INTRODUCCIÓN

En la mayor parte de las naciones latinoamericanas estuvieron caracterizadas por políticas proteccionistas, la sustitución de importaciones, el control de precios, prácticas monopólicas gubernamentales y propiedad estatal de industrias y servicios. Los gobiernos y el sector privado actuaron dentro de reglas que garantizaban, a los empresarios, la protección contra la competencia y, al gobierno, las ejecutorias para asignar y distribuir recursos.

La década de los ochenta representó una fase crucial dentro del cual se vieron obligados a abandonar los esquemas de protección y de industrialización de acuerdo con los criterios CEPALISTAS de sustitución de importaciones. De hecho, la crisis de la deuda y los problemas de inflación y de desmejoramiento en los principales indicadores de calidad de vida, reflejaban desajustes estructurales que motivaron la adopción de estrategias para corregir los graves desequilibrios macroeconómicos. Más aun, cuando comenzaban a producirse discusiones a nivel internacional acerca de la necesidad de globalización y de inserción de las economías en condiciones de mayor competitividad.

La mayoría de los países latinoamericanos comenzaron la transición hacia una economía menos controlada como reacción ante la crisis de la deuda. Para principios de los años 90, casi todos los países habían iniciado las reformas estructurales, reduciendo las barreras comerciales, privatizando empresas del Estado, desregulando la economía y promoviendo la competencia. Puede afirmarse que para la actualidad, la liberalización en el plano comercial se encuentra bastante avanzada.

La promoción de la competencia en estos países se convierte en una tarea más amplia que la aplicación de una ley antimonopolio. Para aquélla hay que afectar el desempeño de monopolistas que han estado protegidos por distintas administraciones. Se debe emprender un proceso educativo orientado a modificar conductas, actitudes y la cultura, entendida como la manera en que se hacen las cosas, persuadiendo a consumidores y productores que la liberación y la competencia es mejor opción que los controles y aumenta el beneficio de ambos por la eficiencia que genera.

En el caso de Venezuela, las políticas de competencia comenzaron a gestarse en el marco de las reformas económicas iniciadas en 1989. Así en el año 1992, con la promulgación de la "Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia" se crea como órgano desconcentrado, adscrito al Ministerio de la Producción y el Comercio, la Superintendencia, la cual tiene autonomía funcional, aunque no cuenta con independencia, ni autonomía presupuestaria y financiera, lo que es una de sus debilidades institucionales.

LA INSTITUCIÓN

La Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia "Procompetencia", es el organismo responsable de la aplicación de la ley que regula la actuación de los agentes económicos con el fin de evitar las prácticas restrictivas del funcionamiento del mercado que afectan el beneficio de los consumidores y productores, y que además; tiene entre sus propósitos, prestar el apoyo técnico al Ministerio de Industrias Ligeras y Comercio en el desarrollo de las políticas públicas en el área de su competencia, principalmente en la realización de estudios económicos sectoriales e investigaciones preliminares que sirven de fundamento para el análisis y estudios de los precios, comportamiento del mercado, medidas de salvaguarda, análisis de medidas complementarias, revisión de diversas leyes, entre otros.

Actualmente, nuestra agencia de competencia cuenta con un personal que está alrededor de los cincuenta funcionarios entre personal administrativo y especialistas en competencia, conformado por abogados (9) y economistas (8).

El siguiente diagrama describe en forma sucinta la estructura organizativa de Procompetencia:

Marco Legal e Institucional

La superintendencia, Procompetencia como ya se señaló, nace con la promulgación de la Ley en el año 1992, siendo éste el único instrumento legal que en forma general regula la competencia en Venezuela, sin embargo, a medida que se fue desarrollando la institución se introdujeron otros instrumentos jurídicos que fortalecieron su capacidad de respuesta, ya que han hecho factible la aplicación de la Ley, es decir, reglamentos, lineamientos legales, etc. Adicionalmente, en las leyes del sector de telecomunicaciones y del sector eléctrico, se introducen principios que regulan la competencia. Así tenemos lo siguiente:

Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia

- Reglamento Nº 1
- Reglamento Nº 2. Concentraciones económicas
- Excepción Global a acuerdos de Distribución y Compra Exclusiva
- Lineamientos de Evaluación de Concentraciones Económicas
- Lineamientos de Evaluación de Franquicias

Asimismo, en el año 1999, el gobierno de Hugo Rafael Chávez propicia una nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en la cual se introducen elementos sobre competencia en los siguientes artículos:

- Artículo 112 : *"Derechos económicos", "Libre empresa*"
- Artículo 113: *Se prohíben los monopolios, y abusos de las posiciones de dominio, en beneficio y protección del consumidor, productores y de las condiciones de competencia*
- Artículo 299: *La Libre Competencia como principio rector del régimen socioeconómico de la República.*
- Disposición 18º: *Creación de la Ley y del organismo rector de la libre competencia en el país. (*)*

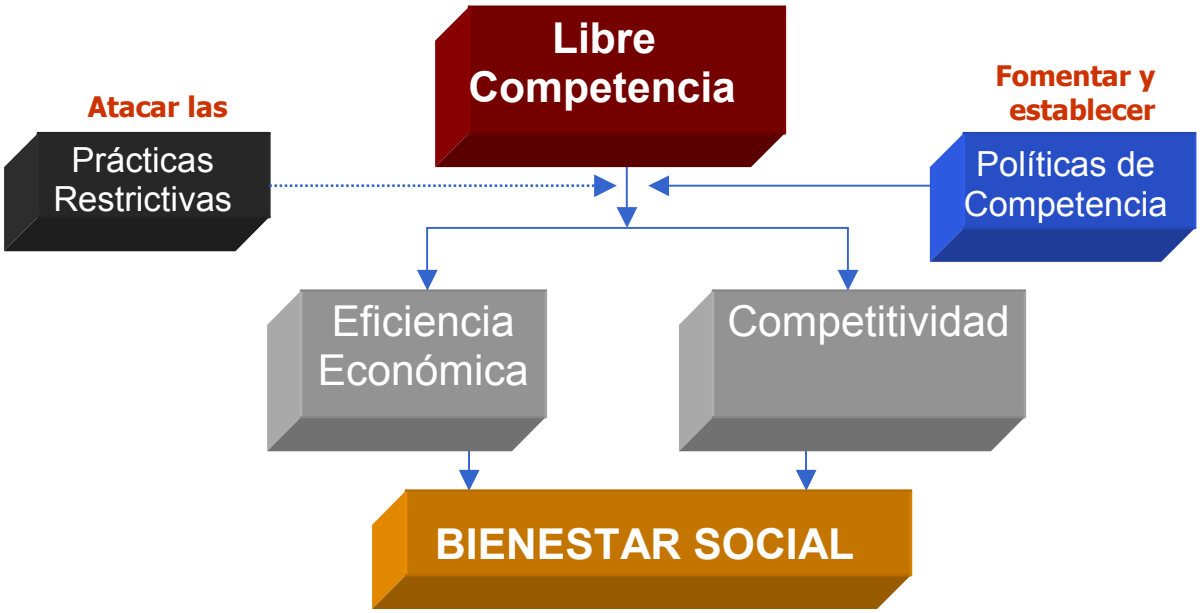
Cabe destacar que Procompetencia es la máxima instancia administrativa en materia de competencia en Venezuela. Las partes involucradas en los casos de competencia pueden recurrir a la vía judicial una vez finalizado el procedimiento administrativo. Ahora bien, los organismos jurisdiccionales competentes encargados de la revisión de las actuaciones de Pro-Competencia tienen poca comprensión técnica de los aspectos económicos planteados en la resoluciones emanadas de la institución, lo cual se traduce en mucho de los casos en decisiones contrarias al criterio de Pro-Competencia, lo cual no contribuye con la política de promoción y afianzamiento de una cultura hacia la competencia.

(*) Esta nueva ley no se ha aprobado todavía.

Objetivos a Alcanzar

El objetivo principal de Procompetencia es la promoción y protección de la Libre Competencia en beneficio de los productores y consumidores en el territorio. Esto se traduce en:

- Incremento en el número de opciones de los consumidores.
- "Disciplina" en la conducta de los oferentes-demandantes.
- Las empresas (oferentes y demandantes) se ven obligadas a moderar precios, condiciones de comercialización y mejorar calidad y tipos de productos de los productos.
- Con ello, se estimula la innovación y el dinamismo de los mercados.



¿Cuál es nuestra responsabilidad?

Nuestra Agencia de Competencia tiene como principal y general responsabilidad lo siguiente:

1. La contribución y apoyo en la formulación de políticas económicas o medidas que promuevan y mejoren la dinámica de la competencia en los mercados en particular y en la economía en general.

2. Lucha efectiva contra las prácticas comerciales restrictivas

Ahora particularmente nuestra responsabilidad concreta en:

- Determinar y sancionar las prácticas o conductas anticompetitivas, y demás medios que puedan impedir, restringir o limitar el goce de la libre competencia.
- Monitorear los mercados mediante la apertura de investigaciones preliminares, a fin de determinar la existencia de prácticas anticompetitivas.
- Autorizar conductas restrictivas de la libre competencia.
- Elaborar Informes de Políticas Públicas y/o especiales de diversos sectores que lo ameriten.
- Revisar y analizar Leyes y/o proyectos de leyes desde el punto de vista Jurídico - Económico que forman parte de la Agenda Legislativa y que guarden relación con el área de competencia de la Superintendencia.
- Fortalecer las acciones de Cooperación Interinstitucional.

¿A través de qué medios actuamos?

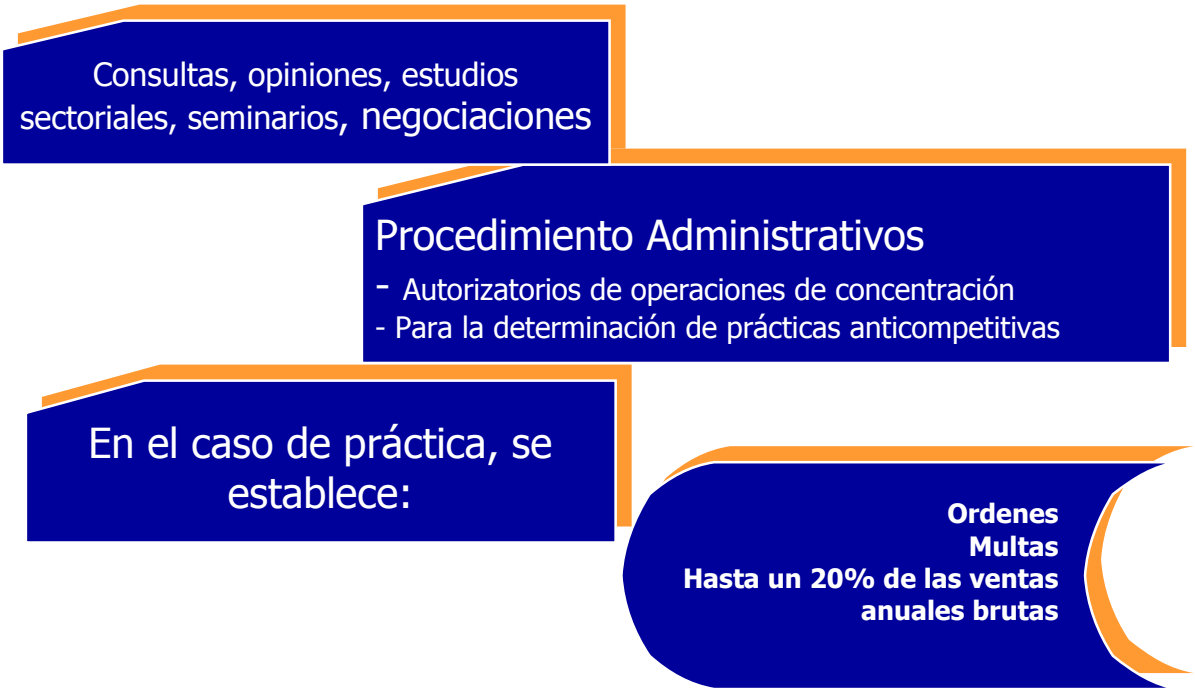
Promover la Competencia y la Eficiencia

- Opiniones y consultas
- Seminarios
- Informes de Políticas Públicas
- Negociaciones

Proteger la Libre Competencia

- Interviniendo las prácticas anticompetitivas, a través de procedimientos administrativos
- Observando que las concentraciones no causen daños al mercado.

El diagrama siguiente refleja esquemáticamente como actúa Procompetencia



¿Cuál es nuestro umbral de Acciones?

Las agencias de competencia dependiendo de la naturaleza de su creación y de las características de sus mercados priorizan las diversas prácticas anticompetitivas que van a atacar, en el caso de Venezuela, se contempló en nuestra legislación, lo siguiente:

En materia de prácticas de explotación para la obtención de rentas no lícitas

- Abusos de posición de dominio
- Acuerdos entre competidores

En materia de prácticas de exclusión

- Abusos de posición de dominio
- Acuerdos entre competidores
- Competencia desleal
- Boicot

En Competencia Desleal, con desplazamiento de competidores:

- Violación de los secretos industriales.
- Simulación de productos
- Publicidad falsa o engañosa dirigida a limitar la libre competencia.
- Publicidad comparativamente falsa
- Soborno comercial
- Otros actos desleales, tales como:
- Aprovechamiento del esfuerzo ajeno.

En materia de Concentraciones, siempre que:

- Produzcan o refuercen una situación de dominio.
- Generen efectos restrictivos de la libre competencia.

- Joint venture
- Fusiones Adquisiciones

Sujetos de Aplicación de la Ley

A pesar que Venezuela es un país con una alta influencia del sector público en la actividad económica, en su legislación sobre competencia no se contempló discriminación alguna, es así, que nuestra Ley se aplica en forma general a:

- Personas naturales o jurídicas
- personas públicas o privadas
- Agrupación de alguna de las anteriores, o de su vinculación con otras.

Siempre que realicen actividades económicas, con o sin fines de lucro, en el territorio nacional

La abogacía por la competencia en Venezuela

A pesar que Venezuela se ha caracterizado por la volatilidad en la aplicación de sus políticas económicas, pasando por diversos enfoques de apertura por un lado, y la aplicación de controles por otro, el desarrollo de la normativa en materia de competencia se inserta en el área de abogacía, en la medida que los lineamientos técnicos aplicables a los diversos sectores proporcionan a los agentes económicos un mayor entendimiento acerca de las disposiciones legales, y brindan mayor claridad acerca de los procedimientos y las implicaciones de legalidad que pudieran tener actuaciones por parte de los mismos.

Sin embargo, tenemos una serie de limitaciones para promover eficientemente la política de competencia y por ende la cultura asociada a ella, entre otras cosas por algunas debilidades institucionales que están presentes. Destacan las siguientes:

-PROCOMPETENCIA cuenta con una estructura organizacional adecuada que le permite resolver los casos satisfactoriamente, sin embargo y dada las limitaciones presupuestarias para llevar a cabo la tarea de promoción, no dispone de recursos suficientes para llevar a cabo estudios en los que se analicen las condiciones de competencia de sectores estratégicos para el país, ni para la generación de indicadores de impacto de las políticas de competencia en términos de eficiencia y bienestar del consumidor, lo cual limita la capacidad de respuesta eficiente y oportuna a las crecientes solicitudes de sectores públicos y privados como ente formador de políticas públicas.

-Poca comprensión y apoyo por parte del sector oficial: A pesar de que la Ley y la Superintendencia tienen casi 13 años de haber sido creada, existe en el país un gran desconocimiento de la materia de competencia. Tanto la institución como las decisiones que se toman son poco comprendidas por el sector político oficial; lo que se traduce en un escaso apoyo en lo que a recursos financieros, técnicos y humanos se refiere.

-Presencia a nivel nacional: A pesar de que la Ley Para Promover y Proteger la Libre Competencia permite la constitución de agencias de competencia en los distintos estados

del país, en la práctica tal situación nunca se ha materializado, lo que impide que muchos agentes económicos pequeños que se ven afectados por practicas anticompetitivas no hagan las denuncias correspondientes. Sin embargo, es oportuno señalar, que en la actualidad esta en proyecto la creación de dependencias en otras ciudades del país.

-En cuanto a la relación con algunos sectores regulados, es importante destacar que se han introducido principios de competencia en diversas leyes, por ejemplo: Ley de Telecomunicaciones, Ley del Sector Eléctrico y recientemente, Ley del Gas, incluyendo además, la opinión previa de la Superintendencia para la aprobación de algunas operaciones por parte de los entes reguladores. En cuanto al sector Telecomunicaciones, el trabajo de la Superintendencia con la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) se ha basado en reuniones sostenidas con la idea de debatir algunas políticas regulatorias que puedan ser aplicadas al sector y que mejoren la dinámica de la competencia en el mercado en general y en particular, la coordinación para la realización de los diferentes estudios y consultas de casos de fusión, creación de empresas, análisis técnico sobre practicas anticompetitivas, etc.

La regulación del sector eléctrico en Venezuela ha tenido serios tropiezos, la pertinencia e importancia del sector, se ha venido discutiendo por diferentes entes públicos y privados desde la década de los 90´s. En este sentido, en julio del año 2002 se publicó el estudio "Costo Venezuela: Opciones de Política para Mejorar la Competitividad", realizado por CONAPRI y co-financiado por la CAF, en el mismo se presentó un diagnóstico del sector y se dejó planteado la importancia de la definición de un marco regulatorio para superar las deficiencias encontradas. A la fecha, ya el sector cuenta con dicho marco regulatorio, además ha sido creada la Comisión de Energía Eléctrica. Vale destacar, que la Ley del sector, contempla la participación de nuestra agencia de competencia, sobretodo en las consideraciones sobre las variables de competencia, inversiones, etc. Sin embargo, se encuentra en una fase incipiente, por lo que se hace necesario realizar los estudios pertinentes a fin de promover y evaluar la competencia en el Sector Eléctrico Nacional de acuerdo a las siguientes variables:

a) Estructura de mercado y dinámica de Competencia
b) Tarifas, Costos y Calidad del servicio.
c) Nivel de Inversiones requeridos para que el sector sea competitivo.

Por último, en el aspecto de la promoción, vale destacar que PROCOMPETENCIA al igual que las Agencias de Competencia de la Comunidad Andina, es beneficiaria del proyecto "Armonización de las Reglas de Competencia en la Región Andina", financiado por la CAN-CEE, el cual tiene como objetivo contribuir y consolidar el Mercado Común Andino mediante la disposición e implementación efectiva de las normas de competencia sub-regional y nacionales que aseguren que los beneficios logrados en el proceso de integración no sean menoscabados por prácticas restrictivas a la libre competencia, así como contribuir con el fortalecimiento institucional de las agencias de competencias de la región.

En el marco del proyecto en referencia, PROCOMPETENCIA recibió apoyo para actividades tales como realización de dos seminarios en Caracas, pasantías de funcionarios en las oficinas de competencia de la Región Andina, para la contratación de expertos en áreas puntuales y para realizar un estudio del ambiente institucional de la Oficina, el cual arrojo como una de las líneas del fortalecimiento institucional la necesidad de contar con

estudios de impacto en la libre competencia, además el estudio evidenció las limitaciones presupuestarias de la institución, por lo que se acude a otras fuentes complementarias de asistencia técnica.

ALGUNOS CASOS EMBLEMATICOS

- **En el año 1996**: Se determinó que el llamado a cerrar las farmacias que no estaban de turno, por parte de la Federación Farmacéutica, era una práctica de exclusión.

- **En el año 1996**: Se determinó que las empresas de periódico habían incurrido en un cartel para fijar el precio de los espacios publicitarios de las carteleras de cine.

- **En el año 1999**: Se determinó que no hubo prácticas desleales, por concepto de simulación de productos y publicidad engañosa, ante una denuncia de la empresa Swagelock

- **En el año 2001**: Se demostró que las empresas de Seguros Caracas, Nuevo Mundo, General de Seguros y Seguros Guayana fijaban sus baremos conjuntamente, realizando la práctica de acuerdos concertados.

- **En el año 2001**: Se sancionó a los equipos de béisbol profesional y empresas Polar que habían cometido prácticas de exclusión en el arrendamiento de espacios publicitarios, patrocinio y comercialización de productos en las temporadas de béisbol.

- **En el año 2002**: Se sancionó a C.V.G. Venalum, por abuso de posición de dominio contra la empresa Sural. En este caso, por violar las condiciones contractuales para el suministro de aluminio a Sural. Se impuso multa de 569 Millones 790 Mil 418 bolívares.

- **En el año 2003**: Se sancionó a un grupo de empresas productoras de cemento por "acuerdos y prácticas concertadas para la fijación del precio del cemento portlant gris tipo 1", (cartel); durante el ejercicio económico 2002. Se impuso multas por 2.400 millones de bolívares.

- **En el año 2003**: Suscribimos el Proyecto Competencia, auspiciado por la comunidad Andina y la comunidad Europea para fortalecer institucionalmente a las agencias de competencias de los países andinos.

- **En el año 2005**: Se sancionó a dos canales de televisión por haber incurrido en la práctica contemplada en los ordinales 1 y 3 del artículo 10 de la Ley para Proteger y Promover el Ejercicio de la Libre Competencia. (ver anexo resolución)

¿Cuáles son nuestros retos?

Buscar mecanismos que permitan solventar:

- La falta de promoción de la política de competencia, como elemento de apalancamiento estratégico de políticas públicas y su inserción dentro de las políticas industriales.
- Las debilidades que presenta hoy día nuestro marco legal.
- La poca preparación que tienen los jueces en materia de competencia.
- La restricción presupuestaria que tiene la Institución

Acuerdos Horizontales

Bosquejo general:

1.- Beneficios económicos basados en una política de competencia.

1.1. Mercados en Competencia: *Son aquellos en los cuales existen muchos oferentes y demandantes sin que ninguno de ellos tenga poder para imponer condiciones de forma unilateral.*

1.2. Características de un mercado en Competencia:

- *Bienes Homogéneos*
- *Información Perfecta*
- *Empresas precio-aceptantes*
- *Perfecta movilidad de factores.*

2.- Ineficiencia de los monopolios y carteles

2.1. Mercados en Monopolio: *Son aquellos mercados en los que existe un solo oferente de un bien determinado para el cual no existen sustitutos cercanos.*

2.2 Características de los mercados en Monopolio:

- *Control de factores claves*
- *Economías de Escala*
- *Patentes*
- *Licencias y Concesiones*

2.3 Consecuencia de las ineficiencias en el Mercado:

- *Productos de baja calidad*
- *Perdida de la oportunidad de elegir*
- *Ausencia de incentivos para investigaciones y desarrollo*
- *Precios monopolísticos.*

3. Carteles: *Según* CONRATH, *los carteles son aquellos acuerdos entre competidores que restringen la libre competencia.*

4. Acuerdos Horizontales: *Son acuerdos que se producen entre competidores para coordinar sus actividades y maximizar beneficios. Se diferencian en la forma en que se materializan y estos pueden ser: acuerdos o convenios, prácticas concertadas y decisiones colectivas.*

5.- Condiciones necesarias para que se cree un Cartel y sea sostenible.

5.1. Estructura del mercado:

a) Tener algún grado de poder de mercado

b) Mercados concentrados

c) Altas Barreras a la entrada

d) Homogeneización del producto

e) Tamaño de la demanda

f) Poder de compra de los demandantes

g) Licitaciones

h) Demanda Inelástica

5.2. Estructura del acuerdo

a) Costos de la negociación

a) Costos de control

b) Mayor número de oferentes posible

c) Penalizaciones

5.- Los acuerdos entre competidores en diferentes legislaciones

DECISIÓN 285:

Artículo 3.- *Se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia.*

Los acuerdos a que se refiere el inciso anterior, podrán incluir aquellos de tipo horizontal o vertical que se celebren entre partes relacionadas de las empresas.

Artículo 4.- *Se consideran acuerdos, actuaciones paralelas o prácticas concertadas:*

a) La manipulación indebida o fijación directa o indirecta de precios u otras condiciones de comercialización, en términos discriminatorios con relación a los que hubieran prevalecido en operaciones comerciales normales;

b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones. Asimismo, las limitaciones o prohibiciones de exportar, importar o competir;

c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento, en especial las maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas;

d) La aplicación en las relaciones comerciales, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros;

e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos; y,

f) Otros de efectos equivalentes.

DECISIÓN 608 (actualmente vigente)

Artículo 7.- *Se presumen que constituyen conductas restrictivas a la libre competencia, entre otros, los acuerdos que tengan el propósito o el efecto de:*

a) Fijar directa o indirectamente precios u otras condiciones de comercialización;

b) Restringir la oferta o demanda de bienes o servicios;

c) Repartir el mercado de bienes o servicios;

d) Impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado; o,

e) Establecer, concertar o coordinar posturas, abstenciones o resultados en licitaciones, concursos o subastas públicas.

f) Se excluyen los acuerdos intergubernamentales de carácter multilateral.

