resolución: n° SPPLC/0042-2004 14-07-04

La libre competencia como restricción a la libertad de empresa

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela prevé en su contenido el derecho de libertad económica como principio orientador de las relaciones lucrativas en Venezuela. Dicho derecho, se encuentra restringido tanto por el texto Constitucional, por ejemplo la prohibición monopolística (*vid.* Art. 113 *ejusdem*), como por las Leyes de la República, una de ellas, es la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

Caso: Corporación Digitel, C.A. vs. Telecomunicaciones Movilnet, C.A. y Compañía Nacional Teléfonos CANTV
Resolución: n° SPPLC/0049-2004 09-08-04

Marco constitucional de la libre competencia

Cuando la Constitución se refiere a los principios fundamentales, debemos observar que dos de ellos que se encuentran en perfecta consonancia y que son protegidos por la disposición a la que hemos hecho referencia. Ellos son, la libertad económica consagrada en el artículo 112 de la Carta Magna y en el artículo 3 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, y la libre competencia entendida como un principio fundamental del régimen socioeconómico de la República según lo dispone el artículo 299 del texto fundamental.

Caso: Tecno Servicios Yes'Card, Talleres San Genaro, C.A., Servicios Mercegen, SRL y Asociación de Servicio Automotriz de Latonería vs. Pintura de Venezuela y Seguros Pana American, C.A. y otros.¹
Resolución: n° SPPLC/0050-2004 13-08-04

La libre competencia y la libertad económica

Asimismo, es pertinente señalar que en el sistema de libertad de competencia, entendida como expresión de la libertad de iniciativa económica, existen una pluralidad -en principio ilimitada- de sujetos que ella disfrutan, a los que en el desarrollo de su actividad se les reconoce un tratamiento jurídico sustancialmente igual. De esta manera, el fundamento jurídico de la libertad de competencia descansa en el reconocimiento por el legislador de esta libertad de iniciativa económica y del derecho que asiste a toda persona de actuar al servicio de sus intereses particulares.

La Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia que regula una materia de "orden público", define en su artículo 3° qué debe entenderse por libre competencia y por libertad económica. La primera de ella es definida como aquella actividad en la cual existan las condiciones para que cualquier sujeto económico, sea oferente o demandante, tenga completa libertad de entrar o salir del mercado, y quienes están dentro de él, no tengan posibilidad, tanto individualmente como en colusión con otros, de imponer alguna condición en las relaciones de intercambio. La segunda definición es entendida como el derecho que tienen todas las personas a dedicarse a la actividad económica de su preferencia sin más limitaciones que las derivadas de los derechos de los demás y las que establezcan la Constitución y leyes de la República.

1. Sobre el derecho fundamental de libertad económica, véase la Resolución: n° SPPLC/0011-2004, caso *Inversiones Cotécnica C.A. vs. Proactiva Medio Ambiente, S.A.*

B. Concepto y funciones de la libre competencia

Caso: Pro-Competencia vs. Marcelo Rivero, Compañía Anónima y otros.

Resolución: n° SPPLC/0041-2004 06-07-04

La “posición ventajosa” y la regla de la razón

Es importante recordar que ha sido doctrina pacífica de esta Superintendencia, el considerar inadecuado juzgar como ilegítima las actuaciones de una empresa por el solo hecho de que ésta detente una posición ventajosa en relación con sus competidores (actuales y potenciales), la cual le permitiría afectar las condiciones del mercado. Sin embargo, si la empresa presuntamente infractora hace uso de esa ventaja mediante prácticas restrictivas de la competencia, podría imponérsele las sanciones previstas en la Ley para Proteger y Promover el Ejercicio de la Libre Competencia. Esto último, dependerá de los costos y beneficios que su actuación esté generando en el mercado, es decir, su actuación sólo será considerada restrictiva de la competencia si introduce en el mercado mayores costos, que aquellos beneficios que pudiera generar en términos de eficiencia económica y social.

En el caso contrario, la empresa estaría introduciendo un inequívoco aporte social, el cual puede manifestarse en la forma de reducciones de costos, descubrimientos de oportunidades, mejora en la distribución y otras expresiones de eficiencia productiva, las cuales consolidan en el tiempo un claro beneficio para el mercado y la sociedad en general, y los consumidores en particular. En este sentido, el artículo 3° de la ley *eiusdem* define *libre competencia* en función de la capacidad de una empresa de permanecer, o de salir del mercado cuando ello sea producto de una manipulación capaz de subvertir el orden del mercado, haciéndole un curso artificioso que el propio mercado no puede corregir por sí sólo

Caso: Pro-Competencia vs. Marcelo Rivero, Compañía Anónima y otros.²

Resolución: n° SPPLC/0041-2004 06-07-04

Libre competencia y libertad contractual

Del artículo transcrito se colige claramente que la competencia para ser libre requiere que los agentes puedan entrar y salir del mercado sin afrontar ningún obstáculo. Pero es evidente, que la cooperación humana expresada a través de los contratos, convenios y prácticas, frecuentemente responde a la necesidad de asegurar oportunidades de negocios, que de otro modo no podrían realizarse, aún cuando éstas implican cierta pérdida social. No obstante, tales contratos y convenios en ocasiones generan beneficios a la sociedad que compensan las pérdidas ya mencionadas.

También es obvio que tales contratos o prácticas pueden suponer exclusiones o imposiciones en vías de lograr sus fines. En consecuencia, para ser legítimamente libre la competencia a la que alude el artículo 3° de la Ley, como bien tutelado por la Ley para Proteger y Promover el Ejercicio de la Libre Competencia requiere que de haber restricciones impuestas a la salida o entrada de los agentes, sean además ilegítimas, esto es, que no obedezcan a una razón de propósito comercial por encontrar o explotar beneficios, sino que se dirijan a frustrar la permanencia o entrada del agente afectado a fin de aprovechar ganancias monopólicas.

2. Respecto del concepto de libre competencia en la doctrina de la SPPLC, véase la Resolución n° SPPLC/0027-2004, caso *C. A. Pro-Competencia vs. Diageo Venezuela, C. A., y otros* de 28-04-04. Igualmente, en el primer semestre del año 2004, véase la Resolución: n° SPPLC/0003-2004, caso *Pro-Competencia v Suramericana de Espectáculos (Cinex) y Cines Unidos C. A.*, de 16-01-04. Respecto al año 2003, véase la Resolución: n° SPPLC/0033-2003, caso *Pro-Competencia vs. Cementos Caribe, C. A. y otros* de 14-11-03

Caso: Pro-Competencia vs. Manufactura de Papel, C.A.
(MANPA)

Resolución: n° SPPLC/0043-2004 21-07-04

Posición de dominio y poder de mercado

Las variantes de posición de dominio que establece la Ley se ven asociadas con lo que se denomina en doctrina económica poder de mercado, que consiste en la facultad que posee una persona o una empresa de afectar o modificar el precio y demás condiciones de comercialización de un producto o servicio, sin que se lo impidan los demás competidores y sin que se vea alterado su nivel de ventas y operaciones. Si bien es cierto que el poder de mercado es el principal indicio para determinar la existencia de una posición dominante, hay otros elementos que ayudan a reforzar la posición de dominio tales como barreras a la entrada, el desarrollo tecnológico, y el acceso a fuentes de financiamiento, entre otros.

Si el grado de competencia efectiva en un mercado es alto, lógicamente no habrá posición de dominio, la cual por definición se refiere a una situación donde no existe competencia efectiva entre las diferentes empresas de una actividad económica. Nótese que se habla del grado de competencia, es decir, que la competencia no es algo que existe o no, sino que existen diferentes grados o intensidades de la competencia.

Caso: Tecno Servicios Yes'Card, Talleres San Genaro, C.A., Servicios Mercegen, SRL y Asociación de Servicio Automotriz de Latonería y Pintura de Venezuela vs. Seguros Pana American, C.A. y otros.

Resolución: n° SPPLC/0050-2004 13-08-04

Las normas de la LPPLC como normas de orden público

Esta Ley contiene normas que disciplinan el comportamiento de los agentes económicos en el mercado, al prohibir toda una serie de prácticas, catalogadas por el legislador como restrictivas de la libre competencia. En atención a ello, no puede existir ningún contrato o convenio, formal o informal entre particulares, que pueda consagrar o llevar a cabo conductas que de alguna manera tiendan a la exclusión de agentes económicos.

C. Ámbito de aplicación de la LPPLC

Caso: Corporación Digitel, C.A. vs. Telecomunicaciones Movilnet, C.A. y Compañía Nacional Teléfonos CANTV

Resolución: n° SPPLC/0049-2004 09-08-04

Consecuencias de prácticas contrarias a la libre competencia imputables a una empresa perteneciente a un grupo económico

Es importante destacar que la responsabilidad que al respecto posee la empresa matriz y su filial al actuar como unidad económica, garantiza que aún cuando CANTV y MOVILNET funcionen como personas jurídicas separadas, las posibles prácticas contrarias a la libre competencia que realice una, en determinados casos también serán responsabilidad de la otra, debido a su vinculación de conformidad con el artículo 15 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

D. Naturaleza y funciones de la SPPLC

Caso: Tecno Servicios Yes'Card, Talleres San Genaro, C.A., Servicios Mercegen, SRL y Asociación de Servicio Automotriz de Latonería y Pintura de Venezuela vs. Seguros Pana American, C.A. y otros.

Resolución: n° SPPLC/0050-2004 13-08-04

Las atribuciones de la SPPLC y los ordenamientos jurídicos sectoriales

Ahora bien, es conocido que la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia ha sido creada con el objeto de que funja como ente regulador en materia de competencia en Venezuela, tiene a su cargo la vigilancia y el control de las prácticas que impidan o restrinjan la libre competencia, y destacan entre sus atribuciones la de determinar la existencia o no de prácticas o conductas prohibidas.

De manera que, es el organismo competente para conocer de todos los asuntos inherentes al ejercicio del derecho a la libertad económica en el marco de los postulados sobre libre competencia y la eficiencia en beneficio de los productores y consumidores. Si bien es cierto que Pro-Competencia no es el ente regulador en materia de seguros y reaseguros, por cuanto, ello es una atribución correspondiente a la Superintendencia de Seguros y Reaseguros, no es menos cierto, que ambas instituciones pueden convivir y conocer de un mismo asunto desde dos puntos de vista.

Es decir, así como en materia de derechos intelectuales, la Superintendencia no emite opinión acerca de la validez o no de un registro de patente, pero sí, sobre cualquier asunto inherente a la simulación de productos; igualmente, para el caso *sub judice* este organismo está plenamente facultado para determinar si las prácticas denunciadas constituyen o no una violación de las normas contenidas en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, sin que ello signifique una usurpación de las funciones de la Superintendencia de Seguros y Reaseguros, ya que, en todo caso resulta evidente que esta Superintendencia no se está pronunciando –ni le corresponde por ley pronunciarse– sobre la legalidad de las pólizas de seguro, por ejemplo.

2. *El mercado relevante*

A. *Concepto de mercado relevante*³

Caso: Pro-Competencia vs. Marcelo Rivero, Compañía Anónima y otros.

Resolución: n° SPPLC/0041-2004 06-07-04

Definición del mercado relevante

Conceptualmente, el mercado relevante se refiere al grupo de productos o servicios más reducido que, dentro de un área geográfica limitada, puede ser objeto de poder de mercado, o de la habilidad de las firmas para influir, en búsqueda de su beneficio económico, en el precio, la calidad, la variedad, el servicio, la publicidad, la innovación u otras condiciones de competencia.

B. *Definición de mercado producto*

Caso: Pro-Competencia vs. Marcelo Rivero, Compañía Anónima y otros.

Resolución: n° SPPLC/0041-2004 06-07-04

Definición del mercado producto

-
3. 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 presente semestre. Por tanto, los conceptos generales aquí expuestos han sido ratificados en las siguientes decisiones: Resolución: n° SPPLC/0043-2004, caso: *Pro-Competencia v. Manufactura de Papel, C.A. (MANPA)*, de 21-07-04; Resolución: SPPLC/0048-2004, caso: *Servicios de Protección Familiar, C.A. vs. El Edén, Parque Memorial y otros*, de 04-08-04; Resolución: n° SPPLC/0049-2004, de caso: *Corporación Digital, C.A. v Telecomunicaciones Movilnet, C.A. y Compañía Nacional Teléfonos CANTV*, de 09-08-04 y Resolución: n° SPPLC/0050-2004, la caso: *Tecno Servicios Yes'Card, Talleres San Genaro, C.A., Servicios Mercegen, SRL y Asociación de Servicio Automotriz de Latonería y Pintura de Venezuela v Seguros Pana American, C.A. y otros*, de 13-08-04.

La determinación del mercado producto busca establecer cuál es el conjunto mínimo de productos o servicios, cuya oferta debería ser controlada por una firma hipotética, para poder lograr un aumento de precios rentable y sostenido en el tiempo. Si en respuesta a un incremento de precios, debido a la existencia de suficientes alternativas atractivas en los términos de venta prevalecientes, la reducción en las ventas es suficiente como para que un monopolista hipotético no encuentre favorable realizar dicho aumento de precios, la Superintendencia agregará a dicho grupo de productos, el que resulte ser el mejor sustituto cercano del producto ofertado por las empresas objeto del procedimiento administrativo.

C. Definición de mercado geográfico

Caso: Pro-Competencia vs. Marcelo Rivero, Compañía Anónima y otros.
Resolución: n° SPPLC/0041-2004 06-07-04

Definición del mercado geográfico

La definición del mercado geográfico es la segunda dimensión necesaria para determinar el mercado relevante y tiene por objetivo delimitar el área geográfica dentro de la cual compiten efectivamente los productos objeto del presente procedimiento administrativo, es decir, se trata de determinar el área geográfica más limitada que debería controlar un monopolista hipotético para estar en capacidad de imponer un incremento de precios significativo y no transitorio.

II. PRÁCTICAS CONTRARIAS A LA LIBRE COMPETENCIA

1. Prácticas bilaterales

A. Principios generales de las prácticas bilaterales

Caso: Tecno Servicios Yes'Card, Talleres San Genaro, C.A., Servicios Mercegen, SRL y Asociación de Servicio Automotriz de Latonería y Pintura de Venezuela vs. Seguros Pana American, C.A. y otros.⁴
Resolución: n° SPPLC/0050-2004 13-08-04

Condiciones de procedencia de la prohibición de prácticas bilaterales

Esta norma contiene las denominadas prácticas concertadas que, en su manifestación horizontal (carteles) o vertical, son para el mercado lesivas por cuanto representan una deposición del ánimo de los competidores en competir. Sobre este particular, exige la doctrina que se logre demostrar la existencia del concierto de voluntades entre los presuntos infractores, explicando que una práctica concertada “*es una forma de cooperación informal entre empresas independientes sin el refrendo de un acuerdo escrito, lo que, como es natural, plantea el severo problema de la presunción*”.

4. La SPPLC analiza el artículo 10 de la LPPLC de manera abstracta, esto es, desde la perspectiva de los contratos celebrados entre operadores económicos para violar la libre competencia, sea que se trate de contratos horizontales o verticales. En anteriores oportunidades, el análisis de esa norma se ha realizado desde la perspectiva de los acuerdos entre competidores. Véase de esa manera la Resolución: n° SPPLC/0003-2004, caso *Pro-Competencia v Suramericana de Espectáculos (Cinex) y Cines Unidos C.A.*, de 16-01-04. Respecto al año 2003, véase Resolución: n° SPPLC/0033-2003, Caso *Pro-Competencia vs. Cementos Caribe, C.A. y otros*, de 14-11-03. Por ello, hemos empleado el rótulo general *prácticas bilaterales*, en el cual incluimos a todas las prácticas prohibidas por los artículos 10 y 12 de la LPPLC.

Caso: Tecno Servicios Yes'Card, Talleres San Genaro, C.A., Servicios Mercegen, SRL y Asociación de Servicio Automotriz de Latonería y Pintura de Venezuela vs. Seguros Pana American, C.A. y otros.⁵

Resolución: n° SPPLC/0050-2004 13-08-04

Condiciones de procedencia de la prohibición contenida en el artículo 12 de la LPPLC

Al respecto de la prohibición prevista en este artículo, tanto la doctrina como la jurisprudencia administrativa han señalado que el mismo exige la verificación de tres (3) elementos:

- Que se trate de un contrato, no de cualquier acuerdo o concertación.
- Que el objeto del contrato sea la fijación de precios u otras condiciones de contratación para la reventa de o venta a terceros ajenos al contrato.
- Que dichos contratos tengan por efecto una restricción de la libre competencia, bien porque haya sido suscrito con ese fin o bien porque tenga ese efecto.

2. *Prácticas exclusionarias*

A. *Principios generales de las prácticas exclusionarias*

Caso: Pro-Competencia vs. Marcelo Rivero, Compañía Anónima y otros.⁶

Resolución: n° SPPLC/0041-2004 06-07-04

Concepto de práctica exclusionaria

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

Caso: Pro-Competencia vs. Marcelo Rivero, Compañía Anónima y otros.

Resolución: n° SPPLC/0041-2004 06-07-04

Consecuencias de las prácticas exclusionarias

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

5. En esta Resolución, la SPPLC enfoca el análisis del artículo 12 de la LPPLC de manera general, y no desde la particular posición de los contratos verticales, que fue la posición asumida en la Resolución n° SPPLC/0027-2004, caso *Pro-Competencia vs. Diageo de Venezuela, C.A. y otros*.

6. Sobre el concepto de prácticas exclusionarias, *vid.* la Resolución: n° SPPLC/0036-2004, caso *Marine Supply, C.A. vs. Terminales Maracaibo C.A., Intership-ping, C.A.*, de 04-06-04, así como la Resolución: n° SPPLC/0028-2003, caso *Asociación Venezolana de Concesionarios Daewoo vs. Daewoo Motors de Venezuela y General Motors Corporation*, de 04-11-03. En el segundo semestre del año 2004, véase además la Resolución: n° SPPLC/0042-2004, caso *Proactiva vs. Grupo Cotécnica*, de 14-07-04, así como, bajo una óptica ligeramente diferente, la Resolución n° SPPLC/0048-2004, caso *Servicios de Protección Familiar, C.A. vs. El Edén, Parque Memorial y otros*, de 04-08-04.

Caso: Tecno Servicios Yes'Card, Talleres San Genaro, C.A., Servicios Mercegen, SRL y Asociación de Servicio Automotriz de Latonería y Pintura de Venezuela vs. Seguros Pana American, C.A. y otros.
Resolución: n° SPPLC/0050-2004 13-08-04

Condiciones de ilicitud de las prácticas exclusionarias y la regla de la razón

De no cumplirse alguna de estas tres condiciones, no pudiese confirmarse el carácter ilegítimo de la restricción, que es lo que sanciona la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia. Ello se debe fundamentalmente a que, bajo ciertas circunstancias, la práctica o conducta investigada pudiese en muchos casos aportar eficiencias a los agentes que participan en el mercado (personas jurídicas y/o consumidores), o bien, que la exclusión de algún participante en el mercado sea el resultado de acciones comerciales lícitas.

Sin embargo, si las partes presuntamente infractoras aprovechan la capacidad que tienen para afectar el mercado, poseída individual o colectivamente mediante una conducta restrictiva de la competencia, se le impondrían de las sanciones previstas en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia. Esto último dependería de las circunstancias y/o variables que expliquen las acciones desplegadas por éstas, en otras palabras, sus actuaciones sólo serían consideradas restrictivas de la libre competencia si no existiesen ninguna justificación económica y/o estratégica para las acciones que hayan emprendido.

B. Condiciones de procedencia de la prohibición de las prácticas exclusionarias

Caso: Proactiva vs. Grupo Cotécnica⁷
Resolución: n° SPPLC/0042-2004 14-07-04

Condiciones de ilicitud de las prácticas exclusionarias

Es doctrina reiterada de esta Superintendencia que a los efectos de que una conducta constituya la práctica exclusionaria prevista en el artículo 6 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, deben verificarse de manera concurrente los siguientes requisitos: a) La conducta presuntamente anticompetitiva no debe ser una derecho tutelado y protegido por el ordenamiento jurídico, directa o indirectamente; b) La pretensión de impedir la entrada o permanencia de los agentes económicos en el mercado, la cual se traduce en intención, deber ser injustificada; y c) El agente económico que realiza la conducta presuntamente exclusionaria debe tener la capacidad de lesionar al mercado con su actuación.

Caso: Proactiva vs. Grupo Cotécnica⁸
Resolución: n° SPPLC/0042-2004 14-07-04

Alcance de la excepción alusiva a los derechos protegidos en la Ley

-
7. En idéntico sentido, véanse las Resoluciones n° SPPLC/0013-2004, caso *Almacenadora Caraballeda, C.A. vs. Almacenadora Broperca, C.A. y otros* de 03-03-04, y n° SPPLC/0036-2004, caso *Marine Supply, C.A. vs. Terminales Maracaibo C.A., Intership-ping, C.A.*, de 04-06-04. En el primer semestre del año 2004, véase también las siguientes Resoluciones: n° SPPLC/0041-2004, Caso *Pro-Competencia vs. Marcelo Rivero, Compañía Anónima y otros*, de 06-07-04, y n° SPPLC/0048-2004, caso *Servicios de Protección Familiar, C.A. vs. El Edén, Parque Memorial y otros*, de 04-08-04.
8. Sobre este punto, véase la Resolución: n° SPPLC/0036-2004, caso *Marine Supply, C.A. vs. Terminales Maracaibo C.A., Intership-ping, C.A.*, de 04-06-04. En el segundo semestre de 2004, véase la Resolución: n° SPPLC/0050-2004, caso *Tecno Servicios Yes'Card, Talleres San Genaro, C.A., Servicios Mercegen, SRL y Asociación de Servicio Automotriz de Latonería y Pintura de Venezuela vs. Seguros Pana American, C.A. y otros*, de 13-08-04.

Ahora bien, respecto a los requisitos exigidos por la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia para considerar cuando una práctica exclusionaria es anti-competitiva, esta Superintendencia observa que el artículo 6 *eiusdem* prohíbe “...las actuaciones o conductas de quienes, no siendo titulares de un derecho protegido por la Ley.”, de tal manera que quienes gozan de un derecho podrán realizar las actuaciones necesarias para protegerlo.

En este sentido, una interpretación meramente literal y exegética del artículo *in comento* descartaría la posibilidad de que los agentes económicos puedan reclamar el ejercicio de un derecho derivado de un acto de rango sublegal, el cual existe en aplicación de una Ley.

Así, considera esta Superintendencia que es factible la existencia de habilitaciones por parte de los órganos jurisdiccionales o administrativos quienes habilitados por una Ley, para tutelar el derecho constitucional de libertad de empresa, entre otros derechos, permiten la realización de determinadas conductas en el ámbito económico.

De tal manera, que este Despacho no podría declarar la existencia de una práctica restrictiva de la competencia en atención a que un agente económico ha ejercido su derecho ante la existencia de un acto de rango sublegal el cual deriva de la aplicación de una Ley. Es decir, si no existe una regulación expresa en la Ley, entendida ésta en su sentido formal -aquella cuyo procedimiento de elaboración ha cumplido con las reglas y procedimientos de la Asamblea Nacional como cuerpo legislador- pueden existir actos emanados de los órganos que conforman el poder público que brinden protección a derechos constitucionales y que habiliten a la realización de determinadas actividades económicas.

En este orden de ideas, considera esta Superintendencia que el criterio aplicable en el artículo 6 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, respecto al acto jurídico que permite la realización de una actividad económica tutelando los derechos de determinados agentes económicos, debe incluir los actos de rango sublegal, siempre y cuando los mismos se hayan dictado en aplicación directa de una Ley, ya que es posible que bajo este supuesto se otorguen habilitaciones o permisos para realizar alguna actividad económica.

Caso: Corporación Digitel, C.A. vs. Telecomunicaciones Movilnet,
C.A. y Compañía Nacional Teléfonos CANTV⁹
Resolución: n° SPPLC/0049-2004 09-08-04

Concepto y características del estrujamiento de precios

En este sentido, se considera que existe estrujamiento de precios cuando una empresa verticalmente integrada, ubicada aguas arriba y con poder de mercado en la provisión de un insumo esencial para la elaboración de un producto o prestación de un servicio aguas abajo, impone los precios de dicho insumo y/o de los productos o servicios derivados de dicho insumo, por un período de tiempo suficiente, de manera que impide la eficiencia y la equidad de los agentes competidores en el mercado del producto o servicio derivado de la utilización de dicho insumo esencial.

(...)

En este sentido, es menester tomar en consideración que la práctica de estrujamiento se clasifica dentro de la teoría de las restricciones verticales. Sus efectos son de carácter exclusionario y la empresa que adopta una conducta de estrujamiento puede ejercer su poder de mercado: (i) incrementando los márgenes de precios en el mercado donde ofrece el producto o presta el servicio, a través de su empresa vinculada; o (ii) disminuyendo la calidad y

9. Esta práctica puede constituir, simultáneamente, una manifestación del abuso de la posición de dominio, según señaló la SPPLC en la propia Resolución.

variedad de los productos o servicios ofrecidos por los competidores de su empresa vinculada, productos éstos necesariamente derivados del insumo esencial dominado en otro nivel de la cadena de producción.

Al respecto, deben considerarse como elementos esenciales para que pueda existir un *estrujamiento de precios*:

- a) La integración vertical de empresas, donde la empresa que se encuentra ubicada en un eslabón superior de la cadena productiva, goce de un poder de mercado suficiente para controlar el aprovisionamiento de un insumo esencial para la elaboración de un producto o la prestación de un servicio en un nivel inferior del canal de distribución.
- b) El tiempo de duración del estrujamiento como factor crítico a evaluar.
- c) La manipulación potencial del margen de precios del producto o servicio aguas abajo, debido al incremento del precio del insumo aguas arriba; la disminución de los precios del producto o servicio ofrecido por su empresa integrada aguas abajo, o ambos.

En atención a lo anterior, la práctica de estrujamiento de precios es una conducta que debe realizarse como expresión de una intención de monopolizar un mercado. La empresa dominante del insumo, debe tener motivos para extender su poder de mercado hacia un mercado conexo, en virtud de que la posibilidad de ejercer el poder de mercado en su nivel de producción se encuentra limitado.

Asimismo, es posible que además de intentar extender su poder hacia un subnivel de la cadena de producción, la empresa dominante pretenda renovar y mantener dicho poder de control sobre el insumo.

Parte de la doctrina especializada clasifica el estrujamiento de precios dentro de los lineamientos básicos de la teoría del incremento de los costos del rival (*rise rival costs*), expresión anticompetitiva de la teoría de las facilidades esenciales (*essential facilities*).

La práctica restrictiva de estrujamiento de precios puede dividirse, dependiendo del precio del insumo, en *discriminatorio* o *no discriminatorio*, y en estrujamiento *predatorio*. En este sentido, existirá estrujamiento de precios *discriminatorio* cuando una persona verticalmente integrada, imponga al insumo un precio más alto para los rivales de su empresa integrada, sin hacer lo mismo con ésta.

Esta calificación permite pensar que la empresa que goza de control sobre el insumo esencial, al discriminar en precios a los competidores de su empresa vinculada, quienes demandan dicho insumo, estaría abusando de su posición de dominio. Sin embargo tal situación no es suficiente para concluir que existe un estrujamiento de precios.

Por su parte, el estrujamiento de precios *no discriminatorio* surge cuando la empresa verticalmente integrada aumenta el precio del insumo esencial tanto para su empresa vinculada como para los competidores de ésta.

Esta situación refleja que los costos de los competidores de la empresa vinculada han aumentado mientras que para ésta los márgenes reales y efectivos en sus actividades integradas no han variado en virtud de la existencia de subsidios cruzados provenientes de las operaciones en los niveles verticalmente integrados.

El estrujamiento de precios se encuentra el estrujamiento *predatorio* ocurre cuando el agente dominante del insumo disminuye el precio del producto o servicio ofrecido aguas abajo, por debajo de los costos de adquisición de dicho insumo, logrando con ello una prelación en el mercado del producto o servicio generado por la utilización del insumo.

Ésta es una conducta que se puede analizar a través de los lineamientos de la teoría general de precios predatorios y tiene lugar entre agentes verticalmente integrados generalmente cuando el precio del insumo se encuentra regulado. La recuperación del agente depredador, en corto plazo, se facilita en virtud de los beneficios que genera la integración.

Sin embargo, adicionalmente, se considera que cuando un mercado es sumamente regulado y vigilado, pueden aplicarse otros medios distintos a los precios (non-price instruments) a los fines de estrujar a los competidores, por ejemplo, degradando la calidad del insumo, entre otros supuestos.

(...)

Considerando el argumento de CANTV, esta Superintendencia observa que no necesariamente es una condición esencial de la práctica de estrujamiento, que la empresa afiliada goce de dominancia, ya que afirmar que la dominancia en el mercado del producto o del servicio constituye un requisito fundamental del estrujamiento, sería desvirtuar la naturaleza de la práctica debido a que la dominancia es eminentemente necesaria en el control del insumo esencial más no en el mercado donde se ofrece o presta el servicio derivado del insumo. **Y ASÍ SE DECLARA.**

3. *Manipulación de factores de producción*

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

Caso: Pro-Competencia vs. Marcelo Rivero, Compañía Anónima y otros.
Resolución: n° SPPLC/0041-2004 06-07-04

Concepto de manipulación de factores de producción

En el contexto de la prohibición que establece el artículo 8° *eiusdem*, la manipulación de los factores de producción, se entenderá como acciones que restringen la libre competencia, cuando el manejo de dichos factores por un agente económico tienda a impedir la entrada de nuevos competidores o provocar la salida injustificada de aquellos que compiten actualmente. Además, la manipulación de los factores productivos también podría manifestarse como una práctica de explotación, que afecte no sólo a los competidores sino también a aquellos agentes que dependan del bien o servicio manipulado para desarrollar su proceso de producción.

Caso: Pro-Competencia vs. Marcelo Rivero, Compañía Anónima y otros.
Resolución: n° SPPLC/0041-2004 06-07-04

Concepto de factores de producción

Llegado a este punto, y como quiera que se ha cuestionado la extensión que debiera darse al concepto de “factores de producción”, estima necesario esta Superintendencia precisar el alcance de dicho término, a los fines de aclarar la inteligencia del dispositivo denunciado. Este concepto alude a los elementos esenciales que intervienen o colaboran en el proceso productivo.

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

Caso: Pro-Competencia vs. Marcelo Rivero, Compañía Anónima y otros.
Resolución: n° SPPLC/0041-2004 06-07-04

Condiciones de ilicitud de la manipulación de factores de producción

Para el análisis de este tipo de prácticas se requiere determinar las siguientes condiciones:

1. Que el presunto infractor posea una capacidad comprobada que le permita afectar actual o potencialmente el mercado.
2. Que la empresa presuntamente infractora realice una práctica que tienda a alterar el uso ordinario de factores de producción distribución, desarrollo tecnológico o inversiones

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

4. *El abuso de la posición de dominio*

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

Caso: Pro-Competencia vs. Manufactura de Papel, C.A.
(MANPA)¹⁰

Resolución: n° SPPLC/0043-2004 21-07-04

Concepto de posición de dominio

Visto que la posición dominante 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, ya sea por falta de otros competidores o porque existen factores que hacen que la competencia no sea efectiva. Esta facultad asegura a la empresa en posición de dominio, la existencia de una independencia global de comportamiento, lo que en definitiva le permite determinar las dimensiones de competencia e influir sobre el comportamiento del mercado.

Caso: Pro-Competencia vs. Manufactura de Papel, C.A.
(MANPA)¹¹

Resolución: n° SPPLC/0043-2004 21-07-04

La licitud de la posición de dominio

Sin embargo, el poseer una posición de dominio no constituye una violación a la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia por sí mismo, ya que la misma puede ser resultada de estrategias comerciales lícitas o de la inversión en áreas inexploradas del mercado. El monopolio como tal, ni es ni puede ser ilegal. La primera firma que introduce un nuevo producto en el mercado es, inevitablemente, monopolista durante cierto tiempo. Asimismo, dentro de un sistema competitivo siempre es posible que una firma, por su sola eficiencia y por lo menos durante cierto tiempo, pueda ganar a la competencia y atraer toda o casi toda la demanda, esta circunstancia debe ser considerada, desde todo punto de vista, como un éxito del sistema competitivo y no como un ataque a él.

Caso: Pro-Competencia vs. Manufactura de Papel, C.A.
(MANPA)

Resolución: n° SPPLC/0043-2004 21-07-04

La iniciativa económica derivada de la posición de dominio

Ahora bien, es necesario darse cuenta de que una empresa puede mantener su posición de dominio de dos maneras diferentes. En primer lugar, ofreciendo productos de buena calidad o de precios bajos, es decir, a través de una mayor eficiencia. En segundo lugar, realizando conductas que reduzcan la competencia o los incentivos a ella creando impedimentos para la entrada de otras empresas al mercado, para este último caso la Ley ha dispuesto una prohibición en su contra. Esta prohibición incluye los precios explotativos o excesivos, disposición que se encuentra contenida en el encabezado del artículo 13 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

10. Véase la Resolución n° SPPLC/0028-2003, caso *Asociación Venezolana de Concesionarios Daewoo vs. Daewoo Motores de Venezuela y General Motors Corporation*.

11. En general, sobre este punto, dentro del segundo semestre de 2004, *vid.* la Resolución: n° SPPLC/0048-2004, caso *Servicios de Protección Familiar, C.A. vs. El Edén, Parque Memorial y otros*, de 04-08-04, así como la Resolución: n° SPPLC/0049-2004, de caso: *Corporación Digitel, C.A. vs. Telecomunicaciones Movilnet, C.A. y Compañía Nacional Teléfonos CANTV*, de 09-08-04.

Caso: Pro-Competencia vs. Manufactura de Papel, C.A.
 (MANPA)
 Resolución: n° SPPLC/0043-2004 21-07-04
Concepto de abuso de posición de dominio

Dentro de este marco, el encabezado del artículo 13 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia no define la noción de abuso. En este sentido, la notable evolución que ha visto la interpretación dada a este concepto por la jurisprudencia comunitaria europea y la enorme variedad de comportamientos que aquélla ha considerado abusivos son un fiel reflejo no sólo de la dificultad sino, probablemente también, de la inconveniencia de incluir la definición en la norma.

Caso: Pro-Competencia vs. Manufactura de Papel, C.A.
 (MANPA)
 Resolución: n° SPPLC/0043-2004 21-07-04
La ratio de la prohibición del abuso de la posición de dominio

Ahora bien, el artículo 13 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia estriba en que si una empresa no está en posición dominante siempre existe la alternativa para los demás agentes del mercado y para los consumidores, de recurrir a una firma competidora, situación imposible en el supuesto de ausencia de competencia efectiva. Lo cual le permite a quien goce de tal posición explotar a sus clientes o excluir a sus competidores, actuales o potenciales, y así obtener beneficios desproporcionados en detrimento de los demás actores sociales.

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

Caso: Pro-Competencia vs. Manufactura de Papel, C.A.
 (MANPA)
 Resolución: n° SPPLC/0043-2004 21-07-04
Carácter abierto de las prohibiciones legales del abuso de la posición de dominio

Dentro de este corolario, se tiene que el encabezado del artículo 13 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, permite valorar otras conductas que puedan ser caracterizadas como abusivas, en razón a la dinámica de comportamiento que sufren los agentes económicos y los mercados, y que las conductas previstas como abusivas en el mencionado artículo en sus ordinales 1° al 5° son meramente enunciativas, en razón a la interpretación extensiva a las que se deben las normas sobre competencia.

Caso: Pro-Competencia vs. Manufactura de Papel, C.A.
 (MANPA)
 Resolución: n° SPPLC/0043-2004 21-07-04
La fijación de precios abusivos

La fijación de precios abusivos por parte de una empresa que mantenga una posición de dominio en el mercado nacional o parte del mismo, es considerada como una práctica anticompetitiva, en el supuesto de que los precios de la empresa dominante resulta dispares a los precios de otras empresas que ofrecen los mismos productos, a los precios que la misma empresa había cobrado en otro momento en el tiempo y con los costos de la producción del producto en cuestión. En este sentido, podemos entender como “precio abusivo”, el precio establecido por una empresa dominante que difiere en exceso del precio que regiría en un entorno competitivo. Dicho exceso debe ser analizado en función de los costos de producción del bien y/o los precios cobrados por el mismo bien en otros mercados geográficos comparables.

El concepto de precios abusivos, podría identificarse con el de precios monopólicos de la teoría económica. Un precio monopólico es el precio que establece una empresa, en condición de monopolio, tal que maximiza sus beneficios. La menor cantidad y el mayor precio se traduce en una reducción del excedente de los consumidores, respecto al equilibrio de competencia perfecta. Un monopolista no está obligado a aceptar un precio determinado (competencia perfecta): no es precio aceptante, y por tanto su capacidad de elección es mayor que la mecánica adaptación del nivel de producción. Puede decidir o buscar el precio más adecuado a sus intereses y, como es habitual, una ampliación del conjunto de decisiones tiende a beneficiarle. En particular, ahora el monopolista puede adoptar decisiones no sólo sobre el nivel de producción sino también sobre el precio, convertido en variable endógena. (*Fundamentos de Microeconomía. Juan Fernández de Castro y Juan Tugores*).

En este sentido, la imposición de “precios abusivos” por parte de una empresa que ostenta una posición de dominio, representa la fijación de unos precios superiores a los que regiría en un entorno competitivo, entendido como la capacidad de fijar precios por encima de sus costos marginales.

Caso: Corporación Digitel, C.A. vs. Telecomunicaciones Movilnet, C.A. y Compañía Nacional Teléfonos CANTV¹²
Resolución: n° SPPLC/0049-2004 09-08-04

Concepto y características de la discriminación de precios

La práctica investigada se conoce comúnmente con el nombre de discriminación de precios y/o condiciones de comercialización o de servicios; y consiste en que el vendedor mantiene precios o condiciones de comercialización diferentes a cada comprador o grupo de ellos.

La consecuencia de este comportamiento por parte de un agente económico que detenta una posición de dominio se refleja en que los clientes a los que se les mantiene condiciones de comercialización desfavorables se verán en desventaja con relación a otros que teóricamente deberían gozar del mismo trato.

Al igual que las otras formas de abuso de posición de dominio, esta conducta puede tener por objeto tanto la explotación como la exclusión de quienes desarrollen actividades económicas en ese mercado. En el primer caso, podríamos estar en presencia de la limitación de la oferta de un determinado bien o servicio con el objeto de incrementar su precio, situando en desventaja a un cliente o grupo de ellos en comparación con otros.

La exclusión puede ocurrir cuando la empresa en posición de dominio es al mismo tiempo proveedor y competidor de aquellas que actúan como vendedores finales, por lo que puede utilizar su posición para imponer condiciones desfavorables a las empresas que compiten en el mercado, condiciones éstas que suponen una amenaza competitiva en la cadena de comercialización.

Es de suma importancia recalcar que lo anterior no implica que todo trato diferenciado constituya necesariamente un abuso de posición de dominio; ello en virtud de que una empresa puede cobrar precios distintos o aplicar condiciones diferentes por razones justificadas, tales como el transporte o los descuentos por volumen de compra, etc.

12. Recuérdese que, según ha entendido la SPPLC en esta propia Resolución, la práctica conocida como *estrujamiento de precios* puede igualmente subsumirse dentro de la prohibición de precios discriminatorios.