

**UNIVERSIDAD CATÓLICA “ANDRÉS BELLO”  
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO  
AREA DE DERECHO  
ESPECIALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS AUTORIZACIONES DE  
OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA EN EL SISTEMA  
DE LIBRE COMPETENCIA EN VENEZUELA**

**Trabajo Especial de Grado,  
presentado como requisito especial,  
para optar al Grado de Especialista,  
en Derecho Administrativo**

**Autor: Jorge Alberto Sierra Gómez  
Tutor: Luís Alberto Ortiz Álvarez**

**Caracas, 04 de julio de 2007**

**UNIVERSIDAD CATÓLICA “ANDRÉS BELLO”**  
**DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO**  
**AREA DE DERECHO**  
**ESPECIALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**ACEPTACIÓN DEL PROFESOR**

En mi carácter de Asesor del Trabajo Especial de Grado, presentado por el ciudadano Abogado **Jorge Alberto Sierra Gómez**, para optar al Grado de **Especialista en Derecho Administrativo**, cuyo título es: **El Régimen Jurídico De Las Autorizaciones De Operaciones de Concentración Económica En El Sistema De Libre Competencia En Venezuela**; considero que dicho trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

---

**Luís Alberto Ortiz Álvarez**  
**C.I. 9.965.898**

En la ciudad de Caracas, a los veintinueve (29) días del mes de junio de 2007.

## INDICE GENERAL

	pág.
<b>RESUMEN</b>	viii
<b>INTRODUCCIÓN</b>	1
<b>CAPITULO</b>	
<b>I. PROCEDIMIENTOS AUTORIZATORIOS PARA OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA EN EL SISTEMA DE LIBRE COMPETENCIA EN VENEZUELA</b>	11
Nociones Previas de Operaciones de Concentración Económica	11
Procedimientos Autorizatorios para Operaciones de Concentración Económica	21
Normativa legal en Venezuela	28
Doctrina de Precompetencia	33
<b>II. DESARROLLO LEGISLATIVO DE LOS PROCEDIMIENTOS AUTORIZATORIOS PARA OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA EN EL SISTEMA DE LIBRE COMPETENCIA EN</b>	

<b>VENEZUELA</b>	45
Aplicación práctica de los principios constitucionales	45
Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (1992)	48
Reglamento N° 1 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (1993)	51
Instructivo N° 1 Formulario para la solicitud de autorización de prácticas restrictivas de la competencia (1993)	52
Reglamento N° 2 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (1996)	53
Instructivo N° 3 Instructivo sobre Operaciones de Concentración Económica (1997)	64
Lineamientos para la Evaluación de las Operaciones de Concentración Económica (1999)	80
Informe que presenta la Comisión especial a la plenaria de la Asamblea Nacional sobre el Proyecto de Ley Antimonopolio y la Competencia Desleal a los efectos de su segunda discusión (2006)	115

**III. LEGALIDAD Y CONSTITUCIONALIDAD  
DE LOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS**

<b>QUE INTEGRAN EL RÉGIMEN</b>	
<b>JURÍDICO DE LOS PROCEDIMIENTOS</b>	
<b>AUTORIZATORIOS PARA OPERACIONES</b>	
<b>DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA EN</b>	
<b>EL SISTEMA DE LIBRE COMPETENCIA</b>	
<b>EN VENEZUELA</b>	<b>127</b>
Aplicación de los principios constitucionales y legales	127
Naturaleza jurídica de los instrumentos normativos	130
Control judicial	135
<b>IV. COMISIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES</b>	<b>141</b>
Naturaleza Jurídica	144
Competencias	147
Principios de organización administrativa relacionados con la libre competencia	164
Operaciones de concentración económica sometidas a la aprobación de CONATEL	176
Opinión vinculante de PROCOMPETENCIA	179
Conveniencia jurídica de que la Comisión Nacional de Telecomunicaciones tramite procedimientos	

autorizatorios para operaciones de concentración económica 185

<b>V.</b>	<b>SOLUCIONES LEGALES PARA LA</b>	
	<b>ARMONIZACIÓN Y COORDINACIÓN DE</b>	
	<b>COMPETENCIAS EN MATERIA DE</b>	
	<b>PROCEDIMIENTOS AUTORIZATORIOS</b>	
	<b>PARA OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN</b>	
	<b>ECONÓMICA EN EL SISTEMA DE LIBRE</b>	
	<b>COMPETENCIA EN VENEZUELA</b>	189
	Principios Generales del Derecho	189
	Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999)	195
	Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre	
	Competencia (1992)	198
	Ley Orgánica de Telecomunicaciones (2000)	200
	Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (1981)	203
	Ley Orgánica de la Administración Pública (2001)	205
	Nuestra posición	208

<b>CONCLUSIONES</b>	211
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS</b>	224

**UNIVERSIDAD CATÓLICA “ANDRÉS BELLO”  
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO  
AREA DE DERECHO  
ESPECIALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS AUTORIZACIONES DE  
OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA EN EL SISTEMA  
DE LIBRE COMPETENCIA EN VENEZUELA**

**Autor: Jorge Alberto Sierra Gómez  
Tutor: Luís Alberto Ortiz Álvarez  
Fecha: 29 de junio de 2007**

**RESUMEN**

Este trabajo tiene por objeto analizar la figura del régimen jurídico de las autorizaciones de operaciones de concentración económica en el sistema de libre competencia en Venezuela, la cual representa una novedad jurídica en el derecho administrativo que tiene su antecedente más próximo en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia; por este motivo, se hace necesario el establecimiento de semejanzas y diferencias para iniciar el desarrollo de la monografía, específicamente en lo concerniente a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Por la novedad de la institución, las preguntas que se originan de la misma son diversas, en razón de ello, se hace uso de las estrategias y niveles de investigación necesarios, que permiten presentar las primeras aproximaciones sobre el tema; tomando en consideración que: las dudas que con respecto a la situación normativa se presenta, de no ser aclaradas, pudiesen inducir a la confusión y a la violación de las disposiciones legales y constitucionales que regulen la materia y la especialidad, ya que hay que tener en cuenta que la Ley Orgánica de Telecomunicaciones tiene rango de Ley Orgánica, y la Ley de Procompetencia, en materia de promoción y protección de la libre competencia, es una ley especial. Es una investigación monográfica y descriptiva, por lo que constituye una investigación analítica y de desarrollo conceptual, que se apoya básicamente en una amplia revisión bibliográfica y en el uso de técnicas de análisis de contenido, análisis comparativo, construcción de sistemas de categoría, clasificación de casos, inducción y síntesis. El instrumento utilizado es una matriz necesaria para registrar y analizar el contenido de la información extraída de las fuentes documentales. Descriptores: aprobación, autorización, colaboración, cooperación, coordinación, competencia, libre competencia, operación de concentración económica.

## INTRODUCCIÓN

El Estado de Derecho, no sólo requiere de la solemnidad declarativa constitucional, sino también de la implementación constitutiva legal-procesal. Es indispensable que el ordenamiento jurídico procesal facilite los medios para el efectivo ejercicio de los derechos constitucionales, y entre ellos el procedimiento administrativo es la herramienta más idónea como reaseguro contra los desbordes del obrar de la Administración.

La tutela sustantiva de los derechos subjetivos públicos del Estado y de los Administrados se arbitra formalmente por medio de técnicas procesales administrativas. En ese orden, el procedimiento administrativo autorizatorio representa una de las tipología de la clasificación general de los procedimientos administrativos como garantía del derecho a la defensa y al debido proceso que se deben a los administrados.

El procedimiento administrativo autorizatorio regla el ejercicio de las prerrogativas públicas y de los derechos subjetivos de los particulares, siendo un instrumento de la Administración que describe, articula, regula y a la vez habilita el ejercicio de las prerrogativas del poder público que ostenta la Administración en ejercicio del poder.

El procedimiento autorizatorio es el conducto por el que transita, en términos de derecho, la actuación administrativa. El indica las formalidades y trámites que debe cumplir la Administración (en el ejercicio de la función administrativa) y los administrados (en su gestión de tutela individual con participación colaborativa en el ejercicio de la función administrativa).

El procedimiento para el otorgamiento de las autorizaciones de operaciones de concentración económica que establece la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (LPPELC), la redacción de la norma se vislumbra ambigua en cuanto a las potestades para su tramitación y ejecución, es decir, con respecto a la legalidad y constitucionalidad del otorgamiento de la autorización.

Ambigüedad que se acrecenta de la lectura del artículo 113 y la disposición transitoria decimoctava de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y los artículos 11, 18 y 42 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, y los Reglamentos Números 1 y 2 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, donde el procedimiento del otorgamiento de una autorización de una operación de concentración económica en el sistema de Libre Competencia en Venezuela imperante no es uniforme y por consiguiente se genera una laguna legal.

La duda se acentúa aun más para la regulación de los servicios de telecomunicaciones, cuando se hace expresa referencia al artículo 195 de la Ley de Telecomunicaciones en el entendido de que la Comisión Nacional de Telecomunicaciones sólo aprobará las operaciones de concentración económica a que se refiere este artículo cuando medie opinión favorable de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia.

De la lectura inicial de los artículos constitucionales y legales, antes mencionados pareciera que existe una confusión en cuanto a la atribución para tramitar el procedimiento autorizatorio de operaciones de concentración económica por parte de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia respecto al artículo 195 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Con la promulgación de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones en junio de 2000, se incorpora un nuevo elemento de regulación con el cual se comparten atribuciones la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia y la Comisión Nacional de Telecomunicaciones.

La anterior situación genera nuevas confusiones por la multiplicidad de organismos que supervisan, controlan, fiscalizan y fomentan la libre competencia en un mismo sector, de allí que surja la interrogante de cual es el organismo encargado de coordinar competencias.

De esta forma, siendo la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, el organismo que se le atribuyó la especialidad sobre la promoción y protección de la Libre Competencia, cabe preguntarse bajo cuales principios de derecho público quedará sujeta su actuación en el marco del otorgamiento de autorizaciones de operaciones de concentración económica respecto a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, es decir; a través de la coordinación, subordinación o colaboración con el ente regulador en el sector de las telecomunicaciones. Para ello, se hará indispensable revisar el marco legal en general para luego articular las normas específicas del caso concreto.

Por tanto, la actividad académica que se pretende realizar, estará encaminada a identificar el marco de las competencias y el ejercicio de las mismas de acuerdo a los instrumentos legales que desarrollan los procedimientos de autorizaciones para operaciones de concentración económica en el sistema de Libre Competencia en Venezuela, muy particularmente en el procedimiento autorizatorio contenido en el artículo 195 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Con el esclarecimiento de las dudas sobre la atribución y delimitación de competencias, se persigue obtener el fin último del procedimiento autorizatorio para operaciones de concentración económica en el marco del sistema de Defensa de la Competencia: 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.

Esto hace necesario desarrollar una investigación que pueda definir **¿cómo se puede distinguir el régimen jurídico de los procedimientos autorizatorios para operaciones de concentración económica del régimen general de autorización para realizar prácticas restrictivas de la libre competencia en Venezuela?**

Dentro de este marco, los objetivos de la investigación se centraran en un objetivo general que es distinguir el régimen jurídico de los procedimientos autorizatorios para operaciones de concentración económica del régimen general de autorización para realizar prácticas restrictivas de la libre competencia en Venezuela.

Asimismo, se delimitará unos objetivos específicos que se describen a continuación:

- a. Identificar cuáles son los procedimientos autorizatorios en el sistema de libre competencia en Venezuela.
- b. Identificar los instrumentos normativos que en la actualidad desarrollan procedimientos autorizatorios en el sistema de libre competencia en Venezuela.
- c. Identificar la legalidad y constitucionalidad de los instrumentos normativos que integran el régimen jurídico de los procedimientos autorizatorios para operaciones de concentración económica en el sistema de libre competencia en Venezuela.

d. Determinar la conveniencia jurídica de que la Comisión Nacional de Telecomunicaciones tramite procedimientos autorizatorios para operaciones de concentración económica cuya naturaleza corresponde a la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia.

e. Identificar las normas contenidas en leyes especiales para armonizar y coordinar competencias en materia de procedimientos autorizatorios en el sistema de libre competencia en Venezuela.

La justificación e importancia de esta investigación radica en que es un requerimiento de la legalidad la fijación de un instrumento jurídico, que con alcance procesal indique el camino a transitar en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa. La legalidad administrativa, en suma, es conformadora y limitadora de la actuación público-estatal y no estatal, por medio de la procedimentalización de la voluntad.

La autorización es, en sí misma, una técnica de intervención sobre la libertad económica. En tal sentido, reviste una importancia trascendental ya que esta es la limitación más intensa que la Administración puede imponer a la libertad económica: si se niega la autorización se niega el ejercicio del derecho de acceso al mercado y, consecuentemente, se impide el desarrollo de la libertad de empresa.

Este es el caso de la categoría del régimen jurídico de las autorizaciones de operaciones de concentración económica en el sistema de Libre Competencia en

Venezuela. Se infiere por tanto, que la autorización, como limitación al ejercicio de la libertad económica, debe adecuarse a determinados bienes jurídicos de interés público y, además ser proporcional al interés general tutelado.

Por tal razón; la mencionada modalidad es objeto de distinciones con el régimen establecido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, a fin de esclarecer interrogantes y confusiones en cuánto a las competencias de los entes encargados de promover y proteger la libre competencia y ejecutar sus actos.

Las dudas que con respecto a la situación normativa se presentan, de no ser aclaradas, pudiesen inducir a la confusión y a la violación de las disposiciones legales y constitucionales que regulan la materia y la especialidad, ya que hay que tener en cuenta que la Ley Orgánica de Telecomunicaciones tiene rango de Ley Orgánica, y la Ley de Procompetencia, en materia de promoción y protección de la libre competencia, es una ley especial

Con ocasión de ello, surge la preocupación por establecer distinciones y coincidencias entre ambos sistemas jurídicos, orígenes, alcances y beneficios de su aplicación; y por esto, la investigación analítica se iniciará con la revisión histórica de los datos, el uso de métodos comparativos, para obtener las primeras aproximaciones a raíz de las deducciones que se hagan al respecto.

La investigación tiene como propósito determinar las competencias exclusivas y concurrentes en la tramitación de los procedimientos autorizatorios de operaciones de concentración económica que se encuentran enmarcados en el sistema de libre competencia en Venezuela, deteniéndonos intencionalmente en el artículo 195 de la ley Orgánica de Telecomunicaciones. Para conocer si el ejercicio de la atribución se apoya según principios de coordinación y colaboración.

Lo anterior permitirá identificar la atribución de responsabilidades; sugerir modelos de gestión y supervisión en el régimen jurídico de autorizaciones de operaciones de concentración económica en el sistema de libre competencia en Venezuela, hecho que incidirá en la eficiente tramitación de estos procedimientos.

Finalmente, la libre competencia es, uno de los objetivos de la reforma del régimen derivado de la Ley de Telecomunicaciones. Ello implica, por una parte, la aplicación material de los supuestos contenidos en la Ley Procompetencia en cuanto a las prácticas restrictivas de la libre competencia, y por la otra, la atribución a la Administración de potestades para controlar el respecto a ese principio.

El interés por ahondar sobre el contenido de las autorizaciones de operaciones de concentración económica en el sistema de libre competencia en Venezuela tiene especial significación tomando en cuenta que pueden derivar en limitaciones a la libre iniciativa económica privada, ya que puede consistir en la imposición de una nueva

restricción o la alteración gravosa de una carga, por ejemplo lo que exige el respeto a la garantía de la libertad de empresa.

La presente investigación se apoya y sustenta en ser del tipo monográfica, documental. Se entiende como investigación monográfica, el estudio de problemas con el propósito de ampliar y profundizar el conocimiento de su naturaleza, con apoyo principalmente de fuentes bibliográficas y documentales. La originalidad del estudio se refleja en el enfoque de criterios, conceptualizaciones, conclusiones, recomendaciones y, en general, el pensamiento del autor; tal como lo señala el manual para la elaboración del Trabajo Especial de Grado en el Área de Derecho para optar al Título de Especialista de la Universidad Católica Andrés Bello (1997). Y documental por cuya estrategia está basada en el análisis de datos obtenidos de diferentes fuentes de información, tales como informes de investigación, libros, monografías y otros materiales informativos.

Finalmente este trabajo ha quedado estructurado de la siguiente forma:

Capítulo Uno relativo a los Procedimientos Autorizatorios para Operaciones de Concentración Económica en el Sistema de libre Competencia en Venezuela. Capítulo Dos relativo al Desarrollo Legislativo de los Procedimientos Autorizatorios para Operaciones de Concentración Económica en el Sistema de Libre Competencia en Venezuela. Capítulo Tres relativo a la Legalidad y Constitucionalidad de los Instrumentos Normativos que Integran el Régimen Jurídico de los Procedimientos Autorizatorios para Operaciones de Concentración Económica en el Sistema de Libre

Competencia en Venezuela. Capítulo Cuatro relativo a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones. Capítulo Cinco relativo a las Soluciones Legales para la Armonización y Coordinación de Competencias en materia de Procedimientos Autorizatorios para Operaciones de Concentración Económica en el Sistema de Libre Competencia en Venezuela. Culminando el trabajo, con las Conclusiones pertinentes al caso.

Bajo este escenario, cabe destacar que nuestro estudio del tema de **El Régimen Jurídico de las Autorizaciones de Operaciones de Concentración Económica en el Sistema de Libre Competencia en Venezuela** hemos tomado como referencia, la **Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia de 1992** y la **Ley Orgánica de Telecomunicaciones de 2000**.

## **CAPÍTULO I**

### **PROCEDIMIENTOS AUTORIZATORIOS PARA OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA EN EL SISTEMA DE LIBRE COMPETENCIA EN VENEZUELA**

#### **Nociones previas de Operaciones de Concentración Económica**

Las operaciones de concentración económica muestran una historia de larga data en la economía moderna. Ya, desde finales del siglo XIX se observó un proceso importante de fusiones y adquisiciones empresariales, tanto en Europa como en Estados Unidos, que involucraba sectores considerados en aquel momento dinámicos tales como ferrocarriles, acero, etc. Este tenía como objetivo alcanzar el control monopólico del mercado, dando lugar al nacimiento de los grandes conglomerados industriales muchos de los cuales fueron en el caso norteamericano disueltos a partir de la sanción de la Ley Sherman.

En una segunda etapa, surgida al finalizar la primera guerra mundial, las operaciones persiguen un objetivo menos traumático en relación con las normas vigentes, las empresas buscan ahora alcanzar una posición de dominio en el mercado. Sin embargo, el fenómeno de concentración se desacelera a partir de la crisis del 30 hasta la finalización de la segunda guerra mundial.

Posteriormente, el fenómeno de concentración se diferencia mientras en Estados Unidos las operaciones a nivel horizontal se ven acotadas con la sanción de la Ley Celler – Kefauver, iniciando un proceso de concentración a nivel conglomerados; en Europa, la instauración de la Comunidad Europea después de la posguerra inicia un período de fusiones significativo. En este caso, este proceso fue posible por la ausencia de un marco legal correspondiente, generándose un incremento elocuente en el nivel de concentración económica.

En los años setenta, este esquema económico comienza a debilitarse surgiendo propuestas de desregulación y privatización que llevarían a modificar el escenario competitivo. Posteriormente se inicia un proceso de apertura económica, que genera un mayor nivel de intercambio entre las economías nacionales estableciéndose un proceso de globalización de los mercados. Estos cambios generan un renovado interés por las operaciones de fusión y adquisición, dado que ahora las empresas necesitan ganar en escala para competir internacionalmente.

Así, en los años ochenta se observa una nueva ola de concentración a través de las compras hostiles, práctica que inicialmente afectó a las empresas norteamericanas pero que se extiende posteriormente sobre el resto de los países desarrollados y, finalmente en los noventa hacia los países emergentes.

En los años noventa, además de observarse la compra selectiva, se presenta un impulso en operaciones de fusión y adquisición en aquellos sectores que se hallaban regulados y se encuentran desregulados o en proceso de privatización son los casos de telecomunicaciones y sectores de servicios.

En lo que respecta a Latinoamérica, durante la vigencia del modelo sustitutivo, no existió interés por parte de las autoridades públicas por los aspectos competitivos en general como por las operaciones de concentración económica en particular, dado que se privilegió el mercado interno. Sin embargo, en términos de concentración económica, este período permitió el surgimiento y la consolidación de importantes conglomerados industriales.

Ahora bien, las operaciones de concentración económica observaron un impulso importante en la década de los noventa. Muchas de las operaciones de concentración económica se produjeron en el sector servicios y en industrias pertenecientes a la cadena agro-alimentaria.

Por ello, para **Ortiz, L.** (2001), “El tema de las concentraciones económicas es, sin duda, uno de los temas más importantes y apasionantes de la legislación de defensa de la competencia en cualquier país, tema al cual la doctrina, en particular la extranjera, ha dedicado importantes obras y profundos análisis, a los cuales, como siempre, es menester remitir” (p.80).

En este orden de ideas, la figura de la operación de concentración económica ha sido para **Llorens, C.** (2001), “el resultado de una estrategia de crecimiento externo por parte de una empresa, es decir, el que se realiza a través de fusiones, compras o la creación de una empresa conjunta o joint-venture. Esta estrategia se contrapone a la basada en la potenciación del crecimiento interno, que consiste en el desarrollo interno de nuevas capacidades económicas de producción” (p.77).

Asimismo **Llorens, C.** (2001), “la concentración como fruto de la integración empresarial es la acepción que utiliza la Unión Europea en la política de la competencia. En el artículo 3 del Reglamento 4064/89 de control de operaciones de concentración son considerados como concentraciones los siguientes supuestos: cuando dos o más empresas anteriormente independientes se fusionen, cuando una o más personas que ya controlen al menos una empresa, o más empresas, mediante la toma de participaciones del capital o la compra de elementos del activo, mediante contrato o cualquier otro medio, adquieran directa o indirectamente el control sobre la totalidad o parte de una o varias empresas” (p.77).

Por tanto, esta definición se basa en el comportamiento dinámico externo de las empresas, en su interacción con otras compañías que implican su control. En tal sentido, la política de la protección de la competencia se encarga de evaluar si estas operaciones se realizan en detrimento o no de la eficacia del mercado y, por tanto, del interés general.

En este sentido, **Fernández, C.** (1994), “existe una operación de concentración cuando dos o más empresas anteriormente independientes se fusionen, o cuando una o más personas que ya controlen al menos una empresa, o una o más empresas mediante la toma de participaciones en el capital, o la compra de elementos del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio, adquiriera, directa o indirectamente, el control sobre la totalidad o parte de una o de varias empresas” (p.392).