Artículo 8.- *Se presumen que constituyen conductas de abuso de una posición de dominio en el mercado:*

a) La fijación de precios predatorios;

b) La fijación, imposición o establecimiento injustificado de la distribución exclusiva de bienes o servicios;

c) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones supletorias que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;

d) La adopción de condiciones desiguales con relación a terceros contratantes de situación análoga, en el caso de prestaciones u operaciones equivalentes, colocándolos en desventaja competitiva;

e) La negativa injustificada, a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de productos o servicios;

f) La incitación a terceros a no aceptar la entrega de bienes o la prestación de servicios; a impedir su prestación o adquisición; o, a no vender materias primas o insumos, o prestar servicios, a otros; y,

g) Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica.

LEY PARA PROMOVER Y PROTEGER EL EJERCICIO DE LA LIBRE COMPETENCIA

Artículo 10: *Se prohíben los acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas o prácticas concertadas para:*

> *1º Fijar, de forma directa o indirecta, precios y otras condiciones de comercialización o de servicio;*
>
> *2º Limitar la producción, la distribución y el desarrollo técnico o tecnológico de las inversiones;*
>
> *3º Repartir los mercados, áreas territoriales, sectores de suministro o fuentes de aprovisionamiento entre competidores;*
>
> *4º Aplicar en las relaciones comerciales o de servicios, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación de desventaja frente a otros; y*
>
> *5º Subordinar o condicionar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos del comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.*

7.- Tipos de carteles y casos prácticos en Venezuela.

a) Para fijar precios y otras condiciones de comercialización

b) Para repartirse el mercado, áreas territoriales, fuentes de aprovisionamiento (Caso: Bigott - Catana)

c) Para limitar la producción, la distribución y el desarrollo tecnológico (Caso: producción, Avensa- Aeropostal, Territoriales, Tepuy Marina y Marítima Ordaz)

d) Para atar otros productos a la venta

e) Otros (Caso: licitaciones AES y EDC)

PROYECTO DE LEY: LEY PARA PROMOVER LA LIBRE COMPETENCIA Y LA EFICIENCIA

La cual se encuentra para su segunda discusión ante la Asamble Nacional

Articulo 7: Acuerdos Horizontales

Se prohíbe todo contrato, acuerdo, convenio, decisión, o práctica concertada entre competidores reales o potenciales, que tengan por efecto la reducción, limitación o eliminación de la competencia, sin que medien eficiencias que la compensen, y en especial las siguientes:

> *1. Controlar la publicidad, promociones u ofertas y otras variables de competencia.*
>
> *2. Aplicar n las relaciones comerciales de bienes y servicios precios o condiciones desiguales para prestaciones equivalentes.*
>
> *3. Subordinar o condicionar las relaciones comerciales de bienes o servicios a la aceptación de prestaciones suplementarias que por su naturaleza o arreglo con los usos del comercio no guarden relación con el objeto de esa relación comercial.*

Se prohíben los acuerdos horizontales que tengan lugar en el seno de una agrupación, sujeto de aplicación de esta Ley, cuyo efecto sea la reducción o eliminación de la competencia entre sus miembros.

Artículo 8: Cartelización

Se prohíbe todo contrato, acuerdo, convenio, decisión o práctica concertada entre competidores reales que tenga por objeto:

1. Fijar, directa o indirectamente, los precios de compra o de venta de bienes o servicios, y/u otras condiciones de comercialización.

2. Limitar o restringir la producción, la solicitud, la distribución, la comercialización, el desarrollo de investigaciones o técnico y las inversiones.

3. Repartir los mercados, fuentes de abastecimientos, o áreas territoriales.

4. Abstenerse de presentar o concertar ofertas, posturas en licitaciones, remates, concursos o subastas.

Se prohíbe la Cartelización que tenga lugar en el seno de una agrupación, sujeto de aplicación de esta Ley.

Acuerdos Horizontales

¿Qué es un acuerdo horizontal?

Un acuerdo horizontal es un acuerdo entre competidores para coordinar sus actividades. Como cualquier otro contrato, los acuerdos horizontales se llevan a cabo cuando las partes involucradas pueden obtener un beneficio de él[1]. Las firmas que participan en un mercado buscan, en general, incrementar sus beneficios hasta donde sea posible, y debido a que los beneficios de los monopolistas son mayores que los beneficios de las empresas que rivalizan en un mercado competitivo, en cualquier industria existen incentivos para que las empresas coordinen sus actividades y actúen como un único oferente.

Los acuerdos horizontales, además de afectar la situación de las empresas que lo realizan, también afectan a los consumidores. Al actuar como un monopolista, las empresas que forman un cartel están en la posibilidad de cobrar por sus productos precios más altos de lo que podrían si compitieran. Por lo tanto, el efecto de los carteles es la reducción de la oferta, la cual incrementa los precios de los productos y, por tanto, disminuye el bienestar de los consumidores. Esta es la razón que subyace a la prohibición de los acuerdos entre competidores en las leyes antimonopolio.

Ahora bien, no todos los acuerdos entre las empresas que compiten en un mercado, afectan negativamente a la competencia. Algunos acuerdos horizontales, también tienen efectos favorables para los consumidores. Por ejemplo, las empresas pueden realizar acuerdos para

[1] Posner, R. Economic Analysis of Law. Little, Brown and Co. Bostosn, 1992.

desarrollar conjuntamente nuevas técnicas de producción. Estos acuerdos tienen por objeto evitar la dualidad de inversiones, por lo que reducen los costos de investigación y desarrollo de cada empresa. Sin embargo, también es cierto que todo acuerdo, eficiente o no, facilita la comunicación entre las empresas que lo forman, de manera que se establecen las condiciones para el tipo de colusión que reduce la competencia.

Algunos autores[2] hacen la distinción entre el término acuerdo (horizontal) y cartel. Los acuerdos horizontales se refieren a cualquier acuerdo entre competidores, mientras que los carteles son únicamente los acuerdos entre competidores que restringen la competencia y, por tanto, perjudican a los consumidores. Desafortunadamente, la línea divisoria entre estas dos categorías no es muy clara, pues es común que los acuerdos generen resultados eficientes y anticompetitivos simultáneamente, y es por ello que la aplicación de la política antimonopolio requiere de un detallado análisis de los efectos de estos contratos.

Aunque los carteles tienen un efecto negativo sobre los consumidores, es necesario señalar que el mismo principio que promueve su formación, la búsqueda de mayores beneficios, hace que estos acuerdos sean vulnerables. Una vez que todas las firmas de un mercado han acordado incrementar el precio, cada una de ellas tiene incentivos para romperlo. Supóngase que en una industria existen cuatro empresas que compiten. Al principio actúan de manera independiente y el precio de mercado de un determinado producto es de $ 10 Las empresas tienen incentivos para coludir e incrementar el precio del producto, digamos, a $ 15. Como las firmas han acordado no competir y vender a un mismo precio, los beneficios de todas ellas se incrementarán. Ahora bien, los miembros del cartel, una vez fijado el nuevo precio, tienen incentivos para romper el acuerdo, por ejemplo, ofreciendo el producto a $ 13, de manera que, ya que todas las demás cobran $ 15, sus ventas y beneficios podrían incrementarse significativamente.

Por lo tanto, para que un cartel efectivamente tenga alguna influencia en el precio en las cantidades de mercado es indispensable que las firmas que lo componen estén en capacidad de detectar alguna violación del acuerdo. Si esto no es posible, el cartel fracasará, el perjuicio sobre los consumidores será transitorio, y la aplicación de política antimonopolio será innecesaria.

Condiciones para que un cártel sea sostenible.

La probabilidad de que un grupo de firmas de una misma industria acuerden coordinar sus actividades con éxito depende tanto de la estructura de mercado, como de la estructura del acuerdo.

En primer lugar, es indispensable que el cartel puedan imponer un incremento de precios, es decir, el cartel debe tener algún grado de poder de mercado. Es bien sabido que la posibilidad de ejercer poder de mercado depende en gran medida de la estructura de este. Así, es más probable que un acuerdo entre competidores pueda dar lugar a un incremento de precios en industrias concentradas o con altas barreras a la entrada.

Cuanto más concentrada sea una industria, mayor la probabilidad de un acuerdo de que competidores represente una cuota de mercado significativa. La concentración de mercado también es importante porque en la medida que en un mercado el número de competidores sea menor, los costos de negociación serán menores. Resulta menos costoso llegar a

[2] Conrath, C. Practical Handbook of Antimonopoly Law Enforcement for an Economy in Transition. U.S. Departament of Justice , 1995.

acuerdos cuando el número de agentes es menor. Esta variable es importante también porque afecta la estructura del cartel. Los costos para controlar el cumplimiento del acuerdo son menores cuando el número de agentes que lo conforman es menor. Cuando un acuerdo está conformado por pocas empresas las violaciones del cartel serán más fáciles de detectar.

La existencia o ausencia de barreras a la entrada también afecta el potencial para la colusión. Aún en una industria concentrada, las empresas que forman un cartel pueden ser incapaces de incrementar los precios de manera sostenida. En caso de que no existan impedimentos para la entrada de nueva competencia, el incremento de precios producto de la colusión aumentaría los beneficios de la industria y, por tanto, se crean incentivos para la entrada de nuevas empresas. La entrada de nuevas empresas incrementa la oferta y, por tanto, reduciría los precios, haciendo que la acción colusiva de las empresas del cartel no tenga efecto.

No sólo la concentración y las barreras a la entrada afectan la posibilidad de éxito de un cartel. Cualquier estudio sobre el poder de mercado debe incluir también otros factores tales como el grado de diferenciación del producto, el tamaño de la demanda, el crecimiento o decrecimiento de ésta, la estructura de los canales de distribución o el poder de compra de los consumidores[3].

Pero la posibilidad de ejercer una acción anticompetitiva también depende de la estructura interna del acuerdo. Para que una acuerdo anticompetitivo sea viable, los beneficios que cada una de las empresas obtiene deben ser mayores que los costos de organización. Estos costos, como se señaló anteriormente, dependen del número de agentes que participan en el cartel. Sin embargo, otros factores afectan también la estructura interna del acuerdo. Es más fácil y menos costoso hacer cumplir un acuerdo donde los productos son homogéneos. Un acuerdo en precios cuando los productos son diferenciados no es viable, pues solo incrementará los beneficios de los oferentes que venden productos de mayor calidad, mientras que los productos menos apreciados por los consumidores perderán ventas, creándose el incentivo para que éstos rompan el acuerdo.

Existen otros elementos que propician la formación de acuerdos. En los que se produce cámaras o asociaciones que reúnen a los productores de una industria, es más probable que se produzca la colusión, pues los costos de comunicación entre los competidores son menores.

Finalmente, un acuerdo tiene una mayor probabilidad de tener éxito cuando se establecer penalizaciones a aquellos que lo incumplan. Si esto es posible, la empresa que viole el acuerdo debe pagar un costo. La existencia de asociaciones o cámaras gremiales con normativas bien desarrolladas pueden propiciar la imposición de "multas" para estos casos.

Los acuerdos entre competidores concentran (coordinan) la toma de decisiones de agentes independientes. En un sentido los acuerdos horizontales tienen el mismo efecto que la fusión de empresas, pues hacen que la independencia de acciones desaparezca. Sin embargo existe una importante diferencia entre estos dos tipos de concentración de la toma de decisiones. La fusiones entre empresas tienen un carácter más permanente, pues las firmas de hecho se convierten en un solo agente económico. Cuando se evalúan los posibles efectos de una fusión se considera fundamentalmente la posibilidad de que se incremente el poder de mercado de la nueva firma. En un acuerdo entre competidores es necesario además conocer su estructura interna con el fin, en orden de establecer la posibilidad de que

[3] Jaquemin. The New Industrial Organization: Market Forces and Strategic Behavior. MIT, Cambridge, 1987.

sea sostenible en el tiempo. En este sentido los acuerdos son más vulnerables que las fusiones; un efecto anticompetitivo derivado de un cartel puede desaparecer antes que uno derivado de una fusión. Sin embargo, debido a que las fusiones concentran la toma de decisiones de todos los aspectos de la producción, son más proclives a crear eficiencias[4].

Tipos de acuerdos horizontales.

En principio, no hay ningún elemento positivo que permita concluir que todo acuerdo entre competidores restringe la competencia. Aunque es cierto que las firmas pueden incrementar sus beneficios coordinando sus decisiones para actuar como un monopolista, también es cierto que existen acuerdos que generan eficiencias con lo cual se incrementan los beneficios y el bienestar de los consumidores. Incluso, aún los acuerdos entre competidores que, en principio, tienen un objeto claramente pro-competitivo son susceptibles de generar restricciones a la competencia, pues facilitan la comunicación entre sus miembros e incrementan la posibilidad de coordinar otras formas de competencia.

La prohibición de los acuerdos entre competidores es, probablemente, el más ortodoxo de los dispositivos de la política antimonopolios. Las empresas en un mercado rivalizan por los clientes ofreciendo precios más bajos o productos de mejor calidad. Cuando las firmas convienen en fijar los precios de los bienes, las cantidades (que indirectamente afectan al precio) o cualquier atributo cualitativo de los productos eliminan una característica que es inherente a la competencia, a saber: la independencia en el comportamiento económico.

Es importante resaltar el hecho de que las variables utilizadas por las empresas para competir no son independientes. Las decisiones de los consumidores no se basan únicamente en el precio del producto, sino también en los atributos cualitativos de cada una de las alternativas ofrecidas. Las empresas pueden acordar la fijación de cualquier variable, por ejemplo, el horario en el cual sus productos están a la venta. Incluso en el caso de que los precios no se vean afectados, el bienestar del consumidor disminuye afectado en la medida que se reduce la calidad del producto, entendiendo ésta en su sentido amplio, es decir, cualquier elemento que afecte la forma en que un bien o servicio satisface la necesidad de los consumidores[5]. Una reducción de la calidad sin incremento de precios tiene el mismo efecto sobre el bienestar del consumidor que un incremento de precios sin mejora en la calidad.

Aunque la discusión de las secciones anteriores sobre la naturaleza de los acuerdos se han enfocado en la fijación de precios, son extensible a cualquier otra variable de competencia. La distinción entre acuerdos de precios y acuerdos en variables distintas del precio es, aunque útil para estructurar conceptualmente los diferentes tipos de acuerdos horizontales, insuficiente. Al afectarse cualquier variable de competencia se afecta la relación precio/calidad que utiliza el consumidor toma sus decisiones de compra.

Las firmas también pueden coludir para incrementar los costos de los consumidores, los costos de sus competidores e incluso los de toda la industria, incluyendo los propios. En general estas conductas tienen dos efectos: en primer lugar con el incremento en los costos se reduce la oferta de productos en el mercado y, por lo tanto, se incrementan los precios; en segundo lugar; ese mismo incremento de costos hace más costosa la entrada en el

[4] Bork . The Antitrus Paradox: A policy at War with Itself. Free Press. 1993

[5] Calidad, aquí, se entiende como cualquier atributo que pueda apreciar el consumidor, y no solamente sus características físicas. Por ejemplo, el hecho de que un producto esté disponible en comercios más cercanos supone, para los consumidores, un incremento en la calidad.

mercado. Esto es válido también para el caso en el que se incrementan los costos de los consumidores, pues éstos enfrentan mayores restricciones para buscar nuevas alternativas.

Es necesario señalar que este tipo de conducta, aunque normalmente son producto de un acuerdo entre competidores, también pueden realizarse por una sola empresa y son racionalmente económicos siempre que el incremento de precios derivado de la reducción de la oferta sea mayor que el incremento de costos. En este trabajo, claro está, solo son de interés los primeros[6].

Pero los acuerdos entre competidores no siempre son perjudiciales para los consumidores. Los *joint ventures* son beneficiosos para el desarrollo de algún nuevo producto, alguna técnica de producción o de comercialización, incluyendo publicidad conjunta. En ocasiones estos acuerdos buscan evitar alguna falla de mercado, como los efectos externos (externalidades) o el problema del polizón (*free rider*). Este tipo de acuerdos estaría justificado en razones de eficiencia[7]. Aún cuando colateralmente conduzca a la coordinación de otras variables que supongan una restricción al comportamiento competitivo, no puede derivarse, a priori, que el efecto neto sobre el bienestar del consumidor deba ser siempre negativo.

En general, existe consenso acerca de que algunos tipos de acuerdos son inherentemente restrictivos de la competencia, sin que puedan aportar beneficios apreciables para los consumidores. Estos acuerdos son, seguramente, el ejemplo paradigmático de una restricción a la competencia y fundamentalmente se refieren a la fijación de precios o cantidades por parte de un grupo de competidores. La práctica antimonopolio norteamericana conoce a estos acuerdos como acuerdos desnudos (*naked agreements*) y debido a su carácter inherentemente anticompetitivo, la jurisprudencia los ha considerado ilegales *per se*.

Los acuerdos ilegales *per se* tienen por único efecto incrementar el poder de mercado de las firmas participantes, lo que les permite incrementar los precios y, con ello, su propio beneficio. En esta categoría de acuerdos están incluidos los carteles de precios, para fijar cantidades, para repartir mercados o los boicots, es decir, las conductas destinadas a excluir a algún competidor establecido o entrante.

La regla *per en* contra de los acuerdos para no competir es una regla de decisión según la cual no se admite ninguna prueba alguna una vez que el acuerdo ha sido probado. Es decir, que existe la presunción de que los efectos de estos acuerdos son siempre anticompetitivos. Una vez que la existencia del acuerdo para fijar precios ha sido demostra, no se requiere la prueba de efectos restrictivos de la competencia sino que éstos se presumen[8].

---

[6] Aunque la idea de que una empresa o un grupo de ellas incrementan sus costos conscientemente puede resultar contraintuitiva, este tipo de acuerdos han sido un tema de creciente interés en la literatura. Usualmente se conoce como *raising rivals costs* o raising cheaters cost. Ver Coate and Kleit. Exclusion, Colusion or Confusion: The Underpinnings of raising Rivals' Costs. FTC, 1989. Salop and Scheffeman, Cost Raising Strategies. Journal of Industrial Economics, Vol. 36, pp. 19-34.

[7] Kattan, J. Antitrust Analysis of Technology Joint Ventures: Allocative Eficiency and the Rewards of Innovation. FTC. Antitrust Law Journal. Vol 61, 1993.

8 La regla per se tiene un cierto grado de arbitrariedad. En efecto, esta regla se aplica a los acuerdos que inherentemente tienen un efecto anticompetitivo. Sin embargo como se ha señalado ya, todas las variables de competencia usadas por las empresas son interdependientes, por lo que al fijar una se afectan las demás. De alguna manera todo acuerdo para la fijación de una variable de competencia afecta el precio. Tal como Bork, Ibid, ha señalado:

Presumiblemente es más probable que un juez pueda defender un acuerdo de vendedores de automóviles para cerrar los domingos que un acuerdo de los mismos vendedores para incrementar en $200 el precio de cada

Los acuerdos entre competidores, sin embargo no solo incluyen acuerdos para fijar precios, cantidades, división de mercados y boicots. Los competidores de un mercado también pueden coludir de otros maneras, que difieren con estas en el sentido de que su efecto anticompetitivo es menos evidente, es decir, afectan el precio y las cantidades de mercado de manera indirecta.

Las empresas pueden, por muchas razones, preferir estrategias colusivas basadas en costos a estrategias de fijación directa de precios o cantidades. Cuando los costos de hacer cumplir el acuerdo son elevados, las firmas tienen incentivos para recurrir a acuerdos sobre los costos o acerca de la calidad del bien. El control sobre los acuerdos para fijar precios puede ser mucho más difícil que el control sobre la calidad de los productos o la cantidad de publicidad utilizada[9].

Algunos acuerdos para fijar variables de competencia pueden tener un efecto indeterminado o incluso favorable para los consumidores. Una asociación de profesionales puede fijar estándares mínimos para la prestación de servicios profesionales o crear códigos de ética. De esta manera, los profesionales acumulan una mejor reputación, pero reducen los costos de búsqueda de los consumidores. Estos estándares pueden tener un efecto similar al de los controles sanitarios de origen gubernamental impuestos en algunos productos. Por lo tanto, aún cuando los acuerdos entre competidores restringen la competencia, también son susceptibles de generar eficiencias que favorezcan a los consumidores[10].

En general para que un acuerdo sea restrictivo de la competencia se requiere que, el grupo de firmas que lo conforman posean, conjuntamente, poder de mercado. También es necesario que el acuerdo sea sostenible, es decir, que las firmas que no participen en el acuerdo o que lo violen puedan ser excluidas de los beneficios de la colusión o que puedan ser penalizadas. Ahora bien, dado que los acuerdos horizontales también pueden dar lugar a eficiencias estas deben ser consideradas para establecer el resultado neto del acuerdo. Tales consideraciones deben ser obviadas cuando los beneficios puedan obtenerse por medios alternativos diferentes a la colusión, es decir, cuando un cartel genera un efecto beneficioso para los consumidores que puede ser alcanzado por medios menos restrictivos. Éste argumento no debe ser contemplado a la hora de determinar la posibilidad de que no se trate de un acuerdo restrictivo. Finalmente, aún los acuerdos que generen eficiencias no deben incluir la fijación de variables de competencia de manera innecesaria[11].

Los acuerdos entre competidores en la legislación venezolana.

Se dice comúnmente, que la legislación venezolana en materia de libre competencia está, en gran medida, inspirada en la legislación europea. Como algunos autores han señalado, este hecho es frecuente en un número de países en los que recientemente se han creado

---

auto. Sin embargo no existe diferencia entre los dos casos. Ambos son restricciones a la competencia cuyo único propósito es incrementar el ingreso de los vendedores restringiendo la cantidad vendida.
La regla per se no implica que éstos acuerdos sean más perjudiciales para los consumidores que otros acuerdos entre competidores, sólo que la prueba de esos es más fácil o, mejor aún, es evidente. Los acuerdos que no se consideran ilegales per se pueden ser tan o más perjudiciales que estos, pero la pruebna de sus efectos es más costosa. Esta regla es por tanto una categoría jurídica relacionada con el as`pecto probatorio de las conductas anticompetitivas, que no dice nada sobre la magnitud de sus efectos.

[9] Langenfeld y Morris. Analyzing agreements among competitors: What Does the Futures Hold? The Antitrust Bulletin, Vol. XXXVI, Number 3, Fall, 1991.

[10] Coate, M. Horizontal Restraints in the Professions. The Antitrust Bulletin, Vol. XXXIV, Number 4, Winter, 1991.

[11] Langenfeld y Morris, *Ibid*.

sistemas de competencia y, muy probablemente, se debe a la tradición del derecho codificado (*civil law*). No obstante, aunque la influencia de la práctica antimonopolio norteamericana no es tan clara en la estructura de los textos legales, sé lo ha sido en lo relativo al desarrollo de metodologías de análisis[12] sobre los efectos de las prácticas comerciales sobre la competencia. Estas dos influencias están también presentes en la legislación venezolana.

Los acuerdos entre competidores contenidos en la legislación venezolana son de diversos tipos. De una manera general, puede afirmarse que las principales prohibiciones referentes a estas prácticas son las contenidas en los artículos 9º y, especialmente, en el 10º. Sin embargo, otras disposiciones también pueden ser aplicadas, como los artículos 5º, 7º y 8º. Esta variedad de disposiciones se debe a la existencia de diferentes tipos de acuerdos entre competidores.

En el centro de las disposiciones que prohíben los acuerdos horizontales están los acuerdos que la legislación norteamericana ha considerado *per se*. Este tipo de acuerdos está contenido, en la legislación venezolana, en el artículo 10º de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia:

> *Se prohíben los acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas o prácticas concertadas para:*
>
> *1° Fijar de forma directa o indirecta precios y otras condiciones de comercialización o de servicio;*
>
> *2° Limitar la producción, la distribución y el desarrollo técnico o tecnológico de las inversiones;*
>
> *3° Repartir los mercados, áreas territoriales, sectores de suministro o fuentes de aprovisionamiento entre competidores.*
>
> *4° Aplicar relaciones comerciales o de servicios, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación de desventaja frente a otros; y*
>
> *5° Subordinar o condicionar a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos del comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.*

Es fácil ver la similitud de esta disposición, con del artículo 85 del Tratado de Roma[13]. Sin embargo, existe una diferencia; mientras que para la legislación europea se indispensable que los acuerdos tengan por objeto o efecto restringir la competencia, este artículo de la legislación venezolana exime al órgano de probar los efectos de ésta. Nótese que en la redacción del artículo se establece una prohibición a los acuerdos para fijar precios, limitar cantidades, etc., sin hacer referencia a que éstos deban tener un efecto sobre el mercado, esto es, que él artículo 10º de la legislación venezolana no requiere la prueba de los efectos,

---

[12] Ver, por ejemplo: Kovacic, W. Getting Started: Creating New Competition Policy Institutions in Transitiosn Ecomonies. Brooklin Journal of International Law, Vol. 23, number 2, 1997.

[13] Artículo 85º: Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir, falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y en particular las que consistan en: (omissis)

por lo que de alguna manera es análogo a la categoría de prohibición *per se* que contra este tipo de acuerdos ha sido comúnmente aplicada en la legislación norteamericana.

En este sentido, se ha sostenido recientemente[14] que en la prohibición del artículo 10 subyace una presución ¿legal? *iures et de iure*, que no admite prueba en contrario. Según esto, todos los acuerdos para fijar precios, limita la producción o distribución, repartir mercados, aplicar discriminaciones injustificadas o atar cláusulas, limitan la competencia inherentemente. No obstante, estas prácticas son susceptibles de autorización, para lo cual se requiere probar que dichos acuerdos dan lugar a eficiencias que se transmitirán a los consumidores. En los procedimientos autorizatorios[15], no obstante la carga de la prueba recae en el administrado, y no en la Superintendencia.

Según lo anterior[16], la existencia de un procedimiento para autorizar los acuerdos entre competidores contenidos en el artículo 10º no es inconsistente con la presunción *iures et de iure*. En efecto, según esta presunción, todo acuerdo para fijar precios, limitar la producción, discriminar en precios u otras condiciones o atar cláusulas, inherentemente restringe la competencia. Sin embargo, es de hacer notar que la ley venezolana tutela dos bienes jurídicos, a saber: la libre competencia y la eficiencia[17]. Debido a que es posible que un acuerdo de los contenidos en el artículo 10º pueda dar lugar a resultados eficientes, es posible autorizar dichas prácticas, aunque se presuma una restricción a la competencia.

Otra característica importante del artículo 10º, es: que no señala expresamente que dichos contratos deban ser entre competidores. Ahora bien, resulta incomprensible que una ley prohiba los acuerdos para fijar precios entre vendedores y compradores. En este sentido, es importante notar que la doctrina de la Superintendencia ha acotado el ámbito de dicha prohibición a los acuerdos entre competidores, estableciendo tres elementos de tipicidad requeridos para que se configure una violación de este artículo, a saber[18]: a) que la conducta sea el producto de un concierto de voluntades que logre una acción conjunta, b) que su comisión debe ser atribuida a un grupo de competidores y c) su objeto debe estar contenido en los ordinales del artículo 10º.

Ahora bien, la anterior interpretación no debe entenderse como una que promueve necesariamente una política antimonopolio estricta contra los acuerdos horizontales, ni busca catalogar todos los acuerdos entre competidores como acuerdos que siempre restringen la competencia. En efecto, ya se señaló anteriormente que existen otras disposiciones aplicables a los acuerdos horizontales, de manera que los contemplados en el artículo 10º tienen una cercana analogía con los que la doctrina americana denomina *naked agreements*.

---

[14] Kiriakidis, La Dualidad de Prohibiciones en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia. Separata a la Revista de Estudios Jurídicos de la Universidad Central de Venezuela, 1997.

[15] La facultad por parte del Ejecutivo Nacional de dictar reglamentos para autorizar prácticas contenidas en la ley, en general, y de acuerdos entre competidores en particular, está dispuesta en el artículo 29 de la Ley. El Régimen de Autorizaciones está desarrollado en el Reglamento Número 1.

[16] Kiriakidis, *Ibid*.

[17] **ARTÍCULO 1º**: Esta Ley 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.

[18] El criterio según el cual el ámbito del artículo 10º se limita a agentes competidores ha sido, seguramente, uno de los criterios más consistentes de la Superintendencia. En efecto, como se discute más adelante, éste fue mantenido en la primera decisión de la Superintendencia en el año 1992. Particularmente desarrollado se encuentra en la Decisión SPPLC/0001-94 (AVAVIT). Más recientemente se ha ratificado en la resolución SPPLC/0001-96 (Coca Cola y Pepsi Cola).

A diferencia de las dos anteriores, el resto de las disposiciones aplicables a los acuerdos entre competidores requieren la prueba de los efectos anticompetitivos en el mercado. Así, el artículo 9 prohibe: "los acuerdos o convenios que se celebren directamente o a través de uniones, asociaciones, federaciones, cooperativas y otras agrupaciones de sujetos de aplicación de esta ley, que restringan o impidan la libre competencia entre sus miembros". Subyace a esta prohibición, la idea según la cual la existencia de asociaciones gremiales o sectoriales reduce los costos de llegar a acuerdos entre competidores de un mismo mercado.

La necesidad de probar los efectos restrictivos de la competencia, también se encuentra en el artículo 8º de la Ley, que prohibe las conductas "tendientes a manipular los factores de producción, distribución, desarrollo tecnológico, en perjuicio de la libre competencia". Es decir, que no se presume que toda manipulación de los factores de producción inherentemente restringe la competencia. Para que a la luz de este artículo una determinada conducta pueda ser considerada ilegal se requiere que tienda afectar la competencia; sin embargo, no se requiere que los efectos se hayan materializado, es decir, que es suficiente conque exista la potencialidad del daño.

La necesidad de probar los efectos anticompetitivos (o su potencialidad de daño) no está clara en la prohibición del artículo 7º. En efecto, el artículo 7º de la Ley prohibe "las acciones que se realicen con la intención de restringir la libre competencia, a incitar a terceros sujetos de esta Ley a no aceptar la entrega de bienes o la prestación de servicios; a impedir su adquisición o prestación; a no vender materias primas o insumos o prestar servicios a otros". Literalmente, las conductas enunciadas en este artículo son prohibidas si tienen la intención (la potencialidad) de restringir la competencia. Sin embargo, las conductas contenidas en este artículo son las conocidas como prácticas de boicot, es decir, la incitación a terceros para la exclusión de un competidor, por lo que sería razonable la presunción de que toda conducta incluida en este artículo restringe la competencia.

Esta interpretación es consistente con lo dispuesto en el Régimen de Autorizaciones que desarrolla el Reglamento Número 1. En efecto, en su artículo 7º dicho Reglamento establece que: "la Superintendencia no podrá autorizar... los acuerdos... para boicotear u obstaculizar el acceso al mercado...". Esto es, que una vez que se ha mostrado que una determinada conducta tiene por intención la realización de un boicot no cabe su autorización, pues existe la presunción de que no puede dar lugar a eficiencias en el mercado[19].

Es importante notar resaltar dos elementos inherentes a las prohibiciones establecidas en los artículos 7º y 8º de la Ley. En primer lugar, en la sección anterior que existe una estrecha relación entre ellas y los conceptos anteriormente discutidos sobre de acuerdos que incrementan los costos de los consumidores, de los competidores o de toda la industria. En segundo lugar, estas prácticas difieren de las prohibiciones de los artículos 9º y 10º porque no se refieren exclusivamente a acuerdos entre competidores, sino también a agentes que actúan de manera unilateral.

Finalmente, para determinar de si un tipo de acuerdo es o no restrictivo de la libre competencia, puede ser aplicada la disposición contenida en el artículo 5º de la Ley. Esta disposición[20], titulada en la Ley como "prohibición general" proscribe: "las conductas,

[19] De hecho, esta interpretación se encuentra también en la Doctrina Administrativa. Ver SPPLC/0010-95 (CASO COLEGIO FARMACÉUTICO DEL ESTADO CARABOBO). Este caso se discute más adelante.

[20] Kiriakidis, *Ibid*, ha discutido la viabilidad de aplicación de esta norma. En efecto, este autor sostiene que, a pesar de que la misma Superintendencia ha evadido su aplicación por evitar el riesgo de que en la vía

prácticas, acuerdos, convenios, contratos o decisiones que impidan, restrinjan, falseen o limiten la libre competencia". Esta prohibición opera como una cláusula residual, de manera que si una determinada conducta no está tipificada específicamente en la Ley, puede ser evaluada en virtud de ella. En el caso de los acuerdos entre competidores, la aplicación de esta norma podría ser relevante para la evaluación de *joint ventures* o convenios de producción, distribución, comercialización o promoción conjunta, es decir, acuerdos que en principio son claramente pro-competitivos y que generan eficiencias, pero que simultáneamente pueden establecer cláusulas anticompetitivas[21].

La experiencia venezolana en la aplicación de la política antimonopolios: Acuerdos horizontales.

La aplicación de las disposiciones en contra de los acuerdos entre competidores representa el área de mayor experiencia en la política de competencia venezolana. En efecto, en el periodo entre 1992 y 1997, la Superintendencia emitió veinte resoluciones que envolvían la aplicación de los artículos 9º o 10º de la Ley. En esta sección se discuten algunos de estos casos. En particular, se discuten todos los casos de acuerdos entre competidores relacionados con la aplicación de los artículos 9º y 10º, que han sido ventilados en procedimientos judiciales. En estos casos, y especialmente en las primeras decisiones, Procompetencia debió desarrollar los criterios sobre los cuales un acuerdo entre competidores debe ser evaluado. Uno de estos planteamientos fue diferenciar conceptualmente las "prácticas concertadas" de los "acuerdos" entre competidores, y establecer los elementos indispensables para demostrar cada práctica, para así poder dictar sus decisiones y aplicar las sanciones de rigor.

Es importante señalar que a pesar de que Procompetencia determinó la existencia de varios carteles, algunas de sus decisiones no quedaron firmes, en virtud de la revisión que realizó la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo sobre la legalidad de la actividad administrativa. Sin embargo, las decisiones la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo siempre se basaron en la existencia de vicios formales, y no en cuanto a vicios en la sustancia.

1.- Caso Concretos Premezclados: los inicios.

En este caso[22], el primero investigado por Procompetencia, se inició un procedimiento sancionador contra 3 empresas productoras de concreto premezclado en el área metropolitana de Caracas en 1992 que habían elaborado listas y tablas de precios idénticas.

---

jurisdiccional pueda ser declarada una norma penal en blanco (por ser demasiado amplia y poco precisa), existen elemento jurídicos para su aplicación.

[21] En la Decisión SPPLC/0040-95, la Superintendencia evaluó un contrato de copacking entre dos empresas competidoras en el mercado de salsa de tomate. La Superintendencia sostuvo que: "un contrato de copacking o manufactura conjunta no está prohibido por la Ley, pues no encuadra en ninguna de las prohibiciones contenidas en ella... cualquier agente económico está en libertad de escoger en que forma producir sus bienes, y lo puede hacer a través de encargar a otro la producción... Sin embargo, el problema surge de las especificaciones implícitas en el contrato, pues si bien éste en principio no es restrictivo, las demás condiciones que figuren en él si lo pueden ser... Luego es preciso concluir que la cláusula 2 del contrato de copacking... contiene una restricción a la competencia consistente en un acuerdo entre competidores de limitación a la producción." Es decir, que los contratos que en principio son procompetitivos, pueden contener cláusulas restrictivas. Si alguna de éstas no representa una violación de alguna prohibición particular, el artículo 5º sería aplicable en la medida que pudiera tener efecto restrictivos sobre la competencia

[22] Resolución Nº SPPLC/0002-93 de fecha 17 de mayo de 1993. "Doctrina Administrativa de PRO-COMPETENCIA 1992-1993"

Un primer elemento que debió tratarse fue la diferencia conceptual entre las "prácticas concertadas" y los "acuerdos" entre competidores. En esta ocasión, la Superintendencia sostuvo que, sí bien ambas prácticas requieren un intercambio de consentimientos de las empresas para ejecutar la práctica, las prácticas concertadas requieren, además, la ejecución material de lo acordado. Según este criterio, existen diferencias fundamentales a la hora de demostrar un acuerdo y una práctica concertada. En el primero de los casos, basta obtener un instrumento escrito con el cual se pueda identificar la intención de coludir, independientemente de si se ha ejecutado o no. En el segundo caso, por su parte, no existe (o más adecuadamente, no puede probarse la existencia de) un acuerdo expreso entre las partes, pero de las actuaciones de las empresas puede inferirse que tal acuerdo existe.

En el caso particular de las empresas productoras de premezclados en la zona metropolitana de Caracas, la Superintendencia pese a que no pudo demostrar la existencia de un acuerdo expreso entre ellas, existían indicios de que se estaba llevando a cabo una práctica concertada.

En este sentido se establecieron elementos necesarios para la demostración de la práctica concertada, para lo cual Procompetencia utilizó como referencia decisiones líderes de la Comisión de la Comunidades Europeas en dicha materia, a saber: el caso (colorantes) S.A. Francaise des matieres colorantes (Francolor) vs. Comisión de las Comunidades Europeas[23] y el caso (Industria del Azúcar) Suiker Unie c. vs. Comisión de las Comunidades Europeas[24]. En efecto, la decisión de Procompetencia utiliza los principios encartados en dichas decisiones para expresar que es contrario a las reglas de competencia "que un productor coopere con sus competidores, en cualquier modo, para determinar un curso coordinado de acción relativo a los incrementos del precio y asegurar su éxito eliminando previamente toda incertidumbre en relación con la conducta de los otros en relación con los elementos esenciales de actuaciones tales como el importe, objeto, fecha, y lugar de los incrementos"[25]

Las empresas investigadas alegaron en su oportunidad que la igualdad de los precios no representaba un indicio que demostrara intercambio de voluntades. Adicionalmente argumentaron que las listas de precios tenían un fin referencial, y que los precios efectivamente cobrados eran distintos a los previstos en las listas de precios. Por último, señalaron que la lista de precios fue aplicada a un pequeño porcentaje de las transacciones totales del mercado. Sin embargo, la Superintendencia sostuvo en su decisión que las empresas de concretos premezclado eran culpables de prácticas concertadas para fijar precios y les impuso multas. Las listas de precios tenían similitud no sólo en los precios del concreto premezclado de tipos normal y especial, sino también en los recargos a la venta del producto y vigencia de las listas. Por otra parte, se señaló que la existencia de listas de precios referenciales utilizadas entre competidores incide directamente en la fijación de los precios efectivamente transados.

Por otra parte, Procompetencia consideró que existían elementos adicionales en el mercado investigado que permitían la realización de la práctica concertada, entre los cuales destacó:

> *"...el reducido número de empresas concreteras de premezclado participante en el mercado relevante conformado por el concreto*

[23] Recueil des décisions de la Commission en matière de concurrence 1964-1972, pág. 130, Decisión 69/43
[24] Recueil des décisions de la Commission en matière de concurrence 1973-1980, pág. 3, Decisión 73/109
[25] S.A. Francaise des matieres colorantes (Francolor) vs. Comisión de las Comunidades Europeas

premezclado vendido en la zona de Caracas, el hecho de que el concreto premezclado es un producto uniforme u homogéneo al no variar en sus características esenciales entre una empresa y otra y las facilidades de comunicación que existen entre las empresas concreteras al pertenecer a la misma asociación gremial son todos ellos elementos económicos concurrentes que sugieren la existencia efectiva de un cartel entre las empresas investigadas"[26]

La sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo: el primer round.

La Ley de competencia venezolana prevé la posibilidad de que las empresas que hayan sido sancionadas por Procompetencia recurran ante la jurisdicción contenciosa administrativa[27] para que ésta revise la legalidad de la decisión sancionatoria. En este sentido, las empresas premezcladoras de concreto recurrieron a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo para solicitar la nulidad de la decisión sancionatoria de la Superintendencia exponiendo, entre otros, los siguientes argumentos:

1.- Que el funcionario que sustanció el procedimiento administrativo era incompetente para hacerlo. El procedimiento administrativo según la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia debe ser sustanciado por el Superintendente Adjunto.

2.- Que existía un falso supuesto de derecho y de hecho en la decisión. El falso supuesto de derecho se hace ostensible por la consideración errónea de que no es necesario demostrar los efectos anticompetitivos de la supuesta práctica restrictiva de la competencia. El falso supuesto de hecho se patenta por la inexistencia de material probatorio que demostrara el acuerdo de voluntad de los competidores de fijar precios idénticos, dado el carácter referencia de las listas de precios.

3.- La desviación de poder, que se hace patente por la transformación de la administración, en contra del fin perseguido por la norma, las presunciones *hominis* en presunciones *iuris tantum*, al no poder desvirtuar las empresas sancionadas las presunciones que se derivan de la consagración objetiva de la conducta prohibida

4.- El cálculo de la multa no se ajusta a los parámetros establecidos en el artículo 50 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia[28].

En esta primera revisión judicial de una decisión de Procompetencia, la Corte Primera no decidió sobre argumentos de fondo. Los argumentos utilizados para la decidir que el acto estaba viciado fueron los de que el funcionario que sustanció el caso no había sido el Superintendente Adjunto, quien por ley tiene tal función y debe ser nombrado por el Presidente de la República. En efecto, la Superintendencia desconoció que por ser un órgano administrativo está sometida a un régimen de derecho administrativo cuyo objeto es defender a los particulares ante los excesos de la Administración Pública. El nombramiento, hecho por el Superintendente para que el Director de Investigación y Fomento fungiera

[26] Resolución Nº SPPLC/0002-93 de fecha 17 de mayo de 1993, pág. 70 "Doctrina Administrativa de Procompetencia 1992-1993"

[27] Artículo 53º de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia

[28] La cuantía de la sanción se fijará atendiendo a la gravedad de la infracción, para lo cual se tomará en cuenta: 1) La modalidad y alcance de la restricción de la competencia; 2) La dimensión del mercado afectado; 3) La cuota de mercado del sujeto correspondiente; 4) El efecto de la restricción de la libre competencia, sobre otros competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes del proceso económico y sobre los consumidores y usuarios; 5) la duración de la restricción de la competencia; y 6) la reincidencia en la realización de las conductas prohibidas.

como funcionario sustanciador era ilegal por incompetencia, por cuanto dicha facultad la tiene sólo el Presidente de la República, y es sólo el Superintendente Adjunto quien puede notificar la apertura del procedimiento y la sustanciación del mismo.

2.- Caso Oxígeno Medicinal Liquido.

En esta caso dos empresas productoras de oxígeno medicinal liquido que tenían una participación conjunta del 75 % en el mercado, venían emitiendo listas de precios idénticas del oxígeno líquido en tanque desde 1990. En 1993 la Superintendencia decidió abrir un procedimiento sancionador a esas empresas, a raíz de una denuncia por prácticas concertadas[29].

En este presente caso Procompetencia mantuvo los principios establecidos en la decisión de Concretos Premezclados sobre las prácticas concertadas. En efecto, se indicó que los elementos constitutivos de una práctica concertada eran la existencia de una conducta colusiva entre los autores del pacto (elemento objetivo de la práctica) y la voluntad de estos autores de actuar en conjunto (elemento intelectual).

Como en el caso anterior, la influencia de la doctrina y jurisprudencia comparada fue extensamente usada por la Superintendencia. Así, se señaló en la Resolución que el comportamiento paralelo entre empresas es un indicio de la existencia del pacto para no competir, tal y como lo había señalado la jurisprudencia estadounidense en las sentencias Morton Salt Co. vs U.S.; Pittsburg Plate Glass vs. U.S.; y Safeway Stores vs. F.T.C. Igualmente se hace referencia a los criterios expuestos en los casos "Colorantes", "Industria Europea del Azúcar", "Pitsburg Cornign Europa"[30] "Pergamino Vegetal"[31], "Hi Fi Pioner"[32], "Vidrio en Benelux"[33] y "Grupo Productor de Zinc"[34]. En estos asuntos se considera que la fijación o aumento simultaneo de precios por porcentajes idénticos de los mismos productos; la proximidad o identidad de la fecha de aplicación de dichos aumentos; la escasa competencia en el mercado; la homogeneidad de los productos; los contactos entre las empresas o intercambio de informes entre las mismas y las medidas discriminatorias aplicadas a los competidores que no forman parte del pacto, son indicios de la existencia de una práctica concertada.

Las empresas investigadas alegaron durante el procedimiento administrativo la violación al derecho a la defensa por cuanto no se les permitió ver las listas de precios de la otra, por tanto argumentaron no tener acceso a los elementos que constituían la conducta prohibida. Igualmente las empresas investigadas argumentaron que las listas de precios eran referenciales y que por sí solas no constituían "*per se*" una violación a la ley de competencia. Para las empresas productoras de oxigeno, el paralelismo en los precios no configura una práctica concertada, puede ser un indicio que debe ser adicionado con otros para que pueda probarse la práctica. En todo caso, las empresas justificaron el paralelismo de precios como una manifestación de feroz competencia en mercados de alta concentración en donde los agentes económicos tienen estructuras de costos similares.

---

[29] Resolución Nº SPPLC/00028-93 de fecha 15 de noviembre de 1993. "Doctrina Administrativa de Procompetencia 1992-1993"
[30] Recueil des décisions de la Commission en matière de concurrence 1964-1972, pág. 337, Decisión 72/403
[31] Recueil des décisions de la Commission en matière de concurrence 1973-1980, pág. 493, Decisión 78/252
[32] Recueil des décisions de la Commission en matière de concurrence 1973-1980, pág. 709, Decisión 80/256
[33] Recueil des décisions de la Commission en matière de concurrence 1981-1985, pág. 475, Decisión 84/388
[34] Recueil des décisions de la Commission en matière de concurrence 1981-1985, pág. 485, Decisión 84/405

En este caso la Superintendencia consideró que existían indicios graves, precisos y convergentes que no dejaban lugar a dudas acerca de la realización de una práctica concertada, tales como la conducta paralela en la emisión de listas referenciales de precios con fechas de vigencia exactamente iguales para las empresas involucradas, y los contactos entre las empresas. Por otra parte la posibilidad de que hubiese una práctica concertada descansaba en las siguientes caracteristicas del mercado de oxigeno liquido: concentración del mercado, la publicidad de las listas de precios como forma de control del cartel, la homogeneidad del producto como elemento para lograr la ejecución de la práctica y la estabilidad de la demanda. Por todas esas razones, la Superintendencia decidió que las empresas investigadas eran culpables de prácticas concertadas para fijar precios.

La sentencia de la Corte: ¿está la Superintendencia evaluando adecuadamente los indicios?

Las empresas sancionadas por la Superintendencia recurrieron ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y para obtener la nulidad de la decisión de Procompetencia alegaron, entre otros argumentos, que:

1.- Se les había violado el derecho a la defensa, al impedirles el acceso a los elementos que servían para inculparla del hecho por la cual fue sancionada, colocándola en posición de indefensión por aplicación del artículo 31 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.[35]

2.- Que Procompetencia interpretó en forma incorrecta el alcance de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia en cuanto a los elementos que constituyen una práctica concertada. En tal sentido, señalan que no es ajustado a la Ley que las prácticas concertadas puedan probarse por indicios y presunciones, porque no existe fundamento legal para ello.

3.- Procompetencia fundamentó en hechos falsos su decisión al pretender deducir de un solo indicio (las listas de precios) una conducta para concertar precios, sin que existan otros elementos probatorios de tal práctica concertada.

4.- La falta de indicación en la decisión de Procompetencia del efecto restrictivo de la libre competencia, ya que para las empresas investigadas el objetivo de la Ley es sancionar las conductas que tengan un efecto restrictivo y no aquellas conductas que no han producido un efecto contra la competencia.

La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo decidió ante el alegato de indefensión de las empresas, que la revisión del expediente administrativo y de las pruebas que configuran la práctica es una manifestación del derecho a la defensa que gozan los particulares en un Estado de Derecho, y que por tanto permitirá a los presuntos inculpados defenderse plenamente, alegando y probando todo aquello que sea necesario para la mejor defensa de su posición jurídica. Así, ante cualquier conducta de la Administración dirigida a restringir o impedir a los administrados revisar, examinar el expediente administrativo coloca a los particulares en indefensión. Por tal razón, al ser la actuación de Procompetencia restrictiva del derecho a la defensa al impedir el acceso a las empresas de los elementos que servían para inculparlas (lista de precios idénticas), la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo anula la decisión sancionatoria.

---

[35] El Artículo 31 prevé que los datos e informaciones suministrados por las empresas tendrán carácter confidencial, salvo si la Ley establece su registro o publicidad. Bajo tal artículo Pro-Competencia decidió no dar acceso a las listas de precios de las empresas investigadas en el procedimiento.

No obstante lo anterior, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo se detiene a precisar el valor de los indicios y presunciones como elementos probatorios con especial énfasis en las prácticas concertadas. Al respecto señala en referencia a la decisión de la Superintendencia que son dos los indicios fundamentales y determinantes que han servido para demostrar la práctica concertada en el presente caso, a saber:

1.- La conducta paralela, evidenciada por las listas referenciales con precios y fechas de vigencia iguales.

2.- Contacto entre las partes, particularmente el derivado de los contactos que como miembros de la Asociación Nacional de Fabricantes de Gases de Venezuela existe entre las empresas sancionadas.

Respecto al primero de ellos, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo señaló que la violación del derecho a la defensa de las empresas por impedir el acceso a las listas de precios, impide valorar dicha prueba como elementos indiciario de la práctica concertada. En cuanto a los indicios de contactos entre las empresas, se señaló que

> *"... la Asociación Nacional de Fabricantes de Gases de Venezuela permite la comunicación directa entre sus miembros, lo cual propicia el intercambio de información, y que las reuniones de la alta gerencia – de las empresas pertenecientes a la Asociación – sobre temas de comercialización son indicativos de contactos entre las empresas que podrían estar referidos a precios.*
>
> *Más de allí no puede deducirse – como lo hizo la Superintendencia – que se halla configurado la plena prueba de la concertación.*
>
> *En virtud de lo antes señalado, estima esta Corte que no es acorde con el espíritu del texto constitucional tomar como prueba fundamental para la sanción impuesta a las empresas recurrentes, la existencia de una Asociación que agrupe a los fabricantes de gases a nivel nacional."*[36]

En cuanto a los indicios económicos que la Superintendencia utilizó para determinar la factibilidad de la realización de la práctica concertada, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo expreso que, para que tales elementos se tomen como indicios, es indispensable que de cada uno de ellos se pueda obtener la misma inferencia sobre el hecho que se investiga. Al hacer tal análisis, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo consideró que elementos tales como la escasa competencia en el mercado, la homogeneidad de los productos y la naturaleza y características de las empresas, lejos de evidenciar una práctica concertada, atienden a características y condiciones específicas del producto y de su mercado.

Caso Líneas Aéreas: La competencia en servicios públicos.

En el año 1994, la Superintendencia inició un procedimiento sancionador por la celebración de acuerdos para fijar precios, limitar la producción y repartir mercados a dos líneas aéreas que habían suscrito y ejecutado un acuerdo de cooperación comercial para la operación conjunta de rutas a la Habana y Santo Domingo, en el que fijaban precios y se racionalizaban las rutas desde Caracas.

[36] Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 5 de junio de 1997.

En aquella oportunidad la Superintendencia señaló que los acuerdos entre competidores que consistan en fijar precios, directa o indirectamente constituyen por su propia naturaleza una restricción a la competencia y que dichas conductas o prácticas son una de las faltas más graves contempladas en los países con tradición en materia de libre competencia. Así, la Superintendencia indica que la gravedad de tal conducta se debe "a que el funcionamiento adecuado de un sistema de precios, donde éstos se determinen de acuerdo al libre juego de la oferta y la demanda, es necesario para que la competencia en el mercado proporcione sus máximos beneficios a productores y consumidores. Por esta razón, la vigilancia de las condiciones que aseguren que los presupuestos señalados se verifiquen en el mercado, son uno de los primordiales fines de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia"[37].

En cuanto a los acuerdos para limitar la producción, la Superintendencia manifestó que tienden a provocar un alza en el precio de un producto o servicio o contienen la caída de los precios, por tanto puede observarse la restricción de la competencia. En este sentido, se señala que "dado el comportamiento normal de la demanda, una limitación de la producción puede tener el efecto de aumentar los precios, aún cuando tal aumento no pueda ser calculado directamente. De forma que si los competidores fijan controles concertados para restringir la cantidad de bienes a ofrecer o de servicios a prestar, los demandantes se verán obligados a pagar un precio mayor. Este control sobre la oferta permite a los participantes en el acuerdo manipular la demanda y lograr el precio que pretenden. En consecuencia, tales conductas forman parte frecuentemente de acuerdos más amplios de carteles de fijación de precios o de reparta de mercados"[38].

Por tal motivo, se consideró que en virtud de que el servicio que prestan las líneas aéreas es el de transporte de pasajeros mediante vuelos regulares, un acuerdo de racionalización de rutas, reduce el número de frecuencias, limitando la prestación del servicio. Procompetencia desechó la argumentación de las empresas de que el acuerdo de racionalización les permitía operar con mayor eficiencia, ya que esto les permitiría incrementar el número de pasajeros en cada vuelo y reducir los costos. En efecto, se sostuvo que en un mercado competitivo, cada aerolínea puede decidir el número de vuelos que va a ofrecer basándose para ello en los costos como en las condiciones de la demanda. Si un vuelo deja de ser rentable para la oferente está puede dejar de hacerlo, sin necesidad de acordarlo con los competidores. Finalmente, la decisión de Procompetencia determinó que el acuerdo no implicaba una repartición de mercado o áreas territoriales, y se impusieron multas por acordar precios y limitar la producción.

La Superintendencia acogió los criterios expuestos por la doctrina y jurisprudencia europea y estadounidense emanada de las oficinas de competencia en materia de acuerdos entre líneas aéreas, en las cuales se exponen los efectos perjudiciales y daños ocasionados por los acuerdos celebrados entre dos o más empresas aéreas para fijar tarifas. (Caso Ahmed Saeed Flugreisen vs Zentral zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V. De la Corte de Justicia de Europa)

Igualmente, la Superintendencia acogió los criterios expuestos en el informe realizado por el Departamento de Justicia a propósito de los daños causados por la ejecución de acuerdos

[37] Resolución Nº SPPLC/00030-94 de fecha 8 de julio de 1994. "Doctrina Administrativa de Procompetencia 1994"

[38] Resolución Nº SPPLC/00030-94 de fecha 8 de julio de 1994. "Doctrina Administrativa de Procompetencia 1994, pág. 340"

sobre tarifas aéreas celebradas en el seno de la Asociación Internacional de Transporte Aéreo "IATA" para determinar el carácter restrictivo del acuerdo Pool o racionalización para las rutas a la Habana y Santo Domingo desde Caracas.

La sentencia de la Corte: ¿puede aplicarse política de competencia en los servicios públicos?

El presente caso fue, es una vez más decidido a favor de las empresas investigadas. En efecto, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo decide anular la decisión por vicio de incompetencia de la Superintendencia. Así, la Corte determina que no pueden ser investigadas ni sancionadas por un organismo de competencia las empresas que realizan una actividad económica que constituyen servicios públicos excluyentes, donde los particulares participan por vía de concesión[39]. Señala la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, que en esos casos, la actividad se encuentra sometida a las limitaciones del órgano regulador que a tal efecto el Estado ha creado para vigilar la ejecución de la actividad. Para la Corte, no existe libre competencia que proteger en esos casos, pues no es el mercado sino un órgano público externo el que regula la actividad[40].

A esta sentencia debemos hacer algunos comentarios críticos. En primer lugar, la sentencia pretende desconocer, tangencialmente, el derecho a la libertad económica de las empresas que realizan una actividad económica que constituye servicio público, y que representa el elemento constitutivo de un régimen de libre competencia y mercados. En efecto, declarar que no existe libre competencia que proteger en los casos en los cuales los particulares participan por vía de concesión para prestar servicios públicos excluyentes, por cuanto la libre competencia está presente sólo en aquellas actividades económicas que pueden ser desarrolladas libremente, sin limitación alguna, es un error. Tal como se señaló anteriormente, las diferentes variables de competencia de que disponen las firmas en un mercado son interdependientes. El hecho de que alguna de ellas esté fijada por una determinada legislación, no significa que las firmas no puedan competir en otras variables. Si bien es cierto, que para los particulares la entrada y la salida en dicha actividad, se encuentra limitada por el Estado, con lo cual se la libre competencia, no es menos cierto que al levantarse dicha limitación los particulares mantienen en cierto grado su libertad, en ejercicio de la empresa. La libertad económica o de empresa es un verdadero derecho subjetivo que no puede ser desconocido o negado, y el mismo debe mantenerse y respetarse, al menos hasta un núcleo irreductible y esencial para su ejercicio.

Así, puede afirmarse que las decisiones básicas que afectan la marcha de la empresa y las políticas de gestión que pueden adoptarse en la prestación de los distintos servicios, son un ejemplo palpable de ese núcleo esencial en la libertad de ejercicio de empresa, en actividades de máxima intervención estatal. Las facultades de control y dirección del Estado encuentran su limite en los aspectos vinculados a la prestación del servicio y por tanto no pueden extenderse a la autonomía de gestión del concesionario particular. La regla parece ser clara, el particular gestiona el servicio público y el Estado controla su marcha.

Además, el ejercicio de la libertad económica queda de manifiesto cuando el Estado coloca en condiciones de competencia a los particulares que han obtenido una concesión. Estas condiciones se hacen evidente con la participación de varias empresas en la prestación del mismo servicio público; la fijación de márgenes para el establecimiento de tarifas en

[39] El transporte aéreo de pasajeros es declarado servicio público en la Ley de Aviación Civil.
[40] Sentencia de la Corte Primera de Lo Contencioso Administrativo de fecha 24 de septiembre de 1997.

términos de competencia, que permitan la prestación de los servicios en condiciones satisfactorias de calidad, competitividad, seguridad y permanencia; y la prohibición de prácticas monopólicas en la prestación del servicio (acuerdos de precios, repartición de mercados geográficos, prácticas que obstaculicen la permanencia del servicio, etc.)

El criterio expuesto por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ha sido recientemente modificado por la Corte Suprema de Justicia, en el caso Aerovías Venezolanas, S.A. vs el Ministerio de Transporte y Comunicaciones[41]. En dicha decisión, el más alto Tribunal desechó la concepción de la Corte Primera de que la libertad económica resulta afectada en forma absoluta y general por tratarse de un servicio público, al contrario tales limitaciones propias de la prestación de un servicio público pueden coexistir con la libertad económica y libre competencia. Así, el Supremo Tribunal estableció que:

> *"Esta circunstancia de coexistencia o vigencia de la libertad económica aún en el contexto de actividades reservadas no es extraña en nuestro ordenamiento jurídico, en el cual se da, por ejemplo, el caso de concesiones en materia de "telefonía celular" y la "explotación de la industria del fósforo" en las que se verifica la presencia de más de una empresa, capaces de competir entre sí, en base a las reglas que rigen el mercado, en la medida en que no sean contrarias al régimen de reserva."*[42]

La decisión de la Corte Suprema de Justicia se ajusta, por tanto, a la interpretación dada por la Superintendencia en el caso de las aerolíneas.

Caso Laboratorios Farmacéuticos (o ¿es posible competir con precios regulados?)

A finales del año 1994, la Superintendencia abrió un procedimiento sancionador a 37 laboratorios farmacéuticos por prácticas concertadas para fijar condiciones de comercialización[43]. En efecto, los laboratorios habían cambiado sus condiciones de comercialización entre junio y agosto de 1994, llevándolas a las siguientes modalidades: 1) Ventas a crédito, hasta veinte (20) días máximo, contados desde la fecha de entrega de la mercancía, con un descuento de hasta 2 %. A partir del día 21, se aplicarían intereses de mora a la tasa del mercado. 2) Ventas de contado, si se efectúan dentro de los cinco (5) días siguientes a la entrega se les aplicaría un descuento por pronto pago de hasta 5%.

El caso en cuestión tiene importancia ya que para el momento en que los laboratorios deciden de forma conjunta modificar las condiciones de comercialización y fijar nuevas condiciones, existía una regulación de precios máximo de venta al público para los medicamentos. Esto fue esgrimido por todos los laboratorios en el transcurso del procedimiento como argumento para desestimar la investigación de Procompetencia.

Por su parte, la Superintendencia sostuvo, como en anteriores decisiones, que la figura de las prácticas concertadas supone una serie de actuaciones por parte de los agentes económicos que ejecutan la práctica que sólo podrá determinarse a través del estudio del mercado. Así, señala que unos de los instrumentos necesarios para estudiar la práctica es la

[41] Sentencia de la Sala Político Administrativo de fecha 8 de junio de 1998.
[42] Idem.
[43] Resolución Nº SPPLC/0025-95 de fecha 26 de mayo de 1995. "Doctrina Administrativa de Procompetencia 1995"

figura denominada por la teoría antimonopolio como "paralelismo" en las variables de competencia que se dan en los mercados.

En este sentido, la Superintendencia indica que el paralelismo en las prácticas concertadas tiene una dimensión temporal y una cuantitativa. La dimensión temporal se refiere a la modificación simultanea de una variable en el tiempo, mientras que la dimensión cuantitativa se refiere a la determinación de un rango de la variable de competencia supuestamente concertada, dentro de la cual se observará una alineación de los competidores participantes en la práctica.

De esta manera, la Superintendencia señala que para "comprobar la existencia de prácticas concertadas en la determinación de una variable de competencia, como por ejemplo las condiciones de comercialización, se recurre a la observación del comportamiento de esta variable en el tiempo, prestando especial interés a algún patrón de conducta que pudiera generalizarse en las empresas que participan en el mercado en el cual se está produciendo la práctica, por ejemplo una variación simultanea en igual dirección y magnitud".

La Superintendencia consideró que los laboratorios, con su actuación concertada, buscaban utilizar su poder de negociación para imponer las mismas condiciones de comercialización a todos las empresa que con ellas negociaban. Así, se declaró la existencia de una restricción de la competencia al concertar los descuentos otorgados por empresas competidoras dirigido a evitar el uso de variables con las cuales se podría efectivamente competir. Los laboratorios farmacéuticos fueron sancionados y multados.

En cuanto al argumento esgrimido por los laboratorios sobre la regulación de precios de medicamentos existente y la posibilidad de concertar condiciones de comercialización como lo es el descuento por pronto pago y condiciones por venta a crédito, en virtud de la regulación del Estado en ese mercado, la Superintendencia señaló que:

> *"Si bien es cierto que efectivamente la competencia está siendo limitada por el mismo Poder Ejecutivo a través de la regulación del precio a nivel del consumidor, no lo es menos que en los restantes niveles de la cadena, variables como las condiciones de comercialización, de crédito, etc., son resultado del intercambio, y en tanto éste sea respetado se garantizan mayores beneficios a los agentes económicos que se encuentran actuando en el resto de la cadena.*
>
> *En el caso particular de los laboratorios farmacéuticos, a pesar de que su actividad económica se desarrolle dentro del marco de la regulación, existen otras variables con las cuales pueden efectivamente competir y que la forma como éstos las manejan irá en beneficio o en detrimento de los consumidores.*
>
> *La existencia de controles en otras variables puede ser atenuante pero en ningún momento una exención de la prohibición de acuerdos y prácticas concertadas establecida en el artículo 10 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia."*[44]

[44] Resolución Nº SPPLC/0025-95 de fecha 26 de mayo de 1995. "Doctrina Administrativa de Procompetencia 1995", pág. 207.

Todos los laboratorios recurrieron ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo solicitando la nulidad de la Resolución de la Superintendencia. En los actuales momento el juicio se encuentra en estado de decisión.

Caso Tarifas de Publicación de anuncios de cine en periódicos.

En marzo de 1996 la Superintendencia inició una investigación en contra de 6 editoras de periódicos de la región capital al recibir de parte del Ministerio de Fomento[45] una comunicación dirigida a la Asociación de Venezolana de Exhibidores de Películas, suscritas por estas 6 editoras y en la cual indicaban un aumento de las tarifas para publicar anuncios de cine en sus periódicos.

Durante la investigación la Superintendencia pudo comprobar que el acuerdo para fijar tarifas de publicación de a nuncios de cine entre las editoras se venía realizando desde mayo de 1994. En su decisión la Superintendencia sostiene que el acuerdo investigado constituye un acuerdo horizontal para fijar precios, indicando al respecto que "el precio es posiblemente el elemento más importante de una transacción comercial y la señal más visible que le envían los agentes económicos al mercado. Por lo tanto, un acuerdo entre competidores para la fijación de precios distorsiona el mercado, por cuanto impide que éste envíe el principal mensaje utilizado por el consumidor para decidir su preferencia entre un producto y otro[46]."

Para el caso concreto, se indicó que al no resultar el precio de la tarifa de publicación de avisos de cine, de la observación y ponderación independiente de las editoras, tomando en cuenta sus costos, materias primas, tecnología y otras variables que determinan la oferta individual sino que devenía del resultado de un acuerdo expreso, se evidenciaba claramente la voluntad de deponer su animo de competir en función al precio, una de las principales variables que afectan los negocios.

Finalmente, se ordenó la inmediata cesación de la práctica y multó a las editoras. De las 6 editoras sancionadas cuatro de ellas recurrieron ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo solicitando la nulidad de la Resolución. Sin embargo, sólo dos de los recursos fueron admitidos, y actualmente se encuentran en estado de decisión.

Caso Colegio Farmaceútico del Estado Carabobo: Acuerdos para excluir a un competidor.

En febrero de 1995 la Superintendencia inicia un procedimiento sacionatorio contra una asociación regional de farmacéuticos (el colegio), que habían acordado en asamblea boicotear a cualquier droguería que le vendiera a un nuevo competidor (farmacia Municipal), por la presunta violación de los artículos 9º y 7º de la Ley, esto es, por la existencia de un acuerdo para excluir a un competidor mediante la incitación a no venderle los productos que este demanda (medicamentos).

En este caso la Superintendencia interpretó el contenido de esta disposición como una prohibición al boicoteo, entendiendo por estos lo siguiente[47]: a) acuerdos para no competir en las negociaciones con sus proveedores b) acuerdos para excluir a algún nuevo

[45] Actualmente Ministerio de Industria y Comercio a raíz de la reforma de la Ley Orgánica de Administración Central.
[46] Resolución Nº SPPLC/0017-96 de fecha 18 de julio de 1996. "Doctrina Administrativa de Procompetencia 1996", pág. 251-252.
[47] Ver, también SPPLC 0030-94 (AEROPOSTAL).

competidor y, c) acuerdos para excluir a algún competidor de una asociación (por ejemplo, un grupo de compras conjuntas).

En este sentido, la Superintendencia, estableció que los boicots a los que se refiere el artículo 7º se refieren a una práctica ejecutada "por un tercero, quién ha sido incitado por un grupo de agentes o por uno solo actuando de forma unilateral[48]. Es decir, que se requiere la presencia de tres agentes. Uno, el excluido; dos, el que realiza la acción y tres, el que incita al segundo a cometer la práctica.

En el caso en cuestión, la Superintendencia obtuvo copia certificada del acta de la Junta Directiva de dicha asociación, en la que expresamente se declaraba la intención de boicotear a un competidor de las farmacias que esta agrupaba. La Superintendencia también concluyó que, debido a los estatutos de la asociación y a su estructura interna, ésta contaba con suficiente influencia como para obligar a cumplir los términos de dicha declaración a todas las empresas asociadas, es decir, que se trataba de un acuerdo estable.

Estos elementos llevaron a la Superintendencia a concluir lo siguiente sobre este caso:

> *"se trata de un caso de boicot en el que algunos agentes económicos se han puesto de acuerdo para incitar a terceros a realizar conductas que buscan evitar la entrada de un nuevo competidor o provocar la salida de uno, en este caso la Farmacia Municipal. Verificándose en esta ocación la presencia de tres las partes identificables en el supuesto de hecho del artículo 7º es decir, El COLEGIO DE FARMACEUTICOS DEL ESTADO CARABOBO constituye el agente con suficiente fuerza económica como para instar a terceros, es decir caso LAS DROGUERIAS a que lleven a cabo conductas anticompetitivas en contras de FARMACIA MUNICIPAL, estas conductas materializadas en la negativa de suministro de medicamentos a la misma".*

Caso Cervezas: incrementando los costos del competidor.

En este caso un grupo de distribuidores exclusivos de la empresa productora de cerveza REGIONAL, denunció a otro productor, POLAR, por la supuesta incitación a sus propios distribuidores a destruir de envases retornables de la primera. Ello tendría por efecto incrementar sus costos y, por lo tanto, propiciar su salida del mercado.

Aunque en este caso la denuncia fue inadmitida por falta de elementos que permitieran inferir la posibilidad de que dicha práctica se estaba ejecutando, la Superintendencia, aunque de forma vaga, estableció los parámetros bajo los cuales debe entenderse la prohibición contenida en el artículo 8º.

> *"Del texto del artículo se desprende que para que se haya configurado una violación de esta disposición se requiere de dos condiciones; a saber: en primer lugar que exista una manipulación de factores de producción, distribución, desarrollo tecnológico o inversiones (en adelante, factores). En segundo lugar, que esa manipulación tenga un efecto perjudicial sobre la Libre Competencia. Por lo tanto, este artículo*

[48] SPPLC/0010-95. Doctrina administrativa (1995), pág. 41.

prohibe cualquier afectación de la libre competencia siempre y cuando ésta sea realizada mediante el manejo de factores.

En teoría la conducta de retiro, retención y destrucción de envases de un competidor constituiría una manipulación de los factores de producción de carácter exclusionario, sin embargo, como se ha señalado con anterioridad, para ordenar la apertura del procedimiento para la determinación de prácticas prohibidas, el Superintendente debe presumir la comisión de la práctica; juicio de valor que se inicia con la subsunción en los supuestos de tipicidad de la práctica de los argumentos y evidencias presentados por los denunciantes, por tanto es necesario determinar si existen elementos que permitan presumir que POLAR y sus distribuidores han realizado la conducta denunciada"[49].

Aunque es prácticamente inexistente la Doctrina acerca del artículo 8º, en este acto la Superintendencia interpretó que, para considerar una práctica ilegal a la luz de esta prohibición, un elemento indispensable es la prueba de los efectos anticompetitivos.

Consideraciones finales: ¿Cuál es el futuro en la aplicación de la legislación contra los acuerdos entre competidores?

Las leyes antimonopolio surgen de la aplicación de la ciencia económica al derecho. El resultado supera la mezcla de dos disciplinas para transformarse en una que tiene sus propias características y sus propios sistemas de análisis es la mezcla de dos disciplinas, sino una que tiene sus propias características y sus propios sistemas de análisis. En la legislación venezolana, esto también se observa. En lo que se refiere a las prohibiciones de los acuerdos entre competidores, la Ley para Promover y Proteger el ejercicio de la Libre Competencia es amplia, incluye diferentes categorías de acuerdos, que están estrechamente conectadas con el análisis económico que subyace a estas prácticas. El contenido de las normas para evitar los acuerdos horizontales, no sólo toma en cuenta los diferentes efectos económicos, también distingue entre las diferentes formas jurídicas que puede tomar el acuerdo. Además, la doctrina venezolana tiene una marcada influencia internacional, especialmente de la jurisprudencia americana y de la doctrina de la Comunidad Europea.

Sin embargo, el resultado de la experiencia en la aplicación de la Ley no ha sido tan alentadora. Ninguna decisión de la Superintendencia que se haya discutido en los Tribunales ha quedado firme. No obstante, ninguna decisión, ya sea las que envuelven acuerdos entre competidores, como las que tratan con otras disposiciones, ha sido anulada por problemas de análisis económico o por deficiencias en la sustancia. Por el contrario, los jueces han centrado, fijado, seguramente de manera acertada, en los vicios formales del acto administrativo.

La razón por la cual las decisiones de la Superintendencia han tenido poco éxito en los tribunales, es muy probable la complejidad del análisis que envuelve. En el ámbito académico jurídico no es, al menos hasta ahora, común el desarrollo de herramientas basadas en el análisis económico y no está claro si resultaría razonable hacerlo. La acumulación de conocimiento económico supone un costo, pero con seguridad la proporción de casos antimonopolio en la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo es insignificante. Sin embargo el hecho reiterado de que todas las decisiones de la Superintendencia hayan sido anuladas, plantea un dilema.

[49] SPPLC/0023-98 (POLAR y REGIONAL)

El énfasis puestos por los tribunales sobre los aspectos formales de los actos administrativos puede suponer una señal institucional en contra del organismo antimonopolio venezolano. Los agentes pueden ver la política antimonopolio venezolana como un costo, y no como un impedimento para realizar prácticas anticompetitivas. Si los beneficios de una colusión son mayores que los costos del procedimiento judicial, las empresas tienen incentivos para cometerlas. En economías pequeñas y de bajos ingresos, como la venezolana, las industrias tienden a ser más concentradas, y los riesgos de colusión se incrementan, por lo que enviar una señal en contra del organismo antimonopolio puede facilitar la colusión de un gran número de industrias y, claro está, ello impone costos a los consumidores.

Lo anterior supone, un reto para la política de competencia en Venezuela. A corto plazo la agencia debería centrarse en mejorar la técnica jurídica y la sustanciación de expedientes en los procedimientos sancionatorios. En segundo lugar, la agencia debe enfocar- su acción en la promoción de la competencia, de manera que no sólo se actúe sobre las empresas que cometen prácticas anticompetitivas, sino que además se creen las condiciones institucionales para el incremento de la competencia. En el largo plazo, alternativas como el establecimiento de vínculos con la academia, con la opinión pública, así como el desarrollo de tribunales especializados están disponibles.

Afortunadamente, la historia está a favor de los organismos antimonopolios. En Francia el organismo encargado de la política de competencia esperó cuarenta años para ganar el primer caso en los Tribunales. En Canadá, solo después de un siglo, las cortes vieron un magistrado con entrenamiento en una agencia antimonopolio.