Para **Bellamy, C.** (1992), “en muchas circunstancias las empresas pueden desear fusionarse o transferir alguna parte o toda su actividad a otras empresas. Los tipos más comunes de transacciones de este tipo pueden clasificarse sumariamente de la siguiente manera. En primer lugar, existe la concentración compleja e aquella situación en que una de las empresas toma el control o se fusiona con otra empresa de modo que las dos empresas devienen una sola que opera como una única unidad económica. En segundo lugar, hay una concentración parcial cuando las empresas unen parte de sus negocios, pero las compañías matrices continúan independientes y distintas una de la otra y continúan llevando a cabo otros tipos de negocios. Algunos acuerdos que en definitiva son concentraciones parciales adoptan la forma de una empresa común. En tercer lugar, hay una toma de participación o compra de acciones cuando una empresa simplemente adquiere una participación minoritaria de otra empresa. En cuarto lugar, hay una venta de activos cuando una empresa vende parte de sus activos a otra empresa” (p.557).

Considera **Soriano, J.** (1998), que “el término operación de concentración económica, procede de la literatura económica, engloba todo el conjunto de operaciones jurídicas, cualesquiera que sea su naturaleza, por las que se producen fusiones, adquisiciones, absorciones o uniones de empresas cuyo resultado final es la adquisición por parte de una empresa del control sobre otra u otras empresas o, eventualmente, la creación de una empresa global que definitivamente absorba a las demás intervinientes” (p.577).

En este sentido **Witker, J.** (2000), expresa que “genéricamente se denomina concentración a los actos jurídicos por medio de los cuales una o más personas morales buscan detentar mayor parte del mercado relevante de un bien o servicio. Las formas más usuales de concentración son las fusiones y adquisiciones” (p.61).

Asimismo **Witker, J.** (2000), señala que “una fusión es un acto jurídico por medio del cual dos o más personas morales deciden unir sus patrimonios para crear una tercera persona moral diferente a las fusionadas. Una adquisición, en cambio, se da cuando una persona moral compra a otra persona moral, la cual desaparece, pasando a formar parte de la adquirente. Las fusiones y adquisiciones logran mediante la expansión externa lo que no puede conseguirse con el crecimiento interno de las empresas o con contratos entre empresas (es decir, con cárteles) pero, en ocasiones, a costa de los consumidores. Este tipo de actos no necesariamente son anticompetitivos, sin embargo, en muchas ocasiones sus efectos pueden llegar a serlo, por lo que en la

mayoría de legislaciones se prevé un mecanismo de control mediante notificación previa de la fusión” (p.61).

En este orden de ideas **Curiel, C.** (1996), considera que “en términos generales, el control y la evaluación de operaciones de concentración económica es tema de interés público en la medida en que tales operaciones pueden conducir a un aumento del poder de mercado y, por tanto, a una restricción de la libre competencia. Esto es así en la medida que operaciones de integración o de concentración económica implican modificaciones en la estructura de los mercados que se traducen indefectiblemente en la conducta y el desempeño de las empresas que participan en los mismos” (p.3).

Asimismo **Curiel, C.** (1996), señala que “existe una clasificación general a partir de la cual pueden identificarse diferentes tipos de operaciones de concentración económica: Horizontales, cuando el adquiriente participa en el mismo mercado relevante que la empresa a ser adquirida. Verticales, cuando las empresas operan en mercados relevantes que guarden relación de proveedor-demandante. Fusiones de Conglomerados, cuando las actividades económicas desempeñadas por las empresas no guardan relación alguna” (p.3).

En opinión de **Llorens, C.** (2001), “la mayoría de autores prefieren encuadrar los distintos casos de integración empresarial a partir de la presencia de la empresa concentrada en varias fases del proceso productivo y/o en varios mercados: horizontal,

vertical, multimedia, conglomerados e internacional. Es difícil encontrarlas en estado puro. En la mayoría de casos aparecen combinadas: una operación de concentración vertical puede ser simultáneamente internacional y en una concentración multimedia pueden participar conglomerados industriales” (p.80).

Para **Llorens, C.** (2001), “estos cinco tipos de integración empresarial responden también a las distintas estrategias de expansión de las empresas: la concentración horizontal se produce cuando una empresa o grupo de empresas controla varias unidades de producción de la misma fase del proceso productivo y en el mismo mercado, de manera que los productos o servicios que ofrecen las distintas unidades de producción son, desde el punto de vista del comprador, idénticos, o cuando menos sustitutos. La concentración vertical se da cuando una empresa o un grupo de empresas está presente en varias fases del proceso de producción. La concentración multimedia se verifica cuando una empresa o un grupo de empresas controla simultáneamente distintos tipos de medios de comunicación. La concentración de conglomerados se da cuando una empresa o grupo de empresas está presente en un sector económico y simultáneamente opera en otros muchos sectores económicos. La concentración internacional es la reproducción de la concentración empresarial a nivel internacional” (p.83).

Dentro de este contexto, podemos decir, que la operación de concentración económica en los mercados plantea, indudablemente, enormes desafíos para las autoridades encargadas de la defensa de la libre competencia.

La razón es bastante obvia, detrás de cada operación de concentración económica de propiedad en un rubro de la producción, fusión, integración o toma de control, llámese como se llame, el resultado concreto es que se eliminan uno o más competidores y por lo tanto, al menos desde el punto de vista estructural, hay menos competencia.

Sin embargo, la evaluación de una operación de concentración económica desde la perspectiva de la libre competencia, no es una tarea sencilla, por cuanto, en general, este tipo de operaciones se realizan con el objeto de aumentar la eficiencia de la empresa, con lo cual se maximiza su valor.

Este legítimo interés, en algunas ocasiones, también puede tener costos sociales, por cuanto el resultado de la operación puede generar, por ejemplo, una posición de dominio en el mercado en cuestión, y con ello la posibilidad cierta que se produzcan conductas atentatorias a la libre competencia, las que se verán reflejadas, generalmente, en los precios y calidad de los productos.

En efecto, estos procesos de integraciones y fusiones de empresas, que dan lugar a la concentración económica, aunque pueden estar fundados en razones de eficiencia para

la empresa, presentan riesgos para la competencia. Un mercado con menos actores hace más probable la existencia de acuerdos colusorios.

Es bastante más simple que se pongan de acuerdo dos, tres o cuatro firmas que unos diez o más competidores, aún sin necesidad de un acuerdo explícito. Del mismo modo, la concentración en los mercados puede permitir establecer con mayor facilidad barreras a la entrada para nuevos competidores.

También en estos procesos de operaciones de concentración económica se presentan problemas para la libre competencia cuando uno de los competidores es además dueño de una instalación esencial, lo que facilita la práctica de discriminaciones frente a otros actores. Entendiendo como instalación esencial, aquella que es fundamental para acceder al consumidor o usuario. Por ejemplo: los puertos, la línea troncal de transmisión eléctrica, etc. En consecuencia, el desafío es tremendamente complejo cuando se revisan por parte de las autoridades de competencia estas operaciones.

## **Procedimientos autorizatorios para operaciones de concentración económica**

Hagamos una breve presentación, fundamentalmente a efectos descriptivos y recordatorios, de este tipo de actos administrativos con la finalidad de ubicar correctamente el tema autorizatorio dentro del esquema de poderes de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia y para observar como nos encontramos ante un tipo de actos distintos de la propiamente considerada autorización.

El procedimiento administrativo general ha sido para **Lares, E.** (2001), “el que abarca un conjunto de actos preparatorios o de trámite que han de culminar en la decisión de la autoridad administrativa competente sobre la cuestión de fondo que le corresponda resolver. El pronunciamiento emitido como resultado de un procedimiento administrativo es el acto administrativo principal, llamado también definitivo, resolutorio o decisorio” (p.593).

Dentro de este marco para **Juárez, J.** (1998), el procedimiento administrativo autorizatorio son aquellos que “están instituidos para impedir o permitir que se haga alguna cosa y revisten mucha importancia, pues comprenden además de las autorizaciones strictu sensu, permisos, licencias, aprobaciones, dispensas y otras habilitaciones análogas” (p.458).

En este sentido ha dicho **Brewer, A.** (1990), “en un procedimiento autorizatorio, que se inicia a solicitud de parte interesada, por supuesto, quien solicita e inicia el procedimiento tiene la carga de la prueba. En estos casos, sin duda, legalmente se le está imponiendo al particular, la carga de la prueba de su titularidad para poder obtener el permiso”. (p.314).

Como es de todos conocido, el concepto de autorización aparece formulado en la doctrina finisecular, centrándolo como el instrumento básico de la acción de la policía administrativa.

Tal como fue construido en origen, responde a una visión liberal basada en una tajante y al menos en apariencia nítida distinción entre Estado y sociedad. En efecto, la idea original responde a la concepción de un mundo jurídico en el que la existencia de un derecho subjetivo previo a cualquier actividad implicaba que la remoción de un determinado límite que era precisamente el papel que cumplía la correspondiente autorización consistiese en un procedimiento administrativo en el cual el particular que fuera titular del derecho subjetivo sometido a tal autorización demostrase que no se producirían las condiciones de peligrosidad o perturbación que justificaba el sometimiento a dicha autorización.

Desde esta perspectiva la autorización es una figura clave dentro de la idea de policía que a su vez es junto con la idea de fomento el gran motor de la intervención administrativa dentro de los supuestos teóricos del Estado liberal.

En este sentido afirma **Farrando, I.** (2000), “el acto de autorización puede tener un doble alcance jurídico: a) como acto de habilitación o permisión, cuando la autoridad administrativa confiere licencias a los administrados en ejercicio de la policía administrativa (v.gr., autorización para habilitar un comercio en ejercicio de la policía económica, autorización para la existencia de las personas jurídicas, etc.); y b) como acto de fiscalización o control, cuando un órgano faculta a otro a emitir determinado acto; de esta forma, un órgano administrativo inferior queda facultado para desplegar una cierta actividad o comportamiento. Los efectos jurídicos de la autorización se producen para el futuro (ex nunc), desde la emisión del acto autorizado, ya que ella se prevé como recaudo que atañe a la validez de un acto administrativo ulterior” (p.167).

Ofrece dudas este aspecto de la autorización, en razón del procedimiento administrativo autorizatorio para operaciones de concentración económica como ha sido recogido en el artículo 11 y 42 la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia de 1992.

Para **Caballero, J.** (1995), “puede decirse que la técnica autorizatoria supone la existencia de una actividad privada que es consentida por la Administración. La

intervención de esta última se configura como un requisito necesario para el ejercicio de la actividad. La autorización implica, por tanto, una prohibición general previa que actúa sobre actividades que la norma considera como propias de los particulares” (p.208).

A este respecto, **Linares, G.** (1999), señala “como se sabe, la autorización es una técnica que consiste en establecer, primero, una prohibición general de la actividad de que se trate para, luego, permitir excepciones mediante un acto administrativo determinado, que es precisamente la autorización. Ello así, si se considerase que la potestad de intervención previa de Procompetencia sobre las fusiones fuese una autorización, habría que entender que todas las concentraciones económicas están prohibidas, y que sólo podrían realizarse con la autorización de la Superintendencia. Esta solución no sería de recibo, pues cualquier operación de compra venta de acciones sería una concentración económica, en vista de la ambigüedad de la ley. Exploremos la otra posibilidad que se trate de operaciones de concentración económica que produzcan restricciones a la libertad económica o una posición de dominio, las cuales se encontrarían prohibidas y solo podría realizarse con la autorización. Tampoco es aceptable, pues es obviamente imposible que Procompetencia autorice la realización de una práctica prohibida, como sería tal concentración. Puede concluirse entonces, que la intervención administrativa previa a que daría base el artículo 11 de la Ley, en el supuesto negado que existiese, no puede catalogarse de autorización” (p.248).

En esta misma dirección **Soriano, J.** (1998), sostiene que “la operación de concentración económica por el mero hecho de serlo, no ha de constituir una infracción, no es delictiva, mientras que, por el contrario, los abusos y cárteles lo son siempre, es decir, se rigen por normas prohibitivas establecidas como criterios imperativos que no se pueden violar. El procedimiento ha de ser más ágil en el caso de las concentraciones, más informal si se quiere” (p.581).

Dentro de este contexto, para **Delpiazzo, C.** (2004), el procedimiento autorizatorio reviste una notable importancia en el sistema de libre competencia venezolano ya que este se fundamenta en uno de los principios esenciales que rigen la actividad de la administración y por ende el procedimiento para exteriorizar su voluntad, es el de legalidad objetiva que obliga aquélla a adecuar su actuación al ordenamiento jurídico y a la consecución del bien común.

Frente a las potestades que derivan de las autorizaciones, la libertad de empresa se debe encontrar garantizada por la obligación de la Administración de respetar la autonomía privada que debe informar el ejercicio del derecho de acceso al mercado. La autorización es, en sí misma, una técnica de intervención sobre la libertad económica.

En este sentido, actualmente los agentes económicos que soliciten una evaluación de operación de concentración económica ante la Superintendencia para la promoción y

Protección de la Libre Competencia lo realizan de conformidad con el artículo 11 y 42 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia cumpliendo las etapas del procedimiento administrativo ordinario establecido en el artículo 47 y siguientes de la Ley Orgánica de procedimientos Administrativos.

Una vez que las empresas o agentes económicos que solicitan la evaluación de operación de concentración económica ante la Superintendencia se cumplen una serie de etapas para esta evaluación la cual cumple los pasos que a continuación se describen.

La Superintendencia analiza la solicitud de evaluación de la operación de conformidad con lo establecido en el artículo 49 de la Ley Orgánica de procedimientos Administrativos y los artículos 6 y 7 del Reglamento N° 2 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia. De no cumplir la solicitud con los requisitos exigidos en la ley se envía mediante oficio un despacho saneador de conformidad con lo establecido en el artículo 50 de la Ley Orgánica de procedimientos Administrativos. En este estado, se paraliza el inicio del lapso de evaluación por un plazo de quince (15) días hasta que los operadores subsanen las omisiones o faltas observadas.

Ahora bien, de cumplir la solicitud de evaluación de operación de concentración económica con los requisitos exigidos en la ley, se inicia el lapso del procedimiento

administrativo de evaluación de la operación de concentración económica, de conformidad con el artículo 48 y 61 de la ley Orgánica de procedimientos administrativos.

El cómputo del lapso de evaluación es de cuatro (4) meses hasta dos (2) meses más que pueden ser prorrogables. En este estado comienza a transcurrir al día siguiente de recibida la solicitud y previamente analizada la misma el procedimiento administrativo.

En este estado, la Superintendencia realiza una resolución de apertura del procedimiento administrativo de conformidad con lo establecido en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y el artículo 8 del Reglamento N° 2 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

Luego se procede a tramitar o sustanciar el procedimiento administrativo de evaluación de conformidad con lo establecido en el artículo 8, 9 y 10 del Reglamento N° 2 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia en concordancia con los artículos 53, 54, 58 y 59 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Por último se tiene la etapa de la decisión del procedimiento administrativo de evaluación de la operación de concentración económica la cual se toma de

conformidad con lo establecido en el artículo 60, 61 y 62 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en concordancia con los artículos 12, 13 y 14 del Reglamento N° 2 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

### **Normativa legal en Venezuela**

Merece la pena señalar que la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, autoridad encargada de administrar la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia publicada en Gaceta Oficial N° 34.880, del 13-01-1992, comenzó sus actividades en abril de 1992. Asimismo, es escaso el desarrollo que hace esta Ley sobre el régimen de operaciones de concentración económica.

De allí que ha sido a través del tratamiento de casos que se ha construido el complejo de normativas y metodologías sobre este tema. Asimismo, resalta la significación que dentro de estos desarrollos ha tenido la constante referencia a doctrina y a las legislaciones de otros países en el tratamiento de este tipo de prácticas.

Tal como se ha asomado anteriormente el marco normativo en materia de control de operaciones de concentración económica es sumamente escueto en el caso venezolano. El primer elemento que debe destacarse es que la única provisión que existe sobre este

particular es la prohibición contenida en el artículo 11 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia el cual dispone:

“Se prohíben las concentraciones económicas, en especial las que se produzcan en el ejercicio de una misma actividad cuando a consecuencia de ellas se generen efectos restrictivos sobre la libre competencia o se produzca una situación de dominio en todo o parte del mercado”.

Para **Ortiz, L.** (2001), “el artículo 11 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia quizás encuentre parte de sus antecedentes en la Sección 7 de la Clayton Act, que establece la regulación de las concentraciones económicas en Estados Unidos de América. Según la regulación norteamericana, tales concentraciones son contrarias a la normativa cuando puedan restringir la libre competencia (may be to substantially lessen competition) o tiendan a crear una situación de monopolio (or tend to create a monopoly)” (p.80).

El artículo 11 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia ha sido desarrollado a través del Decreto número 1311, de fecha 2 de mayo de 1996 y posteriormente publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela número 35.963, del 21 de mayo de 1996, a través del cual fue dictado el Reglamento número 2 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia. Donde su artículo 1 establece el objeto del Reglamento en los siguientes términos:

“Este Reglamento tiene por objeto desarrollar un régimen de evaluación y control de las operaciones de concentración económica,

en ejecución de la norma contenida en el artículo 11 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia”.

Asimismo, se dictó el Instructivo Número 3, Instructivo sobre Operaciones de Concentración Económica, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela número 36.209, del 20 de mayo de 1997. El artículo 1 dispone su objeto:

“El presente instructivo tiene por objeto indicar la información necesaria que deberán suministrar las personas y/o empresas que notifiquen a la Superintendencia una operación de concentración económica. Las preguntas contenidas en el Instructivo tratan de abarcar todos los aspectos que debe analizar la Superintendencia para determinar los efectos sobre la libre competencia de una operación de concentración económica”.

Adicionalmente, y en refuerzo y complemento de lo señalado se dictó la Resolución SPPLC/038-99 sobre Lineamientos para la Evaluación de las Operaciones de Concentración Económica, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela, del 1º de noviembre de 1999, el cual explica los temas de definición de operación de concentración económica, definición de mercado relevante, concentración en el mercado relevante, el grado de competencia en el mercado, el análisis de entrada, e incluso hace mención a las operaciones de concentración económica verticales y de conglomerado y referencias a las eficiencias generadas por la operación.

Por último, tenemos la Resolución Número SPPLC/14-96 de fecha 24 de mayo de 1996, de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre

Competencia, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela número 36.000 de fecha 15 de julio de 1996. Donde resolvió lo siguiente:

“El Reglamento N° 2 de la ley para promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia se aplicará a todas las operaciones de concentración económica cuando el volumen de negocios total de las empresas participantes en dicha operación supere la cantidad equivalente a ciento veinte mil (120.000) unidades tributarias.

Cuando las operaciones de concentración económica involucren a divisiones de varias empresas, se tomará en cuenta a efectos del párrafo anterior, el volumen total de negocios de las divisiones participantes en la operación.

El volumen de negocios será el correspondiente al ejercicio económico anterior al momento en que se celebra la operación, y se calculará de acuerdo a lo establecido en el artículo 3 del Reglamento N° 2 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia”.

Esta disposición define los umbrales de evaluación de las operaciones de concentración económica en nuestro país, es decir, aquellos criterios sustantivos apropiados en relación con el nexo local exigido, tales como el volumen de ventas o el valor de los activos en el territorio de la jurisdicción afectada. Esto permite excluir aquellas concentraciones poco susceptibles de producir efectos apreciables para la competencia dentro de su territorio.

En Venezuela no es obligatoria la notificación de operación de concentración económica, como sucede en otras legislaciones de derecho de la competencia. En otras jurisdicciones el control sobre operaciones de concentración económica se realiza comúnmente a priori, debiendo la concentración obtener una autorización

previa de la autoridad de aplicación cuando las operaciones exceden cierto monto o cuando la misma involucra mercados considerados como relevantes.

Por ello, gran parte de las operaciones quedan exentas de verificación, en esta dirección se han delineado los diferentes lineamientos de concentración, los cuales por lo general plantean la necesidad de avisar una propuesta de fusión. Asimismo, algunos países realizan un análisis a posteriori, evaluándose si la empresa resultante genera alguna práctica anticompetitiva.

Ha dicho **Linares, G.** (1999), “la clave para decidir si los poderes de Procompetencia en materia de fusiones pueden ejercerse a priori es la letra misma de la ley. En efecto, el artículo 11, como se vio, prohíbe las concentraciones económicas que generen efectos restrictivos sobre la libre competencia o que, a consecuencia de ellas, se produzca una situación de dominio en todo o parte del mercado. No hay duda de que tales efectos restrictivos o situaciones de dominio deben haberse producido para que las correspondientes concentraciones estén prohibidas. De haberse querido establecer poderes preventivos en cabeza de Procompetencia, se hubiera usado verbos en futuro condicional (concentraciones que puedan producir efectos restrictivos de la libre competencia o situaciones de dominio o fórmulas análogas). Por lo tanto, Procompetencia carece de potestades previas sobre las fusiones tiene que esperar que se produzcan y que generen efectos restrictivos de la libre competencia o produzcan

una situación de dominio para sancionarlas o bien ordenar la correspondiente desinversión, si tan dramático poder puede encontrar base en la ley” (p.246).

### **Doctrina de Procompetencia**

Las principales resoluciones de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia en materia de evaluación de operaciones de concentración económica son las siguientes:

- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/0024-93, de fecha 1-11-93, caso Seguros la Seguridad, Seguros Metropolitana. Consultada en Original.
- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución S/N, de fecha 29-11-93, caso Corimon Pinco Pittsburg. Consultada en Original.
- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/0014-94, de fecha 17-02-93, caso Plumrose – Alpina. Consultada en Original.
- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/0013-94, de fecha 16-02-94, caso Grupo Polar – Golden Cup. Consultada en Original.

- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución S/N, de fecha 02-03-94, caso Cerámica Carabobo, Refractarios del Caroní. Consultada en Original.
- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/0022-94, de fecha 11-04-1994, caso Alimentos Heinz C.A., Yukery Venezolana de Alimentos C.A. Consultada en Original.
- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/0036-94, de fecha 10-08-94, caso Corimon, Pinco Pittsburg S.A., Parte II. Consultada en Original.
- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/0041-95, de fecha 02-09-95, caso Oral B. Consultada en Original.
- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/0022-95, de fecha 16-05-95, caso Kraft – Heinz. Consultada en Original.
- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/0026-95, de fecha 26-05-95, caso Plumrose. Consultada en Original.
- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/005-96, de fecha 12-02-96, caso Cada - Cativen. Consultada en Original.

- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/008-96, de fecha 27-03-96, caso Suavizantes Favor y Johnson. Consultada en Original.
- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/0016-96, de fecha 10-07-96, caso Nabisco – Galletas Tejerías. Consultada en Original.
- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/0009-96, de fecha 06-08-1996, caso Ceras Johnson y Cruz Verde. Consultada en Original.
- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/0034-96, de fecha 09-12-96, caso Pepsi-Cola, Coca Cola. Consultada en Original.
- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/002-97, de fecha 04-03-97, caso Ciba Geigy y Sandoz de Venezuela. Consultada en Original.
- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/0016-97, de fecha 15-07-97, caso Mavesa – Gerber. Consultada en Original.
- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/018-97, de fecha 21-07-1997, caso Colas – Fideicomiso Plantas. Consultada en Original.

- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/019-97, de fecha 13-08-1997, caso Good Year – Indomax. Consultada en Original.
- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/0031-97, de fecha 04-12-97, caso Tampones. Consultada en Original.
- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/0023-99, de fecha 05-05-99, caso Procter & Gamble de Venezuela. Consultada en Original.
- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/007-00, de fecha 02-02-00, caso Alimentos Kellogs S.A. Consultada en Original.
- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/0051-00, de fecha 25-09-00, caso Owens Illinois Produvisa. Consultada en Original.
- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/0044-00, de fecha 28-08-00, caso Circuitron E- Solar Express. Consultada en Original.
- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/0017-00, de fecha 10-04-00, caso Aventis Pharma S.A – Rhone Poulenc Rorer de Venezuela S.A. Consultada en Original.

- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/0016-00, de fecha 28-03-00, caso Agrevo Rhone Poulenc Rorer de Venezuela S.A. Consultada en Original.
- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/003-2001, de fecha 16-01-01, caso Salineras. Consultada en Original.
- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/020-01, de fecha 18-05-01, caso Chevron – Texaco. Consultada en Original.
- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/0047-02, de fecha 18-12-02, caso Basmelca. Consultada en Original.
- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/003-03, de fecha 07-02-03, caso Basf-Vetefarm. Consultada en Original.
- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/0007-03, de fecha 24-03-03, caso Bayer Johnson. Consultada en Original.
- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/0018-2004, de fecha 15-03-2004, caso Conducen – Universa. Consultada en Original.

- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/0057-2005, de fecha 21-10-2005, caso Procter & Gamble de Venezuela – Gillette. Consultada en Original.
- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/0014-2007, de fecha 10-04-2007, caso Aga Gas C.A. Consultada en Original.

Efectuada una revisión analítica y precisa de cada resolución antes mencionada, se desprende que la doctrina de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia usa indistintamente los vocablos autorización y aprobación, en el acto administrativo que pone fin a la evaluación previa de operaciones de concentración económica entendiendo que los mismos tienen características propias que los diferencian.

En este sentido afirma **Dromí, R.** (1996), “la autorización es una forma de control preventivo y el acto emitido sin esa autorización previa se encuentra viciado. La autorización comporta una atribución, en ella existe el reconocimiento de un derecho preexistente, pero que no puede ejercerse sin previa conformidad de la Administración. La autorización no amplía el campo de los derechos del individuo permite que éste los pueda ejercer al reconocerle el cumplimiento de las condiciones preventivas impuestas por el poder de policía, en razón del interés o la necesidad colectiva” (p.579).

Para **Dromí, R.** (1996), “la aprobación se realiza sobre actos ya formados, con el objeto de permitir su ejecución y eficacia. El acto sujeto a aprobación no constituye un acto administrativo, pues no produce efectos jurídicos, hasta que se dé la aprobación. Si el acto, a pesar de no ser aprobado, es ejecutado, también su ejecución está viciada” (p.219).

En esta misma dirección **Farrando, I.** (2000), ha señalado que “los actos que requieren previa autorización, y se dictan sin ella, están viciados en la voluntad en la emisión del acto y el vicio es muy grave. Ahora bien, la aprobación es un acto administrativo de control que actúa ex post, es decir, con posterioridad a la emisión del acto controlado y que incide en su perfección, otorgándole validez y eficacia” (p.167).

En este sentido afirma **Linares, G.** (1999), “tiene más sentido la categoría de aprobación que ha postulado Procompetencia. Sin embargo, plantea también serios inconvenientes. Si la técnica no es de autorización, las concentraciones económicas que produzcan una posición de dominio se encuentran absolutamente prohibidas, sin posibilidad de excepción. La aprobación, entonces, significaría simplemente que la operación en referencia no está prohibida por la Ley, de declaración completamente inútil desde que no atañe nada nuevo a la situación jurídica de los particulares interesados hubieran podido celebrar la operación aun en ausencia de la aprobación. De hecho, ninguna consecuencia traería la falta de aprobación, pues, en los supuestos

que se han expuesto, ni siquiera podría reputarse nula la operación en los términos del artículo 57 de la Ley, pues no existe práctica prohibida alguna” (p.248).

Para **Linares, G.** (1999), “la inexistencia de potestades de intervención previa de la Superintendencia no serían ni autorizatorias ni aprobatorias, de modo que jurídicamente nada significarían. La única posibilidad de entender en derecho tales poderes, de existir, serían categorizarlas de prohibiciones administrativas previas, que concretaría la prohibición abstracta prevista en el artículo 11. Sin embargo, tampoco tendría sentido esta solución, pues, como se dijo, el único modo de saber si una concentración está prohibida es luego de que ocurra y produzca sus efectos” (p.248).

La doctrina de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia en la evaluación de las operaciones de concentración económica es uniforme en el tiempo es decir, cuando se habla de evaluar operaciones de concentración económica con el fin de determinar si son de aquellas prohibidas en el artículo 11 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, se trata de probar si a raíz de aquellas se generarían efectos restrictivos sobre la libre competencia o se crearía una posición de dominio.

Los elementos fundamentales que técnicamente aplica la Superintendencia en la evaluación de tales operaciones parte primero por identificar la modalidad de concentración económica que la misma puede adoptar. Siguiendo luego con la

definición del mercado relevante, concentración en el mercado relevante, grado de competencia en el mercado, barreras a la entrada de competidores y eficiencias generadas por la operación.

En el derecho comparado de la competencia, el primer aspecto a evaluar, ante una operación de concentración económica, implica observar si la misma daña o no la competencia.

En la medida que se detecte algún inconveniente, la operación puede ser, total o parcialmente denegada; sino, la misma es autorizada. En este sentido, a menudo se considera la modificación en el índice de Hirschman – Herfindahl (HHI), con o sin fusión. Para así evaluar como la operación modificaría el nivel de concentración en la industria.

En la mayoría de los casos, el proceso de evaluación sigue un esquema preestablecido a través de guías o lineamientos los cuales introducen una serie de etapas: definición y descripción del mercado relevante en términos geográficos y de producto. Identificación de la participación de las firmas involucradas en el mercado relevante, y los niveles de concentración que presenta el mismo. Identificación de los potenciales adversos de la operación ó examen de las condiciones para el ejercicio de posición de dominio. Análisis de la factibilidad de entrada al mercado. Identificación

de las eficiencias que pueden generar como resultado de la fusión y/o adquisición.  
Evaluación del efecto en términos de bienestar económico.

La instrumentación de lineamientos para el análisis de este tipo de operaciones tiene su origen en Estados Unidos de Norteamérica, donde se establecen las primeras guías de evaluación en el año 1968, denominadas Merger Guidelines, y se modificaron en 1982, 1984, 1992 y 1997, la evolución de las mismas han acompañado los avances teóricos que se iban produciendo en la teoría económica.

En el caso de la Comunidad Europea, a partir del año 1989 las operaciones de fusión y adquisición se encuentran enmarcadas en los lineamientos de concentraciones denominadas Merger Regulation. Un análisis diferencial trata los acuerdos cooperativos, los cuales se encuentran enmarcados en el artículo 81 ex artículo 85 del Tratado de Roma. Es decir, originalmente las fusiones y adquisiciones se trabajaban bajo el marco del artículo 85. Sin embargo, este artículo ofrecía limitadas posibilidades para tratar con este tipo de operaciones, como lo sostuvo la Corte Europea de Justicia en el caso Continental Can.

El control sobre este tipo de operaciones es de tipo preventivo, siendo necesario informar de la misma si la fusión involucra empresas con poder de mercado y que posean un tamaño significativo.

En este sentido para el caso de Venezuela **Linares, G.** (1999), señala “no existen potestades de intervención previa en materia de concentraciones, sino además tales potestades no tendrían ningún sentido jurídico en el supuesto negado de que se encontrara en el catálogo de poderes de Precompetencia. La inexistencia de poderes preventivos en materia de fusiones puede corroborarse recurriendo al Derecho comparado. En efecto, es sumamente revelador que el mismo reglamento 4064/89 del Consejo de Comunidad Europea del cual Procompetencia extrajo su definición de concentración económica prevea expresamente un detallado régimen de notificaciones que vendría a ser el establecimiento de los poderes preventivos que la Superintendencia reivindica para sí” (p.248).

Dentro de este marco, a diferencia de Estados Unidos de Norteamérica, al considerar la solicitud de fusión la Comisión no sólo evalúa la estructura de los competidores restantes, sino que además considera el poder de compra de los clientes. Por un lado, la dimensión se evalúa en función del volumen de negocios, excluyendo del análisis sobre aquellas empresas que no superan un determinado piso.

Por otro lado, la evaluación de la dominación implica el estudio de la estructura de mercado, es decir, participaciones en el mercado, aunque no exista una regla fija que plantee en cuanto dicha participación debe incrementarse para impedir una operación. Este control se basa en el concepto de dominación. Es por ello que los lineamientos en el derecho comparado introducen dos criterio para bloquear una concentración si la

misma crea o fortalece una posición de dominio y si tal concentración impedirá en forma significativa el desempeño de la competencia.

La doctrina uniforme de de la Superintendencia para la promoción y Protección de la Libre Competencia señala que cuando se trata de estudiar una operación de concentración económica si son o no permisibles, si generan eficiencias o no, o si pudieran llegar a restringir la libre competencia, se trata de determinar elementos económicos que están en el fondo de las implicaciones que tales relaciones pueden ejercer en el mercado. Siendo el marco jurídico para normar la conducta de los agentes económicos, tienen sentido en tanto su interpretación económica permite resguardar lo que la misma ley ha denominado como libre competencia.

## **CAPITULO II**

### **DESARROLLO LEGISLATIVO DE LOS PROCEDIMIENTOS AUTORIZATORIOS PARA OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA EN EL SISTEMA DE LIBRE COMPETENCIA EN VENEZUELA**

#### **Aplicación práctica de los principios constitucionales**

La protección de la libre competencia a nivel constitucional y su consagración como uno de los principios fundamentales que inspiran el régimen socioeconómico de la República, es un avance muy significativo en la protección de la economía social de mercado.

Ahora bien, las disposiciones de la Constitución deben interpretarse con base en los análisis económicos que subyacen bajo las prohibiciones de los monopolios, el abuso de la posición de dominio. Una interpretación que ignore el contenido económico de las normas que garantizan la libre competencia y muy especialmente el análisis de las operaciones de concentración económica, puede convertirse más que una garantía, n un obstáculo al desarrollo de una economía social de mercado que proporcione al consumidor y al usuario alternativas de elección y el aseguramiento de condiciones efectivas de competencia en la economía.

En este sentido, el artículo 299 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) establece:

“el régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad. El Estado, conjuntamente con la iniciativa privada, promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para lograr una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica democrática, participativa y de consulta abierta”

En esta línea la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en base al principio de la libre competencia, desarrolla otra disposición constitucional que establece la constitucionalidad de un conjunto de prácticas restrictivas de la libre competencia, en el artículo 113 que declara contrario a los principios fundamentales de la Constitución, los monopolios y los actos que puedan conducir a su creación, las situaciones de abuso de posición de dominio y de demandas concentradas. El tenor del artículo referido es del tenor siguiente:

“No se permitirán los monopolios. Se declaran contrarios a los principios fundamentales de esta Constitución cualquier acto, actividad, conducta o acuerdo de los y las particulares que tengan por objeto el establecimiento de un monopolio o que conduzcan, por sus efectos reales e independientemente de la voluntad de aquéllos o aquéllas, a su existencia, cualquiera que fuere la forma que adoptare en la realidad. También es contraria a dichos principios el abuso de la posición de dominio que un o una particular, un conjunto de ellos o de ellas o una empresa o conjunto de empresas, adquiera o haya adquirido en un determinado mercado de bienes o de servicios, con

independencia de la causa determinante de tal posición de dominio, así como cuando se trate de una demanda concentrada. En todos los casos antes indicados, el Estado adoptará las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos del monopolio, del abuso de la posición de dominio y de las demandas concentradas, teniendo como finalidad la protección del público consumidor, de los productores y productoras y el aseguramiento de condiciones efectivas de competencia en la economía.

Cuando se trate de explotación de recursos naturales propiedad de la Nación o de la prestación de servicios de naturaleza pública con exclusividad o sin ella, el Estado podrá otorgar concesiones por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público”.

El dispositivo constitucional hace referencia a la lucha contra los monopolios donde el concepto clásico de monopolio se refiere a la existencia de un solo productor o proveedor en un mercado determinado. Sin embargo, desde una perspectiva económica, debe tomarse en cuenta la existencia de competidores potenciales, es decir, amenazas de entrada de otro competidor, para determinar si efectivamente hay un monopolio, hay que medir si un monopolista hipotético tiene capacidad de incidir sobre los precios de los productos o servicios en el mercado donde participa, sin que lo impidan competidores actuales o potenciales.

Ahora bien, una de las formas de llegar a un monopolio es la concentración económica entre empresas competidoras. Para controlar y sancionar los monopolios producidos a través de estas, es importante evaluar caso por caso a fin de evaluar los efectos que estas pudieran generar en los mercados relevantes definidos.

## **Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (1992)**

En el análisis de concentraciones económicas es importante definir el marco jurídico que dispone la ley especial sobre este tema en tal sentido, el artículo 1 dispone el objeto de la misma en estos términos:

“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”

Asimismo, la base legal de las operaciones de concentración económica encuentra contenido en el artículo 11:

“Se prohíben las concentraciones económicas, en especial las que produzcan en el ejercicio de una misma actividad, cuando a consecuencia de ellas se generen efectos restrictivos sobre la libre competencia o se produzca una situación de dominio en todo o parte del mercado”

Dentro de este marco, el artículo 42 de esta ley especial desarrolla el procedimiento para las autorizaciones, disposición que soporta el procedimiento que actualmente se realiza para la evaluación de concentraciones económicas:

“En el otorgamiento de las autorizaciones que se prevén en esta ley y para la decisión de los demás asuntos que no tengan establecido un procedimiento especial, se seguirá el procedimiento ordinario previsto en la ley Orgánica de procedimientos Administrativos”

Esta disposición se encuentra además desarrollada en el Reglamento Interno de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia publicado

en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.329 de fecha 07 de noviembre de 1997, en el artículo 4 literal m) de las atribuciones del Superintendente que establece:

“El Superintendente tendrá a su cargo las siguientes atribuciones:  
m)Pronunciarse sobre las operaciones de concentración económica evaluadas por la Superintendencia de conformidad con lo establecido en el artículo 42 y 11 de la Ley, el Reglamento N° 2 y las Resoluciones emitidas por ésta”.

Asimismo, el artículo 14 en sus literales b) y g) del citado Reglamento Interno, establece las atribuciones de la Dirección de Verificaciones y Fusiones en materia de concentraciones económicas en los términos que siguen:

“La Dirección de Verificaciones y Fusiones estará a cargo de un Director nombrado por el Superintendente y tendrá las atribuciones siguientes:  
b)Realizar la evaluación de las operaciones de concentración económica de acuerdo a la ley, al Reglamento N° 2 y de acuerdo con los Instructivos y Resoluciones emitidos por esta Superintendencia en la materia.  
g)Colaborar con la Sala de Sustanciación en los procedimientos sancionatorios relacionados con operaciones de concentración económica”.

Es importante referir que a los efectos del Reglamento Interno de la Superintendencia este define que es un procedimiento autorizatorio en el artículo 4 párrafo único:

“A los efectos de este Reglamento se entenderá por:  
Procedimiento Autorizatorio: Aquel procedimiento desarrollado en ejecución del artículo 18 de la ley”.

Expuesto esto, el artículo 18 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia es del siguiente tenor:

“El Presidente de la República, en Consejo de Ministros y oída la opinión de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, fijará las normas dentro de las cuales podrá permitirse la realización de las siguientes actividades:

1ºLa fijación directa o indirecta, individual o concertada de precios de compra o venta de bienes o servicios;

2ºLa aplicación en las relaciones comerciales de condiciones diferentes para prestaciones similares o equivalentes que ocasionen desigualdades en la situación competitiva, especialmente si son distintas de aquellas condiciones que se exigirían si hubiera una competencia efectiva en el mercado, salvo los casos de descuentos por pronto pago, descuentos por volúmenes, menor costo del dinero por ofrecer menor riesgo y otras ventajas usuales en el comercio; y

3ºLas representaciones territoriales exclusivas y las franquicias con prohibiciones de comerciar otros productos.

Parágrafo único. Al fijar las normas dentro de las cuales podrá permitirse la realización de las actividades señaladas en los ordinales anteriores, El Ejecutivo Nacional de manera concurrente, cumplirá con lo siguiente:

1ºLa autorización de dichas actividades deberá tener por objeto, contribuir a mejorar la producción, la comercialización y la distribución de bienes y la prestación de servicios o a promover el progreso técnico o económico;

2ºLas actividades que se autoricen deberán aportar ventajas para los consumidores o usuarios;

3ºLa autorización previa de las actividades que se permitan, así como el control de su ejecución, por la Superintendencia; y

4º La autorización sólo contendrá lo indispensable para lograr el objeto que se persigue”.

De lo señalado en esta norma, se puede apreciar claramente que según el propio Reglamento Interno de la Superintendencia, es categórico al definir que debe entenderse por procedimientos autorizatorios expresando que son aquellos contenidos en el artículo 18 de la ley especial, lo que no deja duda al poder afirmar que lo establecido en el artículo 11 de la misma Ley respecto a la evaluación de

concentraciones económicas no puede ser definido como un procedimiento autorizatorio y por ende el término autorización no tiene cabida en ese análisis.

### **Reglamento N° 1 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (1993)**

Este Reglamento publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 35.202, de fecha 03 de mayo de 1993, desarrolla el alcance del artículo 18 de la ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, disposición que no está relacionada a las de concentraciones económicas del artículo 11 pero que permite ver el alcance de las autorizaciones en el Régimen de libre competencia en Venezuela, visto que es el artículo 18 de la ley el que permite la posibilidad de desarrollar un procedimiento autorizatorio.

En este sentido, los objetos de este Reglamento se resumen en su artículo 1°:

“Son objetivos de este Reglamento:

1. Desarrollar un régimen de excepciones de autorizaciones temporales que simplifique el control administrativo de los sujetos sometidos a la aplicación de la Ley y este Reglamento, y que a su vez asegure el cumplimiento de sus disposiciones, mediante la obligación de notificar a la Superintendencia para la promoción y Protección de la Libre Competencia, sus prácticas y conductas;
2. Otorgar excepciones globales que permitan el ejercicio simultáneo de prácticas y conductas similares;
3. Aclarar a los sujetos de la ley si las actividades económicas que realicen, constituyen infracciones o atentados a la libre competencia;
4. Contribuir a la mejora de la producción, comercialización, distribución de bienes o prestación de servicios; promover la eficiencia

económica del aparato productivo mediante el progreso técnico o económico; y aportar ventajas para los consumidores de bienes o usuarios de servicios”.

### **Instructivo N° 1 Formulario para la solicitud de autorización de prácticas restrictivas de la competencia (1993)**

Completa el desarrollo normativo de este régimen de autorizaciones contenido en el artículo 18 de la Ley, este instructivo publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 32.257, de fecha 21 de julio de 1993, que define su objeto en los términos que siguen:

“De acuerdo con lo establecido en el Reglamento N° 1 de la ley para promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia que regula el régimen de Autorizaciones aplicable a aquellas prácticas y conductas que a pesar de encontrarse prohibidas en la ley por restringir la competencia, generan eficiencia económica y beneficios para la sociedad, serán susceptibles de autorización los acuerdos, decisiones, prácticas concertadas o recomendaciones colectivas que tengan por objeto:

- 1.La aplicación uniforme entre competidores de normas y tipos relativos a condiciones generales comerciales, así como de suministro y pagos.
- 2.La investigación y desarrollo conjunto entre competidores, de mejoras técnicas y tecnológicas.
- 3.La especialización entre competidores, a fin de racionalizar, planificar y fomentar la producción y los acuerdos necesarios para su realización o ejecución.
- 4.La exportación de bienes o servicios, entre competidores.
- 5.El compromiso de una parte del acuerdo respecto de la otra de suministrar o comprar en exclusiva determinados productos.
- 6.La imposición o establecimiento de limitaciones en relación con la adquisición o utilización de derechos de propiedad industrial e intelectual, incluidos los conocimientos técnicos.
- 7.El otorgamiento de franquicias, y

8.Otros acuerdos que cumplan con lo dispuesto en el artículo 18de la Ley y el artículo 10 del Reglamento N° 1 de la citada Ley.

**Reglamento N° 2 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre  
Competencia (1996)**

Este Reglamento publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 35.963, de fecha 21 de mayo de 1996, desarrolla el alcance del artículo 11 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, en lo que se refiere a la evaluación de operación de concentración económica.

En este orden su artículo 1, desarrolla el objeto del Reglamento en los términos que siguen:

“Este Reglamento tiene por objeto desarrollar un régimen de evaluación y control de las operaciones de concentración económica, en ejecución de la norma contenida en el artículo 11 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.”

Asimismo, el artículo 2, define el ámbito de aplicación así:

“Este Reglamento se aplicará a todas las operaciones de concentración económica cuando el monto del volumen de negocios total de las empresas o divisiones objeto de la operación supere la cuantía que establezca la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, mediante Resolución que se publicará en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela”.

El artículo 3, establece el cálculo del volumen de negocios que debe realizarse para el estudio de la operación:

“A los efectos del artículo anterior, el cálculo del volumen de negocios total se realizará mediante la sumatoria de los importes resultantes de la venta de productos y de la prestación de servicios realizados por las empresas objeto de la operación de concentración económica, durante su último ejercicio económico, previa deducción realizada de los descuentos sobre ventas, así como del impuesto al valor agregado y de otros impuestos directamente relacionados con el volumen de negocios; en particular, deberán aplicarse las siguientes reglas específicas:

a) Adquisición fraccionada. Cuando la operación consista en la adquisición de partes, fondos de comercio o divisiones de una o más empresas o personas, sólo se tendrá en cuenta, con respecto al cedente o a los cedentes de dichas partes o divisiones, el volumen de negocios correspondiente a las partes, fondos de comercio o divisiones que son objeto de la operación.

b) Empresas vinculadas entre sí. Si alguna de las empresas objeto de la operación de concentración económica pertenece a un grupo de empresas vinculadas, en los términos definidos por el artículo 15 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, al volumen de negocios de esa empresa se sumarán los volúmenes de negocios, correspondientes a la misma actividad, de:

- 1) Las personas controladas directa o indirectamente por ella.
- 2) Las personas que controlen directa o indirectamente a la empresa.
- 3) Las personas en las que cualquiera de las anteriores dispongan, directa o indirectamente, de los derechos de control.

No obstante, para el cálculo del volumen de negocios no se tendrán en cuenta las transacciones que hayan tenido lugar entre las empresas vinculadas.

c) Empresas con filiales comunes. Cuando las empresas participantes en la operación dispongan conjuntamente, en forma directa o indirecta, de los derechos o facultades de control sobre una empresa, en el cálculo del volumen de negocios de las empresas participantes:

- 1) No se tendrá en cuenta el volumen de negocios correspondientes a la venta de productos y a la prestación de servicios realizados entre la

empresa común y cada una de las empresas participantes o cualquier otra empresa vinculada a cualquiera de ellas, con arreglo a lo dispuesto en los numerales 1) al 3) del literal b) de este artículo.

2) Se tendrá en cuenta el volumen de negocios correspondiente a la venta de productos y a la prestación de servicios realizados entre la empresa común y cualquier tercero. Ese volumen de negocios se imputará por partes iguales a las empresas participantes.

d) Bancos e instituciones financieras. En el caso de los bancos y otras instituciones financieras, se considerará que su volumen de negocios es un décimo de su activo calculado en la fecha de la operación.

e) Empresas de seguros. En el caso de las empresas de seguros, se considerará que su volumen de negocios es el valor de las primas brutas emitidas durante su último ejercicio económico, que comprendan todos los importes cobrados y pendientes de cobro por contratos de seguro celebrados por dichas empresas o por cuenta de ellas, incluyendo las primas cedidas a las reaseguradoras, y luego de la deducción de los impuestos o gravámenes pagados sobre la base del importe de las primas”.

El artículo 4, define las modalidades o clases de operación de concentración económica que se puedan originar:

“A los efectos de este Reglamento, se entenderá que las siguientes constituyen operaciones de concentración económica:

a) La fusión efectuada en los términos indicados en el Código de Comercio, entre dos o más de las personas a las que se refiere el artículo 4º de la Ley cuando éstas no se encuentren vinculadas entre sí.

b) La constitución de una empresa común, efectuada por parte de dos o más de las personas, no vinculadas entre sí, a que se refiere el artículo 4º de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, cuando tal operación tenga como efecto una concentración económica y la empresa resultante desempeñe, con carácter permanente, las funciones de una entidad económica independiente y no tenga por objeto una mera coordinación del comportamiento competitivo de las empresas fundadoras entre sí, ni entre éstas y la empresa común.

c) La adquisición, directa o indirecta, por una o más de las personas a que se refiere el artículo 4º de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, del control sobre otras empresas, a través de la adquisición de acciones, la toma de participaciones en el capital, o a través de cualquier otro contrato o figura jurídica que confiera el control de una empresa en los términos del párrafo único del artículo 15 de dicha Ley.

d) La adquisición de activos productivos o fondos de comercio.

e) Cualquier otro acto, contrato o figura jurídica, incluyendo las adjudicaciones judiciales, los actos de liquidación voluntaria o forzosa y las herencias o legados, por medio de los cuales se concentren empresas, divisiones o partes de empresas, fondos de comercio o activos productivos en general”.

El artículo 5, establece los elementos que tomará en cuenta la Superintendencia en la evaluación de las operaciones restrictivas de la libre competencia:

“A los efectos de establecer si una operación de concentración económica genera efectos restrictivos sobre la libre competencia, o produce o refuerza una posición de dominio, la Superintendencia tomará en cuenta entre otros elementos, lo siguiente:

a) Si la operación produce un aumento significativo de la concentración en el mercado relevante y, como resultado de la misma, se genere un mercado relevante moderado o altamente concentrado.

b) Si la operación facilita sustancialmente la realización de conductas, prácticas, acuerdos, convenios o contratos que impidan, restrinjan, falseen o limiten la libre competencia, así como la imposición de barreras a la entrada de nuevos competidores.

c) Si la operación posibilita que la empresa resultante de la operación pueda elevar precios unilateralmente, sin que sus competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder.

d) Si la entrada en el mercado relevante por parte de un nuevo competidor no es lo suficientemente fácil, oportuna, posible y suficiente, como para evitar que, después de la operación, los participantes en el mercado, en forma individual o colectiva, puedan sostener un aumento de precios por encima del nivel anterior a la

operación.

e) Si la operación no es indispensable para evitar la salida del mercado relevante de los activos productivos de la empresa adquirida.

f) Si la operación tiene o puede tener por objeto desplazar indebidamente del mercado relevante a otras empresas, o impedirles el acceso al mismo, especialmente en las operaciones de concentración entre empresas que se encuentren ubicadas en una misma cadena productiva.

Con base en lo anterior, la Superintendencia dictará los Lineamientos Generales de Evaluación, los cuales desarrollarán los criterios técnicos de análisis que se aplicarán a las operaciones de concentración económica.

El artículo 6 establece el procedimiento de evaluación previa que se sigue para el análisis de operación de concentración económica que como se dijo anteriormente no es un procedimiento de naturaleza autorizatoria como equivocadamente lo ha sostenido la Superintendencia para la promoción y Protección de la Libre Competencia en su doctrina uniforme por estos quince años de construcción, en tal sentido el artículo establece:

“Las operaciones de concentración económica a que se refiere este Reglamento, podrán ser evaluadas por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, antes de su realización o ejecución. La solicitud de evaluación previa no obliga a las empresas a suspender la ejecución de la operación, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 13 y 15 de este Reglamento”.

El artículo 7, reúne los requisitos que deben presentar los operadores económicos que van a solicitar la evaluación previa de la concentración económica a realizar:

“La solicitud de evaluación previa deberá estar acompañada de las

informaciones y documentos identificados en el "Instructivo sobre Operaciones de Concentración Económica", elaborado por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia que se publicará en la Gaceta Oficial de la República.

La solicitud a que se refiere el Instructivo deberá contener:

- 1) Identificación de las empresas solicitantes y, en su caso, de las personas que actúen como sus representantes;
- 2) Identificación de las empresas vinculadas a las solicitantes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, así como, la identificación de sus accionistas y la composición de sus Directivas o Juntas Administradoras;
- 3) Descripción detallada de la operación de concentración;
- 4) Información relativa a los productos o servicios que han de ser objeto de la operación de concentración;
- 5) Información relativa al ámbito geográfico en el que son producidos y comercializados los productos o servicios que han de ser objeto de la operación de concentración;
- 6) Información relativa al grado de competencia existente en el mercado en el que se ha de verificar la operación de concentración;
- 7) Información relativa a los elementos que determinan la facilidad o dificultad de acceso al mercado en el que se ha de verificar la operación de concentración;
- 8) Descripción detallada de los efectos de la operación sobre el mercado, así como de las eficiencias económicas generadas;
- 9) La petición expresa para que la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia evalúe la operación de concentración económica, y declare que la misma no es contraria a la libre competencia, de conformidad con el artículo 11 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia;
- 10) La firma de los solicitantes”.

El artículo 8, establece el procedimiento de investigación que se debe realizar para la evaluación de concentración económica, dicha investigación será sustanciada de acuerdo al procedimiento ordinario contenido en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (1981), tal como lo dispone el artículo 42 de la ley para Promover y proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (1992), en los términos siguientes:

“De conformidad con lo establecido en el artículo 42 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, la evaluación de la operación de concentración económica solicitada, se realizará siguiendo el procedimiento ordinario previsto en el Capítulo I del Título III de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Cuando en la solicitud de evaluación previa faltaren o se omitieran los requisitos previstos en el "Instructivo sobre Operaciones de Concentración Económica", se le comunicará a los solicitantes por escrito, para que en el plazo de quince (15) días procedan a subsanar las faltas y omisiones observadas, de conformidad con el artículo 50 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”.

El artículo 9, establece la forma en que las empresas deben realizar la solicitud de evaluación previa de la operación de concentración económica, debiendo hacerlo en forma separa:

“La solicitud de evaluación previa de las operaciones de concentración económica, deberá ser realizada en forma separada por las empresas que participen en la operación de concentración. Deberán asimismo, cada una de ellas individualmente, dar respuesta al "Instructivo sobre Operaciones de Concentración Económica" a que se refiere el artículo 7 de este Reglamento”.

El artículo 10, consagra el requerimiento de información adicional que requiera la Superintendencia para realizar la evaluación de la operación de concentración económica:

“La Superintendencia podrá solicitar a las empresas participantes en la operación de concentración, la información adicional que considere necesaria para la evaluación administrativa. Asimismo, podrá solicitar a las empresas que operen en el mismo mercado relevante de las que están en proceso de concentración, así como, a los clientes, a los proveedores y a otras empresas, cuya opinión sobre la operación de concentración sea de interés, la información y documentación que considere necesaria para evaluar la operación de concentración económica notificada.

Las personas o empresas públicas o privadas, nacionales o extranjeras, tienen la obligación de suministrar la información prevista en el párrafo anterior, según lo establece el artículo 31 de la Ley. La negativa injustificada a satisfacer los requerimientos que en tal sentido realice la Superintendencia, será sancionada de conformidad con los artículos 48 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia y 485 del Código Penal”.

El artículo 11 recoge la intervención de terceros en el procedimiento de evaluación previa, donde estos podrán formular los alegatos y aportar las pruebas necesarias que consideren convenientes para el análisis de la autoridad:

“Los terceros con interés personal, legítimo y directo podrán intervenir en el procedimiento de notificación, formulando los alegatos y aportando las pruebas necesarias”.

El artículo 12, establece la decisión del procedimiento de investigación de evaluación previa de concentración económica, es importante referir que en dicha decisión la Superintendencia declarará si la operación en cuestión es contraria a la libre

competencia:

“En la Resolución que ponga fin al procedimiento de investigación, la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia declarará si la operación de concentración económica es contraria a la libre competencia, de conformidad con el artículo 11 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia. Dicha Resolución será notificada a los interesados, de conformidad con los artículos 73 y siguientes de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”.

El artículo 13 establece los efectos de la decisión de la evaluación previa, haciendo énfasis en que dichas operaciones pueden ser sancionadas con posterioridad a su realización si la Superintendencia se baso en documento fraudulentos o informaciones erróneas, suministradas por las partes, aquí se puede apreciar el control posterior que puede realizar la Superintendencia:

“Las operaciones de concentración económica que la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia haya considerado como no contrarias a la libre competencia en las decisiones que pongan fin al procedimiento de evaluación previa previsto en los artículos 6, 7, 8 y 12 de este Reglamento, no serán susceptibles de ser sancionadas con posterioridad a su realización, salvo que la decisión tomada por la Superintendencia se haya basado en documentos fraudulentos o en informaciones erróneas, inexactas o incompletas, suministradas por alguna de las partes interesadas, o cuando la operación se realice en términos distintos a los expuestos durante el procedimiento de notificación”.

El artículo 14 señala la publicación de la decisión, pero acota que no deben ser divulgados los datos o informaciones suministradas de carácter confidencial ya que podría originar un daño al suministrar información sensible de los agentes económicos

evaluados:

“La Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia podrá acordar la publicación de un extracto de la decisión en un diario de los de mayor circulación de la localidad donde se verifiquen la mayoría de los efectos de la operación, o en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela. Dicho extracto incluirá la mención de las empresas participantes en la operación y el contenido esencial de la decisión, sin divulgar los datos e informaciones suministrados con carácter confidencial”.

El artículo 15, faculta a la Superintendencia a realizar investigaciones preliminares y de ser el caso abrir un procedimiento administrativo sancionador cuando presuma que una operación de concentración económica realizada genera efectos restrictivos sobre la competencia en estos términos:

“La Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia podrá, de conformidad con los artículos 32 y siguientes de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, efectuar investigaciones preliminares y abrir un procedimiento sancionador cuando presuma que una operación de concentración económica ya celebrada, genera efectos restrictivos sobre la libre competencia, o produce o refuerza una posición de dominio en el mercado relevante”.

El artículo 16 faculta a la Superintendencia para dictar medidas preventivas en la sustanciación del procedimiento sancionador en los términos siguientes:

“Durante la sustanciación del procedimiento sancionador abierto según lo previsto en el artículo anterior, y antes de que se produzca la decisión, la Superintendencia podrá dictar las medidas preventivas previstas en el artículo 35 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia”.

El artículo 17 establece la decisión que puede tomar la Superintendencia, en la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador, donde decidirá si la operación de concentración económica celebrada genera efectos restrictivos sobre la libre competencia y en tal caso, puede ordenar a los agentes económicos intervinientes en la operación la desconcentración o separación de las empresas, activos o divisiones concentradas y la cesación del control:

“En la Resolución que ponga fin al procedimiento sancionador, la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia decidirá si la operación de concentración económica ya celebrada genera efectos restrictivos sobre la libre competencia, y si produce o refuerza una posición de dominio en el mercado relevante.

En tal caso, la Superintendencia, conforme a lo establecido en el párrafo primero del artículo 38 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, podrá ordenar a las personas intervinientes en la operación la desconcentración o separación de las empresas, activos o divisiones concentradas y la cesación del control. Asimismo podrá adoptar cualesquiera otras medidas que permitan restablecer una competencia efectiva e imponer las sanciones previstas en dicha Ley”.

El artículo 18, regula lo concerniente a las operaciones de concentración económica ya evaluadas y las características particulares para estos casos:

“En los casos en que las partes involucradas completen una operación de concentración que haya sido declarada por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia como contraria a la libre competencia en un procedimiento de notificación previa, el procedimiento sancionador a que se refiere el artículo 15 de este Reglamento se limitará a constatar que la operación se realizó en los mismos términos en que fue notificada, y se impondrán sin mayor dilación las medidas y sanciones a que se refiere el artículo anterior”.

El artículo 19, establece las multas que por incumplimiento de las ordenas dadas podrá imponer la Superintendencia, esta es la facultad característica de un órgano de policía administrativa económica para hacer cumplir sus decisiones y restablecer el orden público posiblemente vulnerado:

“La Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia podrá, de conformidad con el artículo 51 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, imponer multas de hasta Un Millón de Bolívars (Bs. 1.000.000,00) a las personas que no cumplan en el plazo establecido las órdenes dictadas por la Superintendencia”.

### **Instructivo N° 3 Instructivo sobre operaciones de concentración económica (1997)**

Este instructivo fue publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.209, de fecha 20 de mayo de 1997, es otro de los instrumentos que desarrolla el régimen jurídico de las operaciones de concentración económica y que permite darle más base conceptual al artículo 11 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia

Este instructivo tiene por objeto lo siguiente:

“El presente instructivo tiene por objeto indicar la información necesaria que deberán suministrar las personas y/o empresas que notifiquen a la Superintendencia una operación de concentración económica. Las preguntas contenidas en el Instructivo tratan de abarcar todos los aspectos que debe analizar la Superintendencia para determinar los efectos sobre la libre competencia de una operación de concentración económica.

Deberá suministrarse toda la información y documentación requeridas.

Sin embargo, cuando no sea posible responder alguna de las preguntas formuladas deberá indicarse expresamente las razones de la omisión.

Todas las referencias anuales corresponden a años calendario. De no ser posible disponer de toda la información bajo esta forma, deberá proporcionarse para el año fiscal más cercano al período solicitado.

Cuando los documentos que se anexen estén escritos en un idioma distinto al castellano deberán acompañarse de una transcripción al castellano.

La respuesta a este instructivo no excluye la posibilidad de que se solicite información adicional para aclarar el contenido de la operación.

Queda sin efecto la Resolución N° SPPLC/0026-94, de fecha 23 de mayo de 1994, emanado por esta Superintendencia, mediante el cual se dictó el Instructivo N° 2 sobre Operaciones de Concentraciones Económicas”.

De los requisitos e información sobre las partes solicitantes:

“1) Denominación o razón social completa. En el caso de que se trate de personas naturales, firmas personales, sociedades accidentales o cuentas en participación, deberán señalarse los nombres, apellidos y cédulas de identidad de las personas que las conforman. En el caso de sociedades deberán indicarse los datos de sociedad y los documentos constitutivos de todas las empresas involucradas.

2) Domicilio social y número de registro fiscal (RIF).

3) Identificación completa de los administradores y/o de los miembros de la Junta Directiva.

4) Representante legal de las sociedades.

5) Personas con las que se puede establecer contacto y cargo que desempeña. Dirección, número de teléfono y de fax”.

De los datos a suministrar por las Personas vinculadas entre sí

“1) Suministre una lista de las personas jurídicas pertenecientes al

mismo grupo. Dicha lista deberá incluir una relación completa de:

1.1. Todas las personas jurídicas controladas, directa o indirectamente, por las empresas que participan de la operación de concentración, según lo define el artículo 15 de la Ley.

1.2. Todas las personas jurídicas o personas físicas que controlan a las empresas que participan de la operación de concentración.

1.3. Todas las personas jurídicas controladas, directa o indirectamente, por cada una de las empresas matrices que figuren en las relaciones anteriores.

1.4. Todas las personas jurídicas en las que participen los administradores y/o miembros de la Junta Directiva de las empresas solicitantes.

1.5. Relación accionaria de la empresa con otras empresas del sector.

2) Identifique los medios de control presentes entre estas personas vinculadas, conforme a los lineamientos que se enumeran en el artículo 15 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

3) Presente un cuadro que refleje las vinculaciones y las formas de control que se han identificado en los apartados anteriores.

4) Para el caso que alguna de las partes solicitantes sea una persona natural, deberá indicar las empresas en las que tenga participación accionaria, su porcentaje, así como las empresas de las que sea Administrador o forme parte de su Junta Directiva.

5) Identifique las Juntas Directivas y estructura accionaria de cada una de las empresas señaladas en los puntos 1.2. y 1.3”.

De la naturaleza y características de la operación de concentración económica:

“1) Describa de forma sucinta la operación de concentración. Indique si se trata de:

1.1. Una fusión en los términos del artículo 343 del Código de Comercio.

1.2. Una adquisición de acciones o de algún otro tipo de participación

societaria.

1.3. Un contrato de adquisición de activos productivos o de fondos de comercio.

1.4. La constitución de una empresa común que tenga como resultado una concentración económica.

1.5. Cualquier otro contrato o figura jurídica que confiera de cualquier modo el control de una empresa.

2) Indique si se ven afectadas por la operación la totalidad o partes de las personas jurídicas participantes.

3) Explique los aspectos económicos y financieros de la operación, en particular:

3.1. Indique la cuantía a que asciende la operación, así como la forma de la contraprestación convenida entre las partes.

3.2. Indique si alguna de las partes recibirá apoyo financiero, de carácter público o no, especificando en tal caso la naturaleza y cuantía del apoyo financiero.

3.3. Indique la estructura de la propiedad y del control de las empresas participantes tras la realización de la operación.

3.4. Presente el calendario para efectuar la operación, indicando el objetivo a cumplir en cada etapa”.

De la información sobre el mercado, de los cuestionamientos y solicitudes

“Los cuestionamientos y solicitudes de información que se presentan en esta sección, si bien abarcan en forma general cualquier producto fabricado por las partes solicitantes de la evaluación, hacen referencia también a servicios y a las características correspondientes a la prestación de los mismos”.

De cómo debe realizarse la descripción del mercado-producto

“1) Describa brevemente los bienes y/o servicios producidos y/o

comercializados por su empresa, que son objeto de la operación de concentración.

2) Describa las características de los consumidores de cada uno de los productos objeto de la operación de concentración (ubicación, edad, sexo, actividad, estrato de ingreso, etc.).

3) Ordene los diferentes usos de cada producto objeto de la operación de concentración de acuerdo con su importancia.

4) Especifique las características de los productos objeto de la operación de concentración en función de las siguientes variables: necesidad de preparación previa al consumo, presentación, sabores, empaque, especificaciones para su manejo o consumo, perecibilidad, requerimiento de tecnología para su uso final, etc.

5) Identifique las variables más importantes que son tomadas en cuenta por los consumidores al momento de decidir la compra de alguno de los productos objeto de la operación de concentración (calidad, precio, tradición, marca o reputación, etc.). Especificar por orden de preferencia.

6) Defina, de ser posible, distintos mercados hacia los cuales usted orienta sus productos, en términos de las características y usos del producto y de la ubicación y tipo de consumidores que lo adquieren, para cada uno de los productos objeto de la operación de concentración.

7) Para cada uno de los productos que produce y/o comercializa, en sus distintas marcas y presentaciones; describa, desde el punto de vista del consumidor, qué bienes o servicios pueden considerarse sustitutos de los mismos.

8) Para cada uno de los productos identificados en la respuesta a la pregunta anterior, señale qué empresa fabrica tales sustitutos y bajo qué marca los comercializa.

9) Identifique los productos elaborados y/o comercializados por su empresa que a su vez son fabricados o vendidos por la otra empresa que participa en la operación de concentración. Señale además, los bienes producidos y/o comercializados por aquella, que pudieran ser considerados como productos sustitutos de los producidos y/o comercializados por su firma. En caso de que exista tal sustitución, identifique los tipos de consumidores para cada producto así como las causas que motivan la sustitución por parte de los compradores.

10) Presente un listado de los precios ex-fábrica de cada uno de los productos objeto de la operación de concentración durante los últimos tres años, con periodicidad mensual, de acuerdo a las distintas presentaciones de los mismos.

11) Presente, en caso de estar disponible, la información solicitada en la pregunta anterior para los productos/marcas fabricados por empresas competidoras.

12) En caso de operar a través de plantas o centros de distribución localizados en distintas áreas geográficas, presente un registro de los precios ex-fábrica de cada uno de los productos objeto de la operación de concentración durante los últimos tres años en cada una de ellas.

13) Si existen diferencias en los precios a los que son vendidos los productos que fabrica y/o comercializa según distintos tipos de clientes, identifique cada grupo de ellos, y presente la información de precios tal como se indicó en las preguntas 9 y 11 de esta sección.

14) Presente un esquema del proceso de fabricación correspondiente a cada uno de los productos objeto de la operación de concentración.

15) En caso de estar involucrados en la operación de concentración mercados de prestación de servicios, describa las etapas cubiertas y los activos involucrados en la prestación de dichos servicios.

16) Señale aquellos productos que comparten total o parcialmente una misma línea de producción, indicando, en cada caso, qué parte de la línea de producción es compartida. Ilustre su respuesta con algún diagrama donde se especifiquen claramente las diferencias presentes en la línea de producción.

17) En relación con las líneas de producción identificadas en la respuesta a la pregunta anterior, indique en qué proporción puede verificarse la reorientación de las líneas de producción, y si es necesario realizar alguna inversión para adecuar las instalaciones productivas. Asimismo indique el tiempo que puede tomar completar las adaptaciones necesarias para fabricar el nuevo producto.

18) Señale la capacidad técnica instalada en cada una de sus líneas de producto o servicio en términos de unidades producidas por unidad de tiempo. Indique asimismo el porcentaje utilizado de esa capacidad instalada, el número y duración de los turnos y las proyecciones de uso para el futuro.

19) Indique si existe un proceso productivo alternativo que esté siendo

utilizado en la actualidad por alguna de las empresas participantes en el mercado. Identifique las principales diferencias y de qué forma impactan la estructura de costos.

20) Indique si existe algún proceso productivo empleado en la fabricación de cualquier otro producto cuyas líneas de producción puedan ser reorientadas fácilmente a la fabricación de los productos objeto de la operación. Señale si esta reorientación es factible a un bajo costo y/o un período de tiempo menor de un año.

21) Indique si existe un mercado secundario de equipos útiles al cual pueda acudir para instalar o ampliar su capacidad de producción.

22) Presente un estimado del tamaño mínimo óptimo de planta para cada línea de producto; describa y señale la magnitud de las economías de escala que sea posible alcanzar. Presente esta información expresada en las mismas unidades referidas en la pregunta 18 de esta misma sección.

23) Indique cuáles son las distintas tecnologías disponibles para la fabricación de la línea de productos objeto de la operación y establezca cuáles son sus principales diferencias en términos de volúmenes de producción, costos promedio de fabricación fijos y variables y cualesquiera otras que considere relevantes”.

De cómo debe realizarse la determinación del mercado geográfico en actividades de manufactura y comercialización de productos finales o intermedios:

“1) Delimite el área geográfica en la cual se vende cada uno de los productos objeto de la operación de concentración, ya sea mediante ventas directas o a través de intermediarios.

2) Explique si los productos objeto de la operación de concentración pueden ser comercializados en cualquier área geográfica, o si, por el contrario, existen limitaciones derivadas de características como percibibilidad, costos de transporte, disposición de tecnología, etc.

3) Indique si existen elementos que definan radios de cobertura, en cuanto a la capacidad de atender clientes ubicados en diferentes áreas geográficas; por ejemplo, tecnología, establecimientos, etc.

4) Indique la importancia relativa de los costos de transporte,

expresándolos como porcentaje de las ventas de cada producto, y qué proporción representan sobre el precio ex-fábrica del mismo.

5) Tomando en cuenta el grado de perecibilidad de los productos objeto de la operación de concentración, los costos de transporte, así como cualquier otra variable que considere relevante, señale, en cada caso, el radio de cobertura (en kilómetros) para la distribución, medido desde el centro de producción o de almacenamiento.

6) Explique si existen variaciones de precios en caso de que se comercialicen los productos en diferentes zonas geográficas.

7) Señale aquellos casos en los que pudiera identificarse un mercado regional diferenciado, debido a la existencia de formas particulares de distribución o de gustos, características particulares de los consumidores y/o la presencia de distintos competidores.

8) Señale los volúmenes de las importaciones y exportaciones que ha realizado su empresa para cada uno de los productos que son objeto de la operación de concentración en los últimos tres años (en USA dólares, bolívares y la unidad de medida relevante).

9) Explique la evolución de las importaciones de estos productos. Especifique si el aumento o disminución de las mismas ha respondido a diferencias de precios, a condiciones temporales o a factores tecnológicos.

10) Presente una tabla con los datos de precios de los productos objeto de la operación de concentración en el mercado internacional para los últimos tres años. Señale el precio FOB, el precio CIF y los costos que deben ser incorporados en el cálculo del producto puesto en planta, para cada uno de los productos que se importan.

11) Señale el código arancelario y el tratamiento arancelario aplicable a los productos que se importan.

12) Describa en cuánto tendría que ubicarse la diferencia de precios nacionales versus internacionales, como porcentaje de los precios domésticos en la actualidad, para que pudiese considerarse como probable la incursión de productos foráneos en el mercado doméstico.

13) Indique si los productores foráneos y/o los brokers (agentes de comercialización) podrían incrementar sus embarques al mercado local por un monto significativo respecto a las ventas domésticas.

14) Indique cuáles son los factores que determinan la disponibilidad de

los productos objeto de la operación de concentración en el mercado internacional y cómo afectan éstos sus precios”.

De la realización de la descripción del mercado geográfico en mercados de prestación de servicios:

- “1) Delimite el área geográfica en la cual presta cada uno de los servicios objeto de la operación de concentración, ya sea mediante la operación directa o a través de la concesión de derechos a terceros.
- 2) Determine el papel que desempeñan los puntos de venta al cliente en la delimitación de la cobertura geográfica de la empresa.
- 3) Presente un estimado del radio de cobertura de cada punto de venta, entendiéndose por éste a la distancia en Km que como máximo recorren los clientes ubicados en la localización más distante hasta un punto de venta de la empresa. Para cada uno de los puntos de venta de la empresa.
- 4) Señale cuál es el índice promedio de utilización de un establecimiento de servicios con referencia al número de clientes, rentabilidad o valor total de las ventas por m<sup>2</sup>, número o valor total de las transacciones por unidad de tiempo.
- 5) Indique cuáles son los elementos considerados para determinar la locación de un punto de venta. Establezca las ponderaciones o pesos relativos asignados a cada uno de ellos.
- 6) Explique si los servicios objeto de la operación de concentración pueden ser comercializados en cualquier área geográfica, o si, por el contrario, existen limitaciones derivadas de características como costos de transporte, disposición de tecnología, etc.
- 7) Indique si existen elementos que definan radios de cobertura, en cuanto a la capacidad de atender clientes ubicados en diferentes áreas geográficas; por ejemplo, tecnología, establecimientos, etc.
- 8) Explique si existen variaciones de precios en caso de que se presten los servicios en diferentes zonas geográficas.
- 9) Describa cuál es su mercado geográfico, teniendo como tal el ámbito

espacial dentro del cual compiten sus servicios en términos de precios, disponibilidad y calidad. Identifique si, a su juicio, sus servicios compiten en varios mercados geográficos delimitados.

10) Señale aquellos casos en los que pudiera identificarse un mercado regional diferenciado, debido a la existencia de formas particulares de distribución o de gustos, características particulares de los consumidores y/o la presencia de distintos competidores”.

De las cuotas de participación de mercado:

“1) Indique el volumen y valor del total de las ventas de cada uno de los productos/servicios objeto de la operación de concentración para los tres últimos ejercicios económicos con periodicidad mensual. De no poderse obtener la información mensual, presente los valores anuales.

2) Señale la participación de su empresa y de las otras empresas que fabrican los productos objeto de la operación, o cualquiera de sus sustitutos, en el mercado nacional y en cualquier otro ámbito geográfico relevante para los últimos cinco años. Especifique la cuota de participación de mercado de las empresas que se concentran antes y después de verificada la operación”.

De la Dinámica del mercado:

“1) Indique la etapa del ciclo de vida en que se encuentra cada uno de los productos/servicios objeto de la operación de concentración. Soporte su respuesta con indicadores como el consumo per cápita o algún otro que considere pertinente.

2) Explique la evolución de los distintos segmentos de mercado en los que participan los productos fabricados por usted y que son objeto de la operación de concentración.

3) Indique si la publicidad de los productos objeto de la operación de concentración está orientada hacia generar conocimiento hacia la categoría de producto en términos generales o el producto/marca en particular, otorgar al consumidor información acerca del

producto/marca específico, generar preferencia por determinada marca de producto o reforzar la preferencia del consumidor por la marca/producto.

4) Describa cuáles son los objetivos establecidos en los distintos planes de promoción de ventas adelantados por la empresa respecto a los productos objeto de la operación de concentración.

5) En caso de competir en distintos mercados regionales, identifique si participan en esos mercados los mismos competidores que pueden identificarse a nivel nacional.

6) Precise cómo ha evolucionado el proceso de diferenciación de productos en los mercados relevantes afectados por la operación de concentración.

7) Explique cómo ha evolucionado el número de nuevos productos y presentaciones, y entrantes, para cada uno de los mercados relevantes afectados por la operación de concentración.

8) Si está disponible, presente la estructura de costos auditada para cada uno de los productos objeto de la operación de concentración, en sus distintas presentaciones y envases, para los últimos tres años. De no disponer de esta información, presente un estimado de esos indicadores, que refleje la metodología de cálculo de los costos.

9) Detalle y cuantifique, como proporción del costo unitario de producción, las inversiones que haya realizado y que planee realizar en cuanto al desarrollo de tecnología de procesos y tecnología de productos.

10) En relación con la inversión necesaria para introducir innovaciones en cada uno de los mercados analizados, identifique los montos y naturaleza de la inversión realizada. Explique además cómo se han reflejado esas innovaciones en cuanto a los costos de producción y las ventas de los productos.

11) De ser posible, diga cuál es el tiempo de maduración de la inversión en activos fijos para cada línea de productos.

12) Presente un estimado del margen precio-costos promedio, para cada uno de los productos objeto de la operación de concentración, correspondiente a los últimos tres años.

13) Explique si existen en el sector, estándares comunes utilizados en la estimación de los costos y la definición de los precios y otras

condiciones de comercialización.

14) Señale cuáles son los principales proveedores para cada uno de los productos objeto de la operación de concentración. Indique el producto o servicio que le compra a cada uno, con sus respectivos porcentajes de participación en el volumen total de adquisiciones relacionadas con el producto respectivo. Señale también la ubicación geográfica de dichos proveedores.

15) Presente, con el más amplio nivel de detalle posible, un listado de sus principales clientes, indicando los productos o servicios que le vende a cada uno de ellos. Indique también qué porcentaje de las ventas de cada uno de los productos/servicios objeto de la operación de concentración va destinado a cada cliente.

16) Explique cómo se lleva a cabo el proceso de negociación de precios, cantidades, descuentos por volumen, pronto pago, plazos de entrega, tiempos de entrega, servicios adicionales, y demás términos de negociación con sus clientes, para cada uno de los productos/servicios objeto de la operación de concentración.

17) Si existen diferencias en los mecanismos utilizados para negociar con los distintos intermediarios en el canal de distribución, exponga esos procesos de negociación en los términos planteados en la pregunta anterior.

18) Indique si su empresa identifica distintos tipos de clientes en función de la frecuencia y magnitud de su compra, preferencias y requerimientos específicos respecto al producto y/o servicios asociados, criterios que privan en la decisión de compra (marca, calidad, precios, etc.), entre otros. Si es así, explique los criterios para distinguir esos tipos de clientes. Indique cuáles son sus principales clientes de acuerdo con los grupos anteriormente identificados.

19) Indique si su empresa establece diferentes mecanismos de negociación para cada tipo de clientes. En caso afirmativo, explique en qué consiste dicho mecanismo y las razones por las cuales opera tal distinción.

20) Presente un listado de los precios a los cuales han comprado sus clientes los productos/servicios objeto de la operación de concentración, para los dos últimos años con periodicidad mensual.

21) Presente un listado de los precios a nivel de consumidor de los productos/servicios objeto de la operación de concentración, para los

dos últimos años con periodicidad mensual.

22) Indique si sus clientes se encuentran agrupados en asociaciones, cooperativas, gremios, federaciones, cooperativas o uniones.

23) Describa en detalle los canales de distribución y las redes de prestación de servicios existentes para cada uno de los productos objeto de la operación de concentración, incluyendo una descripción de las funciones de cada eslabón de la cadena de distribución. Indique qué proporción representa cada uno de esos canales dentro de las ventas de cada uno de los productos objeto de la operación de concentración.

24) Señale, en particular, en qué medida la distribución es efectuada por las propias empresas que participan en la operación y en qué medida es efectuada por terceros.

25) Especifique si sus relaciones con los distribuidores se rigen por contratos de distribución exclusiva. De ser éste el caso, presente copia del contrato.

26) Indique cuál es la frecuencia en el tiempo, el volumen y valor promedio con que ustedes realizan los despachos de sus productos a cada uno de los clientes identificados en la pregunta 17 de esta sección.

27) Señale y describa el mecanismo de difusión de la información sobre precios y/o volumen de ventas de los distintos participantes en el mercado. Indique qué medios utiliza para recabar esa información y la magnitud del desfase temporal en el mismo.

28) Indique si existe una asociación de productores del sector. Señale si su firma pertenece a esta asociación. Identifique cuáles son los objetivos y actividades desarrolladas por la misma en las que participa su empresa”.

Del acceso al mercado:

“1) Indique si en los últimos cinco años ha accedido al mercado alguna empresa para la fabricación de los productos o servicios objeto de la operación de concentración. En caso afirmativo, identifique dichas empresas, describa la naturaleza de sus actividades, los productos y servicios que provee, la cuota de participación alcanzada después de su ingreso en el mercado y cualquier otro indicador del grado de

penetración del mercado. Indique también los factores a los que puede atribuirse una penetración exitosa o limitada, según el caso.

2) Identifique las dificultades de acceso al mercado que pueden enfrentar nuevos competidores debido a la presencia de barreras arancelarias, permisos sanitarios, cuotas u otras limitaciones de índole legal.

3) Explique si existen barreras a la entrada de nuevos competidores derivadas de la disponibilidad de factores de producción tales como materias primas, bienes intermedios, tecnología o recursos humanos calificados.

4) Explique si existen dificultades derivadas de la penetración de una red de distribución existente o en el establecimiento de una propia.

5) Explique la importancia de la imagen de marca de sus productos para acceder al consumidor.

6) Explique si es necesario para un nuevo entrante, disponer de una canasta diversificada de productos para penetrar exitosamente los canales de distribución.

7) Especifique si existen barreras a la entrada en cada uno de los mercados relevantes afectados por la operación de concentración, derivadas del monto de inversión inicial necesario, en la forma de capital, promoción, publicidad, distribución, mantenimiento, know how, etc.

8) Detalle aquellas limitaciones derivadas de la necesidad de obtener autorizaciones administrativas o del cumplimiento de controles legales. En ese sentido, señale si existen limitaciones asociadas a la regulación sobre propiedad industrial y presente las normas COVENIN que regulan los distintos productos objeto de la operación de concentración.

9) Indique, para cada uno de los productos objeto de la operación de concentración, si ante un pequeño incremento en los precios de los productos, sería posible esperar: a) la entrada de nuevos competidores nacionales; b) la penetración de importaciones, y/o c) la entrada de una empresa extranjera en el país. En cada caso indique cuáles serían estos potenciales entrantes (nombre de la empresa, persona contacto y teléfono).

10) Señale si esto ha ocurrido en el pasado, describiendo y documentando, para cada producto/marca o servicio, las circunstancias que rodearon la entrada.

11) Presente el monto de inversión en publicidad efectuado por su empresa para cada uno de los productos/servicios objeto de la operación de concentración durante los últimos cinco años. Especifique además el porcentaje que esta inversión representa respecto a las ventas de cada uno de los productos en los años respectivos.

12) Indique el pago anual de su empresa por concepto de patentes, correspondiente a cada producto/servicio objeto de la operación de concentración. ¿Constituye esto, en su opinión, un obstáculo para el acceso al mercado?

13) Especifique un estimado del monto de dinero necesario para instalar una línea de producción para cada uno de los productos objeto de la operación de concentración.

14) Explique si los activos requeridos para producir y comercializar en estos mercados son fácilmente liquidables en caso que quiera desincorporarse una línea de productos.

15) Especifique si existen mercados secundarios para los activos empleados en la producción y la comercialización de los productos objeto de la operación de concentración”.

De la investigación y desarrollo:

“1) Describa la importancia de las actividades de investigación y desarrollo dentro de los sectores afectados por la operación.

2) Indique la proporción de gastos en investigación y desarrollo respecto al total de ventas de su empresa”.

De las eficiencias:

“Eficiencias, Beneficios de la operación. 1) Indique si la operación de concentración económica conduce a: una disminución de los costos de transporte; reducción en los costos de administración, o mejoramientos en el uso y disponibilidad de tecnología.

2) Presente una estimación cuantitativa de dichos beneficios. Exponga a través de qué vías pueden obtenerse ahorros en costos en algunas de

las áreas antes mencionadas.

3) Señale los efectos previsibles para las partes de la operación en cuanto a su competitividad internacional.

4) Ventajas que produciría la adquisición para los consumidores en términos de precios, calidad, distribución, tecnología, etc.

5) Efectos sobre la competencia como resultado de la operación”.

Del argumento de quiebra inminente:

“Quiebra Inminente. Solicitud. En caso que las empresas solicitantes sometan a consideración de la Superintendencia el argumento de firma en quiebra inminente, la solicitud debe estar acompañada de la información que a continuación se señala:

1) Balance General y Estado de Ganancias y Pérdidas auditados correspondientes a los últimos tres años de actividades.

2) Documentación que demuestre haber realizado esfuerzos de venta alternativos al de la compradora propuesta.

3) Documentación que respalde la situación de insolvencia con sus acreedores.

4) Presente la documentación relativa con sus acreedores, así como los intentos de reestructuración de sus pasivos financieros”.

De la información y documentación adicional solicitada

“Las personas y empresas que participen en la operación de concentración económica, deberán presentar todos los documentos que contengan información relacionada con la misma, y que ha sido identificada en el presente Instructivo. Así, deberán presentar sus planes de mercadeo, planes estratégicos, memoranda, reportes, estudios que hayan sido elaborados por la propia empresa o por terceros, y cualquier otro material de trabajo que contenga información que sea de interés para la evaluación de la operación de concentración económica”.

## **Lineamientos para la Evaluación de las operaciones de Concentración Económica (1999)**

Estos lineamientos completan el bloque normativo vigente para la evaluación de operaciones de concentración económica, estos fueron publicados en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.819, del 1° de noviembre de 1999, los cuales tienen como propósito seguir de guía para determinar si una operación de concentración económica viola el artículo 11 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

El objeto de los lineamientos se resume de la siguiente forma:

“Los siguientes Lineamientos para la Evaluación de las Operaciones de Concentración Económica, tienen como propósito servir de guía para determinar si una operación de concentración económica contraviene la prohibición establecida en el artículo 11 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (la "Ley Pro-Competencia"), en razón de que genera efectos restrictivos sobre la libre competencia, o produce o refuerza una posición de dominio en el mercado relevante. El citado artículo 11 establece que:

"Se prohíben las concentraciones económicas, en especial las que se produzcan en el ejercicio de una misma actividad, cuando a consecuencia de ellas se generen efectos restrictivos sobre la libre competencia o se produzca una situación de dominio en todo o parte del mercado".

La Superintendencia aplicará estos lineamientos en forma flexible y razonable de acuerdo a los hechos y circunstancias particulares de cada operación de concentración económica, tanto si se trata de una evaluación previa como si se trata de un procedimiento sancionador”.

Estos a su vez definen las distintas formas o modalidades de una operación de concentración económica:

“De conformidad con el artículo 4° del Reglamento N° 2 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, las operaciones de concentración económica pueden adoptar cualquiera de las siguientes formas:

- a) La fusión efectuada en los términos indicados en el Código de Comercio, entre dos o más personas a las que se refiere el artículo 4° de la Ley cuando éstas no se encuentren vinculadas entre sí.
- b) La constitución de una empresa común, efectuada por parte de dos o más de las personas, no vinculadas entre sí, a las que se refiere el artículo 4° de la Ley, cuando la empresa resultante desempeñe, con carácter permanente, las funciones de una entidad económica independiente y no tenga por objeto una mera coordinación del comportamiento competitivo de las empresas fundadoras entre sí, ni entre éstas y la empresa común.
- c) La adquisición, directa o indirecta, por una o más de las personas a que se refiere el artículo 4° de la Ley, del control sobre otras empresas, a través de la adquisición de acciones, la toma de participaciones en el capital, o a través de cualquier otro contrato o figura jurídica que confiera el control de una empresa, en los términos del parágrafo único del artículo 15 de la Ley.
- d) La adquisición de activos productivos, tangibles o intangibles, así como la adquisición de fondos de comercio.
- e) Cualquier otro acto, contrato o figura jurídica, incluyendo las adjudicaciones judiciales, los actos de liquidación voluntaria o forzosa, las herencias o legados, por medio de los cuales se concentren empresas, divisiones o partes de empresas, fondos de comercio o activos productivos en general.

De todas las distintas formas de asociación que constituyen una operación de concentración económica, sólo algunas entran en el supuesto de hecho de la prohibición contenida en el artículo 11 de la Ley Pro-Competencia. A fin de establecer si una operación de concentración económica es de aquellas prohibidas por el artículo 11 de la Ley Pro-Competencia, es necesario determinar si, en caso de completarse, generará efectos restrictivos de la libre competencia o

conducirá a una posición de dominio.

En consecuencia, la libre competencia es incompatible con cualquier situación que tienda a la creación o mantenimiento de lo que la doctrina económica ha llamado poder de mercado, entendiéndose como tal la habilidad de las firmas para influir, en búsqueda de su beneficio económico, en precios, calidad, variedad, servicio, publicidad, innovación u otras condiciones de competencia. El poder de mercado ha sido indirectamente definido por la Ley como la posibilidad que tienen los agentes económicos "tanto individualmente como en colusión con otros, de imponer alguna condición en las relaciones de intercambio" (artículo 3º de la Ley Pro-Competencia).

La máxima expresión del poder de mercado es lo que se denomina posición de dominio, que no es más que aquella situación en la cual una empresa puede afectar en búsqueda de ganancias extracompetitivas permanentes, el precio o cualquiera de las condiciones de competencia antes mencionadas, sin tomar en cuenta a sus competidores, compradores o proveedores, ya que la actuación de éstos no afectará su desenvolvimiento dentro del mercado, debido a factores tales como la participación de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los productos, el desarrollo tecnológico de los productos involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento e insumos, así como a redes de distribución, entre otras.

Ahora bien, al referirse la Ley a las concentraciones económicas, establece que éstas se considerarán prohibidas cuando generen efectos restrictivos sobre la libre competencia o conduzcan a una situación de dominio en el mercado (artículo 11), siendo ambos supuestos equivalentes a la condición de que las empresas resultantes de la operación obtengan o refuercen poder de mercado.

Una operación de concentración entre agentes económicos que se dedican a una misma actividad implica la desaparición de uno o más competidores independientes del mercado. Tal reducción en el número de competidores puede implicar, a su vez, una reducción en el grado de competencia efectiva, dependiendo del número e importancia relativa de los competidores que queden en el mercado, de la intensidad de la rivalidad entre ellos y de la existencia de barreras significativas a la entrada de nuevas empresas.

En un caso extremo, la operación de concentración puede eliminar, por ejemplo, toda competencia efectiva en un mercado de altas barreras a la

entrada mediante la absorción de los competidores más agresivos. Los resultados serán precios más elevados y la desaparición de estímulos para una mejor utilización de los recursos económicos escasos por parte de los productores, con el consecuente daño para los consumidores y la sociedad en su conjunto. Es decir una transferencia de riqueza de los compradores a los vendedores y una asignación ineficiente de los recursos económicos.

De este modo, el análisis de la Superintendencia está dirigido a establecer si como resultado de una operación de concentración económica, existe la probabilidad de que se lesione o se impida sustancialmente la competencia, cuando las partes fusionantes tengan una mayor probabilidad de obtener una posición que les permita ejercer un mayor grado de poder de mercado, que el que tendrían si la operación de concentración económica no se hubiese realizado.

El poder de mercado puede ser ejercido de manera unilateral o multilateral con otros competidores, esto quiere decir que una fusión puede facilitar a la empresa resultante de la fusión coordinar su comportamiento en el mercado con una o más firmas competidoras de tal manera de ejercer un poder de mercado conjunto, esto mediante un acuerdo o arreglo explícito, o a través de formas de comportamiento que permita que las firmas de manera implícita coordinen su conducta.

Una operación de concentración económica puede lesionar la competencia de dos diferentes maneras. La primera de ellas es cuando la entidad resultante de la operación tiene la posibilidad de incrementar los precios unilateralmente en cualquier parte del mercado relevante. La segunda es donde existe la posibilidad de llevar a cabo un incremento de precios como resultado de un comportamiento interdependiente en el mercado. El comportamiento interdependiente incluye un acuerdo explícito entre competidores o un arreglo con respecto a una o más dimensiones de competencia, así como también como otras formas de comportamiento que permita a las firmas implícitamente coordinar sus conductas.

Por otra parte, la competencia puede ser evitada o prevenida como resultado de una fusión, ya que a través de la misma se logra impedir o demorar el desarrollo de una competencia creciente, porque se pueden adquirir competidores con creciente vigorosidad en el mercado o a potenciales entrantes, lo que permite a una firma adquirente mantener los precios más altos de los que existirían en la ausencia de la operación.

El poder de mercado también abarca la habilidad de un comprador único (o monopsonista) o de un grupo de compradores de reducir el precio pagado por un producto a un nivel que es inferior al que existiría en una situación de competencia, lo cual tendría el efecto de reducir la oferta. El ejercicio del poder de mercado por el lado de la demanda tiene efectos adversos comparables a aquellos asociados con el ejercicio del poder de mercado por parte de los vendedores. En este sentido, la Superintendencia aplicará en los casos de operaciones de concentración entre agentes económicos ubicados en el lado de la demanda una estructura de análisis análoga a la estructura de los presentes lineamientos.

Lo que busca la Ley es evitar la formación de empresas con mayor poder de mercado y prevenir con ello situaciones de abuso individuales o colectivas que no serían altamente probables en la ausencia de la operación de concentración económica, tal como se ha venido exponiendo. Lo que se requiere, por tanto, es evidencia de que la empresa adquiriente disfrutará de un mayor poder de mercado que le permita abusar del bien sea en forma individual o colectiva. Para obtener tal evidencia, la Superintendencia, como organismo competente en materia de defensa de la libre competencia, evalúa los siguientes elementos:

- i) Si no existen competidores actuales o potenciales con una capacidad de respuesta probable, suficiente y a tiempo, de forma que la empresa concentrada obtenga poder para fijar unilateralmente precios u otras condiciones de competencia; es decir, si los agentes competidores podrían, de manera efectiva o potencial, contrarrestar dicho poder de mercado;
- ii) Si la operación de concentración económica hace más probable que las empresas que participan en el mercado consigan coludir con mayor éxito;
- iii) Si la operación de concentración económica hace más probable que la empresa resultante de la misma incurra en prácticas anticompetitivas unilaterales;
- iv) Si la operación tiene o puede tener por objeto o efecto desplazar indebidamente a otros agentes del mercado o impedirles el acceso.

Sin embargo, ninguno de estos elementos por sí mismo es suficiente ni necesario para que una operación de concentración sea declarada ilegal dentro del ámbito de aplicación de la Ley.

En este sentido, la Ley confiere expresa y exclusivamente a la Superintendencia la facultad de estimar, de forma analítica y caso por caso, la apreciación de si se ha propuesto o no una operación de concentración económica violatoria a la libre competencia. En la práctica, la Superintendencia ha considerado de utilidad, para el desarrollo de esos criterios, tomar en consideración la experiencia acumulada en países con regímenes antimonopolios que cuentan con un sistema de control de concentraciones. Como resultado de lo anterior y de acuerdo con las pautas establecidas en el artículo 16 de la Ley y en el artículo 5° del Reglamento N° 2 de la Ley Pro-Competencia, la Superintendencia ha adoptado una metodología de análisis que le permite responder a la pregunta fundamental de si una operación de concentración económica permitirá a la empresa resultante obtener poder de mercado.

Esto mediante el uso de un conjunto de criterios técnicos que incluyen la definición del mercado relevante donde operan las compañías que se fusionan, el cálculo del grado de concentración en dicho mercado antes y después de la operación, la evaluación de la dinámica de competencia entre las empresas competidoras y, finalmente, la magnitud de las barreras a la entrada en el mercado. Adicionalmente, se consideran los beneficios económicos que pueden resultar de la operación de concentración.

Por último, es importante destacar que en aquellos casos de fusiones y adquisiciones que requieran la aprobación de alguna autoridad diferente a la Superintendencia de Pro-Competencia, el visto bueno a dicha operación de concentración por parte de este tercer ente no implica que la mencionada operación de concentración no sea violatoria de la Ley Pro-Competencia”.

En este sentido, se define el mercado relevante, el cual reviste suma importancia para el análisis de la posible restricción a la libre competencia:

“En el análisis de fusiones, los mercados relevantes son definidos en referencia a las fuentes de competencia actual o potencial que puedan contener el ejercicio del poder de mercado.

Conceptualmente, el mercado relevante se refiere al grupo de productos más reducido y al área geográfica más pequeña en la cual los oferentes, si actúan como una sola firma (un monopolista hipotético) pueden

influir de manera rentable, en el precio, la calidad, la variedad, el servicio, la publicidad, la innovación u otras condiciones de competencia.

Para determinar el mercado relevante es necesario evaluar los siguientes aspectos:

Por el lado de la demanda:

- i) que los compradores puedan cambiarse a productos sustitutos; y
- ii) que los compradores puedan cambiarse al mismo producto vendido en otras áreas geográficas.

Por el lado de la oferta:

- i) que puedan haber nuevos entrantes al mercado, mediante la construcción de instalaciones, o como resultado de que los vendedores de otros productos adapten las instalaciones ya existentes para comenzar la producción del producto en cuestión o de un sustituto; y
- ii) que los oferentes del producto o de un sustituto que estén localizados en otras áreas geográficas puedan vender su producto en el área geográfica en cuestión.

Cualquiera de estas respuestas o combinaciones de ellas podría hacer improductivo un aumento de precios, por lo que la definición del mercado relevante debe ser lo suficientemente amplia para que un monopolista hipotético o empresas en colusión puedan efectivamente elevar el precio sobre su costo marginal sin que se genere competencia proveniente de otras áreas, posibilidades de sustitución por otros productos u oferta adicional en el corto plazo, de manera que el precio regrese o se mantenga en su nivel original y no sea viable el uso de la práctica para obtener ganancias supracompetitivas en el largo plazo.

A efectos prácticos, se consideran dos dimensiones del mercado relevante: el mercado producto y el mercado geográfico. Estas dos dimensiones no son independientes y ambas contribuyen a la delimitación del mercado relevante.

Una vez definido, el mercado relevante debe ser medido en términos de sus participantes y de la concentración. Dentro de los participantes se incluyen las firmas que actualmente están produciendo o vendiendo el producto relevante en el área geográfica relevante. Adicionalmente, se deben incluir aquellas firmas que tengan posibilidad de ofertar en respuesta a un incremento significativo y no transitorio en el precio, de

manera rápida y sin incurrir en significativos costos hundidos a la entrada o a la salida.

Estas empresas (que en inglés se denominan "uncommitted entrants") que pueden responder de manera rápida y sin significativos costos tienen influencia en el mercado antes de la operación de concentración económica y podrían influenciarlo en caso de que se dé la operación, por tanto son considerados participantes del mercado relevante.

Los mercados son típicamente definidos en términos del grupo más pequeño de productos y del área geográfica más reducida con relación a la posibilidad de incrementar rentablemente el precio. No obstante, pueden ocurrir circunstancias en las cuales sea más apropiado definir mercados más amplios. Por ejemplo, una excepción al principio del mercado más reducido puede ser hecha para incluir productos o áreas geográficas sustitutas en la frontera del mercado relevante que no tengan la posibilidad de contener un aumento significativo en el precio por parte de un monopolista hipotético, pero que obviamente compitan, como un hecho de la realidad comercial, con los productos del mercado relevante.

En la delimitación del mercado relevante también se considera la dimensión temporal de los mismos, ya que el ámbito de un mercado es mayor en el largo plazo que en el corto, pues con el paso del tiempo cambian los gustos de los consumidores y la tecnología de producción, se abaratan los costos de transporte y se alteran las barreras artificiales, lo que se resume en que la demanda es más elástica en el largo plazo que en el corto plazo.

En el largo plazo existen mayores posibilidades de acceso de nuevos inversionistas, de creación de nuevas redes de distribución y de aparición de productos sustitutos, por lo que la política de competencia debe permitir los ajustes previstos en los mercados. Es importante destacar que, generalmente, el enfoque que se utiliza para determinar si el poder de mercado puede ser ejercido se hace normalmente sobre una dimensión de competencia: el precio, tal como se realizará a lo largo de estos lineamientos.

Sin embargo, como se señaló anteriormente, la competencia puede ser sustancialmente evitada o lesionada respecto al servicio, a la calidad, a la variedad, a la publicidad, a la innovación u otras dimensiones de competencia, donde la rivalidad en el mercado respecto de ellas es importante.

#### A. Mercado Producto

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

Dentro de este conjunto estarán incluidos aquellos productos a los cuales se desplazaría la demanda de los consumidores, si se produjera un incremento dado en el precio de cualquiera de ellos, mientras el de los demás permanece fijo. Asimismo, dicho conjunto abarca aquellos otros productos que, como resultado de la reacción de otras empresas competidoras frente al aumento de precios, se convertirían en alternativas ciertas para el consumidor en el corto plazo, como consecuencia de la entrada de dichas empresas como oferentes de los productos objeto de la operación de concentración o de productos sustitutos de aquéllos. Estos dos grupos de productos se determinan a través de la sustituibilidad por el lado de la demanda y la sustituibilidad por el lado de la oferta.

La Superintendencia considera que el mercado relevante a los fines de evaluar los posibles efectos restrictivos de la operación, no incluye a todos los productos sustitutos del bien ofrecido por la firma adquirente, sino a un subconjunto de éstos: aquellos hacia los cuales se desplazaría la demanda ante un incremento apreciable, aunque no ilimitado, de los precios. En este sentido, no es aceptable considerar una mera posibilidad de sustitución, basada en la función del producto, como un argumento válido para definir un mercado relevante amplio en el cual la operación tendría efectos despreciables.

Considerando lo anterior, se adopta un grupo de productos expandido, en tanto se identifique el grupo de productos sobre el que el monopolista hipotético impondría rentablemente un aumento de precios pequeño pero significativo y no transitorio. La Superintendencia define el mercado producto como el grupo más pequeño de bienes o servicios que satisfaga la condición antes expuesta.

#### 1. Sustituibilidad por el lado de la demanda

En tanto menor sea la probabilidad de que los demandantes se desplacen al consumo de un producto determinado por otros que podrían considerarse sustitutos del mismo, será más probable que un monopolista hipotético pueda imponer un aumento de precios pequeño pero significativo y no transitorio. En este sentido, se aplicará separadamente la metodología de análisis del producto relevante a cada producto ofertado por las partes fusionantes en los cuales aparentemente compitan o tengan posibilidades de competir.

Dicha metodología consiste en averiguar qué sucedería si las partes concentrantes intentaran llevar a cabo un aumento pequeño pero significativo y no transitorio en el precio en uno de los productos que ellas venden. En caso de que los compradores puedan cambiar sus compras a otros productos en cantidad suficiente para hacer el incremento de precios no rentable, este producto será el mejor sustituto cercano y debe ser incluido en el mercado relevante. Se considerará mejor sustituto a aquella alternativa que esté disponible para los demandantes en cantidades suficientes a precios constantes, y que cuente con el mayor porcentaje de la desviación de la demanda en respuesta a un aumento pequeño pero significativo y no transitorio en el precio.

Posteriormente se averiguaría que sucedería si un monopolista hipotético tratara de elevar de manera no transitoria y significativa los precios de los dos productos en cuestión, de esta manera se estaría probando si existe un segundo mejor sustituto. El proceso de añadir mejores productos sustitutos al mercado relevante concluye cuando el oferente (o los oferentes actuando de manera colusoria) de todos los productos incluidos en el mercado relevante pueden imponer un aumento significativo y no transitorio en el precio debido a que los demandantes no tienen la opción de desplazar sus compras a otro producto sustituto. Como resultado de este ejercicio, se tendrían dentro del mercado relevante a todos aquellos productos hacia los cuales los compradores se desplazarían ante un incremento pequeño pero significativo y no transitorio en los precios.

Sin embargo, debido a que la evidencia directa, en forma de indicadores como la elasticidad cruzada de la demanda y la oferta, es de difícil obtención, se utiliza la evidencia indirecta que proveen los factores (pudiendo estudiarse otros factores que al momento de la evaluación se consideren importantes) que se mencionan a continuación:

#### 1.1 Visión, comportamiento e identidad de los compradores

El comportamiento pasado de los compradores y sus planes estratégicos de negocios, con frecuencia proveen una información confiable de si dos productos son sustitutos. Si los compradores en el pasado no han sustituido un producto "A" por un producto "B" ante variaciones en el precio relativo del primero respecto al segundo, es bastante probable que estos productos no pertenezcan al mismo mercado relevante. Asimismo, si dos productos son vendidos a compradores que tienen características distintas, es bastante probable que estos dos productos no sean sustitutos. Por ejemplo, si el producto "A" es vendido a los consumidores y el producto "B" es vendido a los comerciantes.

### 1.2 Visión, estrategia y comportamiento de los oferentes

Se evalúa la evidencia disponible en relación con el proceso de conformación de las decisiones comerciales de los vendedores, observando si estos últimos consideran la probabilidad de sustitución por parte de los compradores de un producto por algún sustituto en respuesta a variaciones en los precios relativos. Así como, el comportamiento pasado de las partes fusionantes u otros vendedores del producto relevante en relación a otros productos que pueden disciplinar los precios del producto relevante (por ejemplo, si se hacen modificaciones en el diseño o el empaque que siga cambios hechos a productos similares, esto puede sugerir que los dos productos están en el mismo mercado relevante). También es muy útil la información que sobre la industria puedan proveer los suplidores y los compradores de los vendedores del producto relevante.

### 1.3 Uso final del producto

Se observan cuáles son las motivaciones de los demandantes, así como el uso final que le dan al producto en cuestión, pues en la medida en que dos productos sean intercambiables respecto a la función que cumplen, esto aumentaría la posibilidad de que dichos productos estén en el mismo mercado relevante, esto sin importar el hecho de que tengan características físicas muy diferentes, por ejemplo, los fósforos y los yesqueros.

Por otro lado, es muy probable que ocurra que dos productos se localicen en dos mercados relevantes distintos por su diferencia en el precio, a pesar de que cumplan la misma función, por ejemplo: los bolígrafos económicos y los bolígrafos de lujo.

### 1.4 Características físicas y técnicas del producto

A pesar de que dos productos puedan ser considerados como pertenecientes al mismo mercado relevante con base en su intercambiabilidad funcional, dichos productos con frecuencia puede que pertenezcan a mercados relevantes diferentes, como consecuencia del mayor valor que los compradores den a una determinada característica técnica o física que posea uno de estos productos. Las garantías sobre el producto, el servicio post-venta, etc. están todas incluidas en el conjunto de características del producto.

#### 1.5 Los costos y el tiempo de transacción

A pesar de que dos productos pueden ser funcionalmente intercambiables, es importante determinar hasta qué punto los costos de transacción en los que los oferentes deberían incurrir para adaptar el producto, adaptar su publicidad, violar un contrato de suministro, aprender nuevos procedimientos, etc., pueden ser suficientes para que el cambio de oferente sea improbable ante un incremento pequeño pero significativo y no transitorio en el precio.

Adicionalmente, se toma en cuenta hasta que punto una falla del producto puede imponer costos significativos al comprador, y también si el riesgo de incurrir en esos costos impide el cambio hacia otro oferente en respuesta a un aumento pequeño pero significativo y no transitorio en el precio. Entre dichos costos se puede incluir el daño que pueda sufrir la reputación del comprador como revendedor. También es importante considerar el tiempo que demorarían los demandantes en cambiar un bien por otro.

#### 1.6 Evolución de los precios reales

Se analiza la evolución de los precios reales de los posibles sustitutos, ya que si dos productos son sustitutos efectivos, de no producirse variaciones en la calidad y en otros atributos de los productos, sus movimientos de precios en el tiempo serán paralelos. Esto se debe a que, en caso de ocurrir un aumento apreciable y no transitorio del precio de un producto respecto al de sus sustitutos, debería producirse un desplazamiento importante de la demanda hacia estos últimos, empujando los precios a alinearse. Sin embargo, es necesario determinar si el comportamiento paralelo en el tiempo no es atribuible a cambios en el precio de un insumo común, a la inflación, a la política de precios de empresas multiproductos o a otras variables que no indiquen que existe un alto nivel de sustituibilidad entre los productos.

#### 1.7 Existencia de productos de segunda mano, reacondicionados, reciclados, reparados o alquilados

La posibilidad de que los compradores se cambien a demandar productos de segunda mano, reacondicionados, reciclados, reparados o alquilados, puede prevenir el incremento pequeño pero significativo y no transitorio de los precios de los productos recién salidos de la fábrica o no usados y sus sustitutos. Esto es, determinar la capacidad de sustitución de los productos nuevos por los usados reacondicionados en función al precio, calidad, usos y características.

## 2. Sustituibilidad por el lado de la oferta

Para determinar hasta que punto existen fuentes de competencia potencial por el lado de la oferta se deben tomar en cuenta aquellos vendedores que no están produciendo o vendiendo actualmente el producto relevante, pero podrían en el corto plazo y a bajo costo ofertar dicho producto, o un sustituto, en una cantidad suficiente, como respuesta a un pequeño incremento, de manera tal de que el precio vuelva a su nivel original. Este tipo de respuestas puede ocurrir de diferentes maneras: mediante la adaptación de equipos actuales de producción o venta para la sustitución o para la extensión de la oferta, o mediante la construcción o adquisición de activos que permitan la producción o venta en el mercado relevante.

### 2.1 Sustitución y extensión de la oferta

A veces, los activos de una firma pueden ser utilizados para producir y vender tanto los productos relevantes, como productos que los demandantes consideran que no son buenos sustitutos. La sustitución de la oferta se refiere al cambio hecho por una firma en el uso de sus activos de la producción o la venta de un producto hacia la producción y venta de otro producto. La extensión de la oferta se refiere al uso de sus activos tanto para la producción o venta del producto relevante como la producción o venta del bien que originalmente estaba ofertando.

### 2.2 Obtención de nuevos activos para la producción o venta del producto relevante

Una firma también puede tener la posibilidad de participar en la producción o la venta en el mercado relevante, aunque esa firma esté recién formada o sea una firma existente sin productos o activos estrechamente relacionados con el mercado relevante.

A estos entrantes potenciales que pueden responder mediante la sustitución o extensión de la oferta o a través de la construcción o adquisición de maquinaria de manera rápida y sin incurrir en costos

hundidos significativos a la entrada o a la salida, ante un aumento pequeño pero significativo y no transitorio en el precio se les denomina entrantes no comprometidos ("uncommitted entrants"). Se entiende por costos hundidos aquellos costos fijos en los que se incurre, por la adquisición de activos tangibles sin valor residual, tales como una maquinaria muy especializada susceptible de ser utilizada sólo por la empresa en cuestión, o por el costo de la inversión en activos intangibles que no puede ser recuperados, como el de mercadeo, investigación y desarrollo, aprobaciones regulatorias, etc.

La competencia potencial de los vendedores que podrían producir el producto relevante adaptando las instalaciones con las que están fabricando actualmente otro producto, no se incluirá en el mercado relevante en los siguientes casos:

- i) si existe una dificultad significativa para distribuir o mercadear el producto relevante;
- ii) si se requieren nuevas instalaciones productivas o de distribución para producir o vender en una escala significativa; o
- iii) en cualquier otro caso en que la respuesta ante el aumento pequeño pero significativo y no transitorio en el precio, requiere de un tiempo considerable o que las firmas tengan que incurrir en significativos costos a la entrada o a la salida.

En estas circunstancias, estas fuentes de competencia deben ser consideradas dentro de la probabilidad de entradas futuras al mercado, y no como participantes del mismo.

También se deben tomar como participantes del mercado a aquellos vendedores integrados que fabrican un bien como insumo para su propio uso o como componente de un producto aguas abajo, quienes podrían vender ese bien en el mercado si se produce un aumento pequeño pero significativo y no transitorio del mismo. Claramente este tipo de agente ejerce una influencia contra el incremento de precios. Sólo en los siguientes casos no serán incluidos dentro del mercado relevante:

- i) que estos vendedores puedan encontrar dificultades significativas en desviar el producto fuera de su proceso productivo, o en la distribución o el mercadeo del mencionado producto en el mercado relevante; o
- ii) que ellos tengan que realizar una inversión sustancial, o expandir sus actuales activos productivos para producir, y vender a una escala

significativa.

Esta misma aproximación es adoptada en otras situaciones en las cuales la producción de las firmas participantes ha estado históricamente asignada a compradores específicos. Para determinar la influencia de estos vendedores integrados se debe realizar una evaluación de si el incremento potencial de la producción aguas abajo por los vendedores verticalmente integrados del producto relevante está disciplinando los precios de los actuales vendedores del producto relevante.

### 3. Mercado de Producto con Discriminación de Precios

A veces existen compradores que difieren significativamente en su posibilidad de cambiarse a otros productos en respuesta a un incremento pequeño pero significativo y no transitorio en el precio. Si un monopolista hipotético puede identificar a esos compradores ("targeted buyers") y cobrarles un precio diferente, sin que éstos hacer no rentable el incremento en ese segmento del mercado mediante la sustitución por otros productos en respuesta a un aumento pequeño pero significativo y no transitorio en el precio del producto relevante; y si otros compradores no pueden adquirir el producto y revenderlo a este grupo de compradores a quienes se les está cobrando más caro (no existen posibilidades de arbitraje), entonces un monopolista hipotético podría imponer rentablemente un precio discriminatorio.

En estos casos, la Superintendencia considerará la existencia de mercados relevantes adicionales que consisten en el uso o usos particulares del producto por parte de los grupos de compradores a los cuales un monopolista hipotético podría imponer rentable y separadamente un aumento pequeño pero significativo y no transitorio en el precio.

#### B. Mercado Geográfico

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

A la determinación del mercado geográfico se llega, a partir del área geográfica dentro de la cual operan las empresas participantes (o cada planta de firmas multiplantas) de la operación de concentración, y se amplía si efectivamente, al producirse un aumento en los precios de los productos, los consumidores podrían trasladar su consumo hacia la adquisición de productos provenientes de otras áreas geográficas. En

caso de que ese desplazamiento en la demanda ocurriera, los productores localizados en las áreas geográficas de origen de los productos considerados como alternativa cierta por parte de los consumidores entrarían dentro del mercado relevante a ser considerado para la evaluación de la Superintendencia.

Este procedimiento es similar al del mercado producto, ya que se busca el área geográfica cuya producción sea la mejor sustituta de la producción del área donde están localizadas las firmas que se van a concentrar. Después se añadirá el área geográfica cuya producción sea la segunda mejor sustituta y así sucesivamente, deteniéndose el proceso de incorporación de áreas geográficas al mercado relevante cuando el monopolista puede imponer un aumento pequeño pero significativo y no transitorio en el precio del producto relevante de manera rentable, debido a que los demandantes no tienen la opción de desplazar sus compras a otra área donde se vende el producto relevante o un sustituto. Como resultado de este ejercicio se tendrían dentro del mercado relevante a todas aquellas áreas hacia las cuales los compradores se desplazarían ante un incremento pequeño pero significativo y no transitorio en los precios.

1. Factores que se utilizan para la determinación del mercado geográfico relevante:

1.1. Visión, estrategias, comportamiento e identidad de los compradores

El comportamiento pasado de los compradores y sus planes estratégicos de negocios, con frecuencia proveen una información confiable de si dos áreas pertenecen al mismo mercado relevante geográfico. Si los compradores ubicados en la zona "A" en el pasado no han desplazado sus compras a los bienes (relevantes o sustitutos) que se venden en la zona "B", ante variaciones en el precio relativo del primer producto respecto al segundo, es bastante probable que las zonas "A" y "B" no pertenezcan al mismo mercado relevante.

1.2. Visión, estrategias y comportamiento de los oferentes

Información relevante, tanto histórica como del posible desempeño futuro del mercado relevante, puede ser suministrada por terceras partes que tengan un conocimiento bastante importante de la industria y que a su vez manejen cifras de la misma, como podrían ser los suplidores de los oferentes del producto relevante y las empresas encuestadoras. Una fuente adicional de información la constituyen los vendedores del producto relevante en un área, que respondan ante

cambios en el precio, el empaque, el servicio, etc. del producto relevante en una segunda área. La manera en que los vendedores de diversas áreas geográficas son tomados en cuenta en los planes de negocios, estrategias de mercadeo y otro tipo de documentación puede ser una fuente importante de información.

### 1.3. Costos y tiempo de transacción

Uno de los principales costos de transacción son los costos de transporte, por lo que juegan un rol fundamental en la delimitación del mercado geográfico relevante. Cuando ha existido históricamente heterogeneidad de precios entre productos esencialmente iguales, que son transados en áreas geográficas distintas, ello constituye una evidencia económica de la existencia de diferentes mercados geográficos. Por ejemplo, cuando en áreas distantes los precios del producto relevante han excedido históricamente los precios del mercado geográfico por una cifra superior a los costos de transporte, ello es un buen indicador, aunque no concluyente, de que estas áreas están en mercados relevantes separados, por razones diferentes a los costos de transporte.

Por otra parte, si en una área geográfica históricamente han existido precios por debajo de los precios del mercado relevante, por un monto que supere los costos de transporte, ello es usualmente un buen indicador, aunque no sea concluyente, de que dicha área es un mercado relevante separado, por razones diferentes a los costos de transporte.

Entre los costos transaccionales, diferentes a los costos de transporte, podemos señalar aquellos en que los agentes económicos deben incurrir para adaptar y/o reempacar el producto, adaptar su publicidad, violar un contrato de suministro, aprender nuevos procedimientos, etc. Éstos pueden ser suficientes para que el cambio de cliente sea improbable ante un incremento pequeño pero significativo y no transitorio en el precio. Entre los costos se debe incluir el daño que pueda sufrir la reputación del oferente como suplidor. También es importante considerar el tiempo en que se demorarían los demandantes en cambiar un bien por otro.

### 1.4. Costos inherentes a la zona

En la determinación de si los vendedores ubicados en un área diferente al mercado geográfico relevante están en capacidad de responder ante un incremento pequeño pero significativo y no transitorio en el precio del producto relevante en otra área, es necesario evaluar hasta qué punto estos vendedores enfrentan costos no recuperables como: costos

de almacenaje, costos de mercadeo, necesidad de contratar empleados locales, entre otros.

#### 1.5. Productos transables o no transables

Es necesario determinar si existen características inherentes al producto como la fragilidad o la perecibilidad que impidan la posibilidad de transportar un bien hacia el mercado geográfico relevante en caso de que ocurra un abuso de posición de dominio.

#### 1.6. Relación de precios y precios relativos

La ausencia de una fuerte correlación en los movimientos de precios del producto relevante en dos áreas geográficas determinadas, durante un significativo período de tiempo inmediatamente previo a la fusión, generalmente sugiere que las dos regiones no están en el mismo mercado relevante. Contrariamente, una alta correlación en los movimientos de precios del producto relevante en dos áreas geográficas distintas, frecuentemente es indicativo de que existe competencia entre los vendedores del producto en esas áreas distintas y por ende es un mismo mercado. Sin embargo, la correlación puede ser atribuible a cambios en los precios de los insumos comunes, políticas de precios de empresas multi-mercados u otras variables.

Adicionalmente, se debe determinar hasta qué punto en el pasado las respuestas ante variaciones en el precio de las empresas de la segunda área tuvieron efecto disciplinante sobre la zona geográfica en la cual actúan las empresas fusionantes.

#### 1.7. Patrones de transporte

La existencia de medios de transporte significativos transportando el producto relevante de una segunda área hacia el mercado relevante sugieren que la segunda área pertenece al mercado relevante. Sin embargo, el comportamiento pasado de los medios de transporte puede ser un pobre indicador de hasta qué punto dicha fuente de oferta puede disciplinar los precios en el mercado relevante. Aun cuando se requiere información que demuestre que existe transporte desde el mercado relevante hacia la segunda área y dentro del mercado relevante, ella provee poca información sobre la posibilidad de que se disciplinen los precios en el mercado relevante por posibles competidores provenientes de la segunda área.

La ausencia de transporte del producto relevante entre el mercado relevante y una segunda área sugiere que no se encuentran dentro del

mismo mercado relevante. Sin embargo, no se debe tomar como un dato único para concluir sobre el mercado geográfico, toda vez que el transporte del producto relevante desde la segunda área hacia la primera podría comenzar en respuesta a un incremento de precios pequeño pero significativo y no transitorio.

#### 1.8. Competencia extranjera

El hecho de que la competencia extranjera pueda disciplinar los precios en el mercado relevante, implica la inclusión dentro del mercado relevante de esa fuente de competencia, y por lo tanto las participaciones de mercado deben considerar dicha área. En ese sentido, se considera la significación de las importaciones y exportaciones dentro de la dinámica del mercado objeto de análisis. A efectos de establecer las posibilidades de que los productos importados impongan un techo a los precios de la producción local, la Superintendencia considera las posibilidades reales de sustitución de productos actualmente disponibles al consumidor, aun cuando éstos presenten diferencias en sus calidades y atributos. En tal sentido, es necesario determinar si las diferencias de precios entre los productos nacionales y los importados se pueden explicar por variables no geográficas, tales como la calidad y atributos del producto, de forma que los mismos se ubiquen en distintos mercados relevantes.

Por otra parte, se considera la existencia de controles gubernamentales que pudieran limitar la disponibilidad de productos provenientes de otros países, como sería el caso de las barreras arancelarias y no arancelarias. En aquellos casos en donde existan aranceles, y el precio de la producción nacional no pueda ser superior al precio del producto importado más el arancel, debido a la posibilidad de entrada de la competencia extranjera, esta fuente de competencia debe ser tomada como un argumento subsecuente en la definición del mercado relevante.

Por último, en aquellas situaciones en las que la imagen de marca de los productos constituye un elemento fundamental en las decisiones de compra de los consumidores, es preciso estudiar si la entrada oportuna y suficiente de importaciones, que pudieran contrarrestar una elevación de precios en el mercado doméstico, podría verse impedida por la dificultad de introducir marcas nuevas en el mercado del que se trate, y por tanto, ubicaría a los productos importados en un mercado relevante distinto.

#### 2. Mercado Geográfico con Discriminación de Precios

Si un monopolista hipotético puede identificar y cobrar diferentes precios (neto de los costos de transporte) para un mismo producto a diferentes compradores ubicados en áreas distintas, sin que éstos puedan hacer no rentable el incremento en ese segmento del mercado mediante la adquisición del producto o sustitutos del mismo en otras áreas, en respuesta a un aumento pequeño pero significativo y no transitorio en el precio del producto relevante, y si otros compradores no pueden adquirir el producto y revenderlo a este grupo de compradores a quienes se les está cobrando más caro (no existen posibilidades de arbitraje), entonces un monopolista hipotético podría imponer rentablemente un precio discriminatorio. En estos casos, la Superintendencia considerará la existencia de mercados relevantes adicionales que consisten en localidades de compradores a los cuales un monopolista hipotético podría imponer, rentable y separadamente, un aumento pequeño pero significativo y no transitorio en el precio”.

Una vez definido el mercado relevante, el siguiente paso es determinar la concentración del mercado relevante lo cual se hace los siguientes términos:

“Una vez definido el mercado relevante, se calcula la participación de mercado de todas las empresas o plantas identificadas como participantes en ese mercado. La concentración de mercado es función del número de empresas participantes en un mercado y sus respectivas cuotas de mercado. En consecuencia, es un indicador de cuánto poder de mercado podría ostentar una determinada firma dentro del mercado relevante objeto de análisis. Las cuotas o participaciones de mercado de las diferentes empresas identificadas como participantes del mercado, se basan en las ventas totales o la capacidad de producción actualmente destinada al mercado relevante, junto con aquella que probablemente sería destinada al mercado relevante en respuesta a un aumento pequeño pero significativo y no transitorio en el precio. Las participaciones de mercado pueden ser expresadas tanto en unidades monetarias (ventas, despachos o producción) o en unidades físicas (ventas, despachos, producción, capacidad o reservas).

Las participaciones pueden ser calculadas utilizando el mejor indicador del futuro competitivo de las empresas. Las ventas o los despachos en unidades monetarias generalmente pueden ser utilizados si las firmas se diferencian principalmente por la diferenciación de sus productos. Las unidades físicas generalmente se pueden utilizar cuando las firmas se

distinguen principalmente con base en sus ventajas relativas en servir a diferentes compradores o grupo de compradores. La capacidad o las reservas generalmente se utilizarán si este tipo de medidas distingue de una mejor manera a las firmas. Se debería utilizar una data anual, pero en casos donde las ventas individuales sean grandes e infrecuentes, la data anual no será representativa, y se deben utilizar períodos más largos de tiempo.

Como una ayuda para la interpretación de datos de mercado, la Superintendencia utiliza el índice de concentración Herfindhal-Hirschman (HHI), el cual se calcula como la sumatoria de los cuadrados de las participaciones de mercado individuales de todos los participantes. Este índice refleja la estructura del mercado en la medida que le da un peso proporcionalmente mayor a las participaciones de mercado de las empresas más grandes de acuerdo con su importancia relativa.

Los efectos que la realización de una operación de concentración pudieran tener sobre la estructura del mercado, por medio de la posibilidad de eliminación de un competidor del mercado relevante, se refleja en el mencionado índice de concentración, el cual puede adoptar valores que van desde cero (0) hasta diez mil (10.000). El primer extremo corresponde a una situación de completa atomización del mercado, mientras el segundo a una de monopolio puro.

Existen algunos elementos que pudieran comprometer la estructura actual del mercado, por lo cual, al evaluar el impacto de la operación sobre la estructura del mercado se estaría subestimando o sobrestimando la incidencia de la misma a la hora de prever los efectos de corto y mediano plazo de la operación sobre el mercado en el que se realiza el análisis. Entre estos elementos se pueden considerar:

#### A. Condiciones de mercado cambiantes

La concentración y las participaciones de mercado necesariamente están basadas en evidencia histórica. No obstante, cambios recientes o en curso en el mercado pueden indicar que la participación de mercado de una firma en particular puede estar sobrestimada o subestimada. Por ejemplo, si una nueva tecnología, que es importante para la viabilidad competitiva de largo plazo, está disponible para la mayoría de las firmas excepto para una de ellas, se puede concluir que la participación de mercado histórica de esta última firma, está sobrestimando su significación competitiva en el futuro. Por lo tanto, la Superintendencia considerará razonablemente los efectos predecibles que tengan los

cambios recientes o en curso sobre las condiciones de mercado, en la interpretación de la concentración y participación de mercado.

B. Grado de diferenciación entre los productos y las zonas en el mercado y sustitutos fuera del mercado

Manteniendo todo lo demás constante, la magnitud de un daño potencial a la competencia proveniente de una operación de concentración económica es mayor si un monopolista hipotético podría incrementar el precio dentro del mercado relevante de una manera sustancial superior a un incremento pequeño pero significativo y no transitorio. Esto puede ocurrir cuando los sustitutos por el lado de la demanda fuera del mercado relevante, tomados como un grupo, no son sustitutos cercanos de los productos y las zonas ubicadas dentro del mercado relevante. Por esto podría haber un gran hueco en la cadena de sustitutos por el lado de la demanda en el límite de los mercados producto y geográfico, lo que significa que la participación estaría subestimando el poder de mercado de la firma resultante de una operación de concentración”.

Otro elemento a ser analizado es el grado de competencia en el mercado lo cual se hace de la siguiente forma:

“Manteniendo lo demás constante, la concentración de mercado afecta la probabilidad de que una empresa, o un pequeño grupo de empresas, puedan ejercer exitosamente poder de mercado. Sin embargo, si una operación de concentración económica conduce a que la concentración en el mercado relevante sea mayor, y por tanto se incrementa la posibilidad de que se generen efectos anticompetitivos, es importante tomar en cuenta otros factores antes de llegar a un juicio definitivo acerca de los perjuicios que sobre el mercado podría tener la mencionada operación.

A. Aumento de probabilidad de prácticas colusivas

En primer lugar, se analiza si la operación, al eliminar un competidor, aumenta la probabilidad de prácticas colusivas en el mercado. Dichas prácticas colusivas, requieren que las firmas alcancen unos términos de coordinación, que harán rentable para éstas actuar de manera conjunta, y a su vez requiere que se tenga la habilidad de detectar y castigar las desviaciones que perjudiquen el acuerdo. La detección y castigo de las

desviaciones asegura que las firmas encuentren más rentable la coordinación que el perseguir ganancias de corto plazo desviándose del acuerdo, dados los costos de la represalia. Entre los elementos que pueden dar indicios acerca de la probabilidad o no de que se produzcan prácticas colusivas en los distintos mercados se encuentran:

#### 1. Antecedentes colusivos

La existencia de antecedentes de comportamiento colusivo, de características del mercado de la práctica que no han cambiado apreciablemente desde el incidente más reciente, y de antecedentes de colusión en otros mercados, que hayan presentado características muy similares a las que presenta el mercado de la operación de concentración económica propuesta, son buenos indicadores de la probabilidad de que ocurran prácticas colusorias en el mercado analizado.

#### 2. Condiciones que favorecen los términos de la coordinación

Algunas condiciones del mercado facilitan que las empresas alcancen un acuerdo. Son ellas: la homogeneidad del producto, la estandarización de precios y el acceso a la información tanto del mercado como de las firmas rivales.

#### 3. Condiciones que favorecen la detección y el castigo de las desviaciones

Donde las condiciones del mercado permiten la detección y el castigo a tiempo de las desviaciones del acuerdo, una firma encontrará más rentable mantenerse dentro de los términos del mismo que desviarse de él. La desviación de los términos del acuerdo puede ser impedida cuando la amenaza de castigo es creíble. La detección y el castigo de las desviaciones pueden ser facilitadas cuando la información sobre las transacciones, precios y producción de los rivales está disponible rutinariamente, pues ello hace que sea difícil desviarse secretamente. Igualmente, si las órdenes del producto relevante son frecuentes, regulares y pequeñas, comparadas con la producción total de una firma en un mercado, es posible que sea difícil para la firma desviarse sustancialmente sin el conocimiento y sin la reacción de sus rivales. Si las fluctuaciones de la demanda o los costos son relativamente infrecuentes y pequeñas, las desviaciones deben ser relativamente fáciles de detectar.

#### 4. La existencia de firmas "disidentes"

En algunas circunstancias, la interacción coordinada puede ser efectivamente prevenida o limitada por firmas "disidentes" ("maverick" firms), que no son más que firmas que tienen un incentivo económico a desviarse de los términos de coordinación mucho mayor que el de sus rivales. Consecuentemente, la adquisición de una firma disidente es una manera por la cual una operación de concentración económica pueda hacer más probable, más exitosa o más completa la coordinación. Por ejemplo, en un mercado en el que la mayoría de los competidores tengan significativas restricciones en la capacidad productiva, una firma tiene mayor probabilidad de ser disidente mientras mayor sea su exceso de capacidad o probabilidad de desviar su capacidad con relación a sus ventas o a su capacidad total, y menor sea su costo de oportunidad directo o indirecto de expandir las ventas en el mercado relevante.

Esto es así porque los incentivos para desviarse de los términos de coordinación, que suponen la elevación de precios y la limitación de la producción, son mayores mientras mayor sea la capacidad de la firma de expandir rentablemente su producción como una proporción de las ventas que ella podría obtener si se adhiriera a los términos de coordinación, y mientras menor sea la base de ventas con la cual disfrutará de elevados beneficios antes de la reducción del precio. Una firma también puede ser disidente si tiene una habilidad secreta inusual para expandir sus ventas más allá de las ventas que realizaría si se adhiriere a los términos de la coordinación. Esta habilidad puede provenir de las oportunidades de expandir la capacidad de producción por una filial aguas abajo.

#### B. Aumento de posibilidad de abuso de poder de mercado

La operación de concentración económica puede afectar la competencia porque la firma resultante de la misma puede encontrar rentable alterar su comportamiento unilateralmente, elevando los precios y disminuyendo la oferta, o afectando cualquier otra variable de competencia. La probabilidad de que estos resultados adversos a la competencia ocurran depende también de las características del mercado, entre las que se puede mencionar:

##### 1. Dinámica de la competencia

Se estudia la dinámica de la competencia prevaleciente en un mercado con anterioridad a la realización de una operación de concentración económica. En aquellos casos en los que los mercados son competitivos y existe rivalidad entre las empresas, las cuotas de

mercado de las empresas participantes varían constantemente, demostrando que las empresas permanentemente se enfrentan para atraer clientes.

## 2. Firmas distinguidas principalmente por la diferenciación de productos

En algunos mercados, los productos son altamente diferenciados entre las diferentes firmas; por lo tanto, dichos productos no son sustitutos perfectos entre sí. Además, los productos diferenciados pueden variar en el grado de su sustituibilidad. En estos casos, la competencia puede no ser uniforme, por lo tanto los vendedores individuales compiten más de cerca con aquellos rivales que vendan los sustitutos más cercanos.

Una operación de concentración económica entre dos empresas que participan en un mercado con productos diferenciados puede disminuir la competencia, porque permite a la empresa resultante incrementar el precio unilateralmente de uno o de los dos productos sobre los niveles existentes previos a la operación. Algunas de las ventas que se pierdan como consecuencia del incremento en el precio de un producto se desviarían hacia el bien producido por la otra empresa participante de la operación de concentración y, dependiendo de los márgenes relativos, se podría hacer rentable el incremento del precio, aun cuando no fuera rentable antes de la operación. Un incremento sustancial unilateral de productos diferenciados requiere que un gran porcentaje de las compras de esos productos sea hecho por consumidores que consideren a esos productos como su primera y segunda mejores opciones, y que el reposicionamiento de otros productos para reemplazar la competencia perdida después de la operación sea improbable. El incremento en el precio será mayor mientras mayor sea el grado de sustituibilidad de los productos ofertados por las firmas concentradas.

## 3. Firmas distinguidas principalmente por sus capacidades

Donde los productos son relativamente poco diferenciados y lo que distingue principalmente a las empresas, y constituye la naturaleza de su competencia, es la capacidad, la firma resultante de una operación puede encontrar rentable incrementar el precio y reducir la oferta. La operación de concentración económica provee a la firma resultante una mayor base de ventas, con la cual disfrutará del incremento del precio y también eliminará un competidor hacia el cual los clientes hubieran desviado sus compras. Entonces, la firma resultante de la operación podrá encontrar rentable el incremento de precios y la concomitante

reducción de la oferta, debido a que la pérdida de las ventas se verá compensada por el incremento en el precio de la base ampliada de ventas de la empresa resultante. Este efecto se verificará en el mercado a menos que un número suficiente de clientes de las empresas concentradas puedan encontrar suplidores alternativos.

#### 4. Poder de compra de los clientes

Se considera el poder de compra de los clientes como factor de contrapeso ante un eventual ejercicio de poder de mercado por parte de la entidad resultante de la operación, pues la existencia de compradores en posición de fuerza puede anular cualquier ejercicio abusivo de poder de mercado. En este punto se analiza la estructura de la red de distribución correspondiente a cada uno de los mercados relevantes que se han definido. En caso de que el mercado de vendedores sea altamente concentrado, en oposición a un mercado de compradores muy fragmentado, cabe esperar que esta asimetría en el grado de concentración se acentúe en caso de llevarse a cabo la operación de concentración. Es improbable que, en semejantes circunstancias, la posición de fuerza de los compradores pueda constituirse en un elemento que neutralice cualquier intento de aumentar los precios en forma significativa por parte de la entidad resultante de la operación de concentración.

#### 5. Dimensiones de la competencia

Por último, la Superintendencia considera aquellas dimensiones en las cuales compiten los diferentes participantes en el mercado relevante, de modo tal que pueda determinarse la intensidad de esa competencia, así como los factores que influyen en la dinámica de competencia en el mercado”.

En esta etapa se pasa a realizar el análisis de entrada lo que permite identificar si la concentración del mercado originaria o reforzaria un poder de mercado y esto se hace los términos que siguen:

“Además del análisis efectuado en el apartado anterior, el otro elemento considerado a fin de evaluar si la concentración de mercado originada por la operación objeto de análisis podría crear o reforzar poder de mercado, o facilitar su ejercicio unilateral o colectivo, lo

constituye la competencia potencial procedente de nuevos entrantes, ya sea considerada en términos de producto o en términos geográficos. En general, puede alegarse que cuando no hay barreras significativas a la entrada y a la salida en un mercado, las empresas que detentan una elevada cuota de participación se inhibirán de incrementar los precios para evitar la entrada de nuevos competidores.

Adicionalmente, en aquellos casos en los que las barreras a la entrada sean pequeñas pero significativas, la amenaza de nuevos entrantes todavía tiene un efecto positivo sobre la eficiencia en el uso de los recursos, pues impiden que la empresa resultante de la operación incurra en costos de producción más altos gracias a la holgura que le permite un mayor poder de mercado.

Con respecto a estos elementos, conviene señalar, en primer lugar, que se establece una diferenciación entre la entrada de importaciones en el mercado relevante y la de empresas que, o bien ya están establecidas en Venezuela (o en el mercado geográfico del que se trate) y producen en mercados-producto adyacentes, o bien se instalarían expresamente para la fabricación de los productos objeto de la operación de concentración.

Es necesario observar que para que la amenaza de entrantes potenciales lleve a modificar la presunción de que la operación analizada pudiera conducir al fortalecimiento de una posición de dominio, la Superintendencia debe verificar que tal entrada no sólo sería probable, sino que además sería oportuna y suficiente. A este tipo de entradas se le denomina entradas fáciles. En tal sentido, debe establecerse que la entrada tendrá lugar en un período de tiempo lo bastante corto y en una magnitud tal que impida que las empresas puedan sostener aumentos de precios pequeños, pero significativos, que dañen al consumidor.

La entrada que se estudia aquí incluye aquellas respuestas por el lado de la oferta que requieran más tiempo, o mayores costos para la entrada, que aquella que se considera en el análisis de la sustituibilidad por el lado de la oferta. A estos entrantes se les conoce en inglés como "entrantes encarcelados" ("committed entrants"). Adicionalmente, se incluirá a aquellos entrantes no comprometidos ("uncommitted entrants") que podrían mantenerse en el mercado, y pasar los criterios de oportunidad, posibilidad y suficiencia (que se analizarán más adelante) y por tanto detener o contrarrestar los efectos anticompetitivos.

Una posibilidad de entrada se define como las acciones que la firma debe tomar con la finalidad de producir y/o vender en un mercado. Todas las fases del esfuerzo de entrada se considerarán, incluyendo la planificación, el diseño, y la gerencia, la obtención de los permisos necesarios para operar en el mercado, licencias y otro tipo de permisología; la construcción y operación de las instalaciones productivas; y la promoción (incluyendo los descuentos de introducción), mercadeo, distribución, y satisfacción de los gustos del consumidor y credenciales requeridas. Obtener ejemplos recientes de entrada, sean exitosos o no, puede aportar ideas de las acciones necesarias, el tiempo efectivo de entrada, las características de las opciones de entrada, las circunstancias bajo las cuales se realizaron las mismas, así como los factores que determinaron que dichos procesos resultaran o no exitosos. La Superintendencia empleará una metodología de tres etapas para determinar si una entrada comprometida ("committed entry") podría detener o contrarrestar un efecto anticompetitivo.

En la primera etapa se trata de determinar si la entrada puede tener un impacto significativo dentro de un período de tiempo corto (entrada oportuna). Si el impacto significativo requiere de un período de tiempo muy largo, la entrada no detendrá o contrarrestará los posibles efectos anticompetitivos. No existen límites preestablecidos para indicar que es lo que la Superintendencia considera un período de tiempo oportuno, porque eso depende de cada mercado. Por ejemplo, en un mercado de bienes durables, los consumidores, en respuesta a un incremento del precio, podrían diferir sus compras, realizando inversiones para alargar la vida útil del producto y de esta manera puede detener o contrarrestar por un tiempo los efectos anticompetitivos de una operación de concentración económica. En estas circunstancias, una entrada oportuna para detener o contrarrestar efectos anticompetitivos puede demorarse más que en otros mercados.

En la segunda etapa se consideran en el análisis aquellos factores que pudieran constituir restricciones para establecerse como productor en el mercado relevante objeto de estudio. A ese respecto, se toma en cuenta la presencia de exceso de capacidad instalada en la industria, lo cual haría más probable que los participantes actuales en ese mercado adopten acciones retaliativas hacia nuevos competidores mediante un incremento significativo de su producción, con el consiguiente descenso en los precios de los productos. En estas circunstancias, el mantenimiento de un exceso de capacidad ociosa por parte de las empresas que conforman un mercado incrementa la

incertidumbre que deberá enfrentar un nuevo entrante. También se encuentran las limitaciones de acceso a factores de producción tales como mano de obra especializada, recursos de capital y tecnología, así como los controles gubernamentales que pudieran restringir la entrada en el mercado.

Adicionalmente, se busca determinar si la entrada sería rentable ya que de no ser así, no sería posible la respuesta por el lado de la oferta a una operación de concentración económica que genere efectos anticompetitivos. Las firmas que requieren de significativos costos hundidos y que consideran la entrada deben evaluar la rentabilidad de la entrada sobre la base de la participación de mercado en el largo plazo, porque los activos básicos estarán "encarcelados" en el mercado hasta que sean económicamente depreciados. La entrada que es suficiente para contrarrestar los efectos anticompetitivos causaría una caída en los precios a sus niveles previos a la operación de concentración económica o a niveles inferiores. Por lo tanto, la rentabilidad de esa "entrada encarcelada" debe ser determinada con base a los precios prevalecientes antes de que se realizara la fusión.

Una operación de concentración económica que tenga efectos anticompetitivos puede atraer "entradas encarceladas" rentables al nivel de precios previos a la operación, que no hubieran ocurrido sin la operación aun con el mismo nivel de precios. Sin embargo, puede ocurrir que después de realizada la operación de concentración económica la oferta disminuya y los precios se incrementen, lo cual puede atraer la entrada sin llevar los precios por debajo de los niveles prevalecientes antes de la operación. Después de realizada una operación de concentración económica, que resulte en una reducción de la oferta y un incremento de los precios, las oportunidades de venta disponibles para los entrantes a los niveles de precios previos a la operación serán mayores que las disponibles antes de la operación, debido a la reducción de la oferta causada por la operación. Si la entrada puede ser rentable a los niveles de precios previos a la operación de concentración económica sin exceder las oportunidades probables de venta (oportunidades que incluyen factores preexistentes pertinentes, así como la reducción inducida en la oferta por la fusión) entonces dicha entrada es probable como respuesta a una operación.

Una entrada alternativa es probable si podría ser rentable a los precios previos a la operación de concentración económica, y si dichos precios pueden ser asegurados por el entrante (cuando las condiciones indican que la entrada puede ser rentable a precios inferiores a los prevalecientes antes de la operación, se considerará la probabilidad de

entrada al precio más bajo al cual dicha entrada podría ser rentable). El "entrante encarcelado" podría no asegurarse los niveles de precios previos a la operación de concentración económica si su oferta es demasiado grande para que el mercado la absorba sin deprimir los precios posteriormente. Por lo tanto, la entrada es improbable si la escala mínima viable es mayor que las oportunidades probables de ventas para los entrantes.

La escala mínima viable (EMV) es el menor nivel promedio anual de ventas que un "entrante encarcelado" debe persistentemente alcanzar para lograr rentabilidad a los precios previos a la operación de concentración económica. La EMV es función de los ingresos esperados en base a los precios previos a la operación, y todas las categorías de costos asociados con la alternativa de entrada, incluyendo una tasa de retorno apropiada dado el hecho de que la entrada puede fallar y los costos hundidos se pueden perder.

Las fuentes de oportunidades de ventas para las firmas entrantes incluyen: (a) la reducción de la oferta después de la operación de concentración económica con efectos anticompetitivos; (b) la habilidad de los entrantes para capturar participación de mercado a raíz del crecimiento esperado de la demanda; (c) la habilidad de los entrantes para asegurarse la desviación de las ventas de las firmas establecidas, por ejemplo, mediante la integración vertical o contratos de distribución; y (d) cualquier contracción adicional anticipada de la oferta de las firmas establecidas en respuesta a la entrada. Los factores que reducen las oportunidades de venta de los entrantes son: (a) la perspectiva de que el entrante tratará de ganar participación en un mercado con demanda decreciente; (b) la exclusión del entrante de una porción del mercado debido a la existencia de contratos de distribución o de la integración vertical; y (c) cualquier expansión anticipada de las ventas por parte de las empresas establecidas en reacción a la entrada, sea esta generalizada o dirigida a ciertos clientes a los que se han acercado los entrantes, que utilice inversiones previas irreversibles en exceso de la capacidad de producción.

En la tercera etapa se trata de determinar si la entrada probable y oportuna sería suficiente para retornar los precios a los niveles previos a la operación de concentración económica. La entrada puede no ser suficiente a pesar de que sea oportuna y probable, donde las restricciones a la disponibilidad de activos esenciales (tangibles e intangibles) le dan el control a las firmas establecidas, haciendo imposible a nuevos entrantes alcanzar el nivel necesario de ventas. Es

necesario el análisis de las restricciones que pudiera enfrentar un posible entrante para llegar al consumidor, pues de esta manera se determinan las barreras existentes para alcanzar una penetración de mercado que pudiera determinar que una entrada al mercado es "suficiente" para desestimular algún ejercicio de posición de dominio por parte de la empresa resultante de la operación de concentración.

En este punto se analizan la estructura del canal de distribución, así como las estrategias de distribución seguidas por los distintos participantes en el mercado. Adicionalmente, la imagen de marca es un factor fundamental, pues incide en la formación de decisiones por parte de los agentes que participan en la cadena de distribución, determinando en buena medida la rotación de los productos, y la capacidad de negociación en cuanto a márgenes y condiciones de comercialización por parte de las empresas participantes en el mercado con los agentes que conforman la cadena de distribución. También, las características y el ámbito de los productos de los entrantes pueden no responder lo suficientemente a las oportunidades de venta creadas por la eliminación de la competencia directa entre los vendedores de productos diferenciados”.

Asimismo, los lineamientos definen y establecen las características de las operaciones de concentración económica de tipo vertical y lo fundamentan así:

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

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

En el caso de las operaciones de concentración económica verticales, los efectos de la operación de concentración afectan a más de un mercado, pues por definición estas operaciones involucran a empresas

situadas en diferentes eslabones de la cadena productiva. Al mercado que se encuentra en un eslabón anterior de la cadena se le denomina mercado primario, mientras que el mercado secundario es el que está más adelante en la cadena.

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

En efecto, cuando una empresa adquiere a uno de sus proveedores se apropia de una fuente de aprovisionamiento que antes de la operación era utilizado por otras empresas. Análogamente, cuando una empresa adquiere a uno de sus clientes o distribuidores hace desaparecer una alternativa de comercialización o distribución del mercado. Por lo tanto, las operaciones de concentración verticales tienen por efecto reducir el número de proveedores o de clientes (según sea el caso), lo cual podría incrementar la concentración y generar efectos anticompetitivos en los mercados.

Un segundo efecto que pueden tener las operaciones verticales es el de dificultar el acceso a los mercados, pues al hacer desaparecer fuentes de aprovisionamiento (o de distribución o de comercialización, según sea el caso), se podría estar obligando a las empresas que desean entrar en un mercado a poseer sus propias fuentes de aprovisionamiento (o de distribución o de comercialización), lo cual haría más costosa la entrada de nuevos participantes.

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

Cuando una operación de concentración vertical no genera efectos negativos sobre la competencia, no afectará negativamente el interés público tutelado por la Superintendencia, de manera que debería ser autorizada automáticamente”.

Asimismo, los lineamientos establecen la definición y las características de lo que es una operación de concentración económica de conglomerado en los siguientes términos:

“Las operaciones de concentración económica de conglomerado se realizan entre agentes económicos que no compiten en el mismo mercado relevante o en mercados relevantes que están verticalmente relacionados. Ellas pueden violar la Ley cuando se demuestra que, en ausencia de la operación, una de las partes que intervienen en la misma probablemente hubiese entrado en el mercado de novo. En tales circunstancias, la operación garantizaría que el establecimiento de los precios fuese materialmente más alto en una parte sustancial del mercado por más de dos años, en relación con la situación que habría de no haberse efectuado la operación. Por ejemplo, una firma dominante que está ejerciendo poder de mercado en el mercado relevante adquiere una firma en un mercado adyacente, que estaba enviando señales de su intención de entrar en el mercado relevante, intentando negociar contratos con clientes de la firma dominante los cuales son muy favorables desde la perspectiva de aquellos clientes. Por el contrario, un efecto anticompetitivo similar puede resultar cuando una firma grande entra en un mercado relevante de novo reemplazando con la operación a una firma naciente, que había introducido una nueva fuente de competencia en el mercado.

Si la entrada de novo probablemente hubiese ocurrido en ausencia de la operación se requiere, por lo general, verificar objetivamente la información que claramente soporta esta disposición, por ejemplo, documentos internos anteriores a la fusión, iniciativas recientes de las firmas para disputar el mercado, la aplicación de un enfoque regulatorio, o el registro de una patente”.

Por último, los lineamientos establecen la evaluación de las posibles eficiencias generadas por la operación, visto que aun cuando una operación pueda ser restrictiva de la libre competencia pero si generan beneficios a la sociedad de manera que compensen esos efectos, la autoridad puede tomarlos en consideración para la

formación de su decisión. En tal sentido, los lineamientos lo señalan así:

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

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

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

Un elemento adicional que se considera a la hora de evaluar las eficiencias en orden de determinar los efectos netos que una operación de concentración tiene sobre el mercado, es que dichas eficiencias no puedan ser obtenidas de otras maneras. En efecto, si existe otra forma de alcanzar las eficiencias sin necesidad de que las empresas se concentren, éstas no se tomarán en consideración. Esto es así porque las eficiencias se consideran únicamente en aquellos casos en que simultáneamente se producen efectos restrictivos en el mercado. Cuando una operación de concentración, horizontal, vertical o de conglomerado, no produce efectos negativos en la competencia no es necesario evaluarlas, pues no sería contraria a las disposiciones

que regulan la libre competencia. Por el contrario, cuando una operación de concentración produce efectos restrictivos es necesario evaluar también las eficiencias que genera para los consumidores, de manera que la Superintendencia pueda determinar si el efecto final es positivo o negativo.

De acuerdo con lo antes expuesto, para efectos del análisis de eficiencia desde la óptica del interés público, la Superintendencia requiere que las empresas involucradas en la operación de concentración:

1. Describan cuáles son las eficiencias generadas por la operación.
2. Demuestren cómo se alcanzarán dichas eficiencias.
3. Presenten un estimado del monto al que ascenderán dichas eficiencias.
4. Prueben que las eficiencias alegadas sólo son posibles a través de la operación de concentración económica objeto de análisis.
5. Demuestren cómo y en qué medida serán trasladadas al consumidor”.

Estos lineamientos permiten a la autoridad de competencia realizar el análisis de la operación de concentración económica en cuestión. Pero así mismo brinda a los operadores económicos las herramientas necesarias que les permiten tener seguridad jurídica en el procedimiento de evaluación previa.

Por ello, en este sentido afirma **Curiel, C.** (1996), que “dentro del marco de análisis de competencia se aplican las herramientas de distintas áreas de la economía, fundamentalmente del campo de la organización industrial. Valiéndose de ese bagaje es posible determinar los elementos característicos de la competencia en cada mercado relevante. Un aspecto fundamental para completar el razonamiento es atender la

estrecha relación que existe entre la estructura y la conducta en los mercados. Generalmente, el análisis de la estructura del mercado es la primera aproximación acerca de las relaciones que pueden ocurrir dentro del mismo” (p.6).

Los valores anteriores expuestos en los lineamientos no tienen como finalidad prejuzgar sobre si la operación de concentración económica supone un obstáculo para la competencia, lo que sólo puede establecerse tras la correspondiente investigación. Su finalidad es discriminar entre las operaciones que son objeto de interés por parte de la Superintendencia y aquéllas que, en su caso pudieran originar efectos contrarios a la competencia.

**Informe que presenta la comisión especial a la plenaria de la Asamblea Nacional sobre el proyecto de Ley Antimonopolio, Antioligopolio y la Competencia Desleal a los efectos de su segunda discusión (2006) (Consultado en Original)**

El proyecto de Ley Antimonopolio, Antioligopolio y la Competencia Desleal, la Asamblea Nacional aprobó la modificación del Título del Proyecto, cuyo título actual es Proyecto de Ley Antimonopolio, Antioligopolio y la Promoción de la Justa Competencia, tiene por objeto cambiar al actual régimen jurídico de libre competencia consagrado en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

Este proyecto de Ley define su objeto en el artículo 1º en los siguientes términos:

“Esta Ley tiene por promover y proteger el desarrollo armónico de la economía nacional y sus principios de corresponsabilidad, equilibrio, competencia justa y solidaridad, mediante la prohibición y sanción a personas naturales y jurídicas de las conductas y prácticas monopólicas, duopólicas, oligopólicas, abuso de posición de dominio, demandas concentradas y de competencia desleal, acaparamiento, especulación, usura y en general, cualquier otra práctica que pueda impedir, restringir, falsear o limitar, los beneficios a los productores y prestadores de servicios de las micros, pequeñas, medianas y grandes empresas o cualquier otra forma de asociación económica alternativa; empresas sociales, cogestionarias y autogestionarias, a las cooperativas y al público consumidor en el ejercicio de la libertad económica. Asimismo proteger el Desarrollo Económico Endógeno, Sostenible y Sustentable de la nación a través de la cooperación, competencia justa, equilibrio, solidaridad y eficiencia entre los agentes económicos que participen en el régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela”.

Este proyecto ha combinado el mantenimiento del régimen de prácticas restrictivas de la libre competencia referente a la prohibición de acuerdos entre competidores, el abuso de la posición dominante, el boicoteo, las prácticas exclusionarias, una modificación profunda en el régimen de operaciones de concentraciones económicas, con cambios profundos también en la estructura organizativa.

Respecto al régimen de concentraciones económicas cambiaría profundamente, pues se establece un sistema de notificación obligatoria previa a las concentraciones de empresas.

Dentro de este contexto, tenemos que el artículo 9 del proyecto sobre las definiciones define en su numeral 19) a la concentración económica así:

“19. Concentración Económica: es la modificación permanente de la estructura de una empresa o parte de ella con el objeto de darle independencia y personalidad jurídica propia”.

Ahora bien, el artículo 18 del proyecto establece la prohibición genérica de operaciones de concentración económica en los términos que siguen:

“Se prohíben las operaciones de concentración económica que produzcan o refuercen una posición de dominio en todo o parte del mercado, o que puedan generar efectos contrarios a la competencia. A dichas operaciones de concentración económica se les concederá el permiso cuando se compensen sus efectos restrictivos con base a lo dispuesto en esta Ley”.

A diferencia del artículo 11 de la ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (1992), en este artículo el legislador incluye la técnica del permiso.

A este respecto, **Dromí, R.** (1996), que “el permiso comporta una exención, siendo un acto de la Administración policial de contenido preventivo. El permiso tiene un fin inverso al que se persigue con la concesión y la autorización, pues tiende a satisfacer el interés de un particular sin relación con el de la colectividad o el público. Se diferencia también por la forma. En el permiso el particular se beneficia con la ventaja que le produce un bien común, pues se tolera algo que quiebra la igualdad de trato con los demás miembros de la comunidad. Es una tolerancia precaria concedida discrecionalmente que no crea ningún derecho subjetivo a favor del sujeto. Cuando el

permiso se otorga en consideración exclusiva a la persona, no se le puede transferir, y su cesión no autorizada es causal de caducidad” (p.579).

Asimismo, en un desarrollo más amplio sobre las operaciones de concentración económica el proyecto en su artículo 35 establece las modalidades para una operación de concentración económica de la siguiente manera:

“Las operaciones de concentración económica reguladas por esta Ley podrán realizarse en cualquiera de las siguientes modalidades:

- 1.La fusión efectuada de conformidad con las leyes que rijan la materia, entre dos o más personas jurídicas no vinculadas entre sí.
- 2.La constitución de una empresa común, efectuada por dos o más personas no vinculadas entre sí, cuando la empresa resultante desempeñe con carácter permanente, las funciones de una entidad económica independiente.
- 3.La adquisición, directa o indirecta, por una o más personas, del control sobre otras personas jurídicas a través de la adquisición de acciones, la toma de participaciones en el capital o de cualquier otro contrato o figura que confiera el control sobre una persona jurídica.
- 4.La adquisición de activos productivos o fondos de comercio.
- 5.Cualquier otro acto, contrato o figura jurídica, incluyendo sociedades accidentales, consorcios, adjudicaciones judiciales, actos de liquidación voluntaria o forzosa y herencias o legados, por medio de los cuales se concentren empresas, divisiones o partes de empresas, fondos de comercio o activos productivos en general”.

También el proyecto establece en el artículo 36 los límites cuantitativos en los términos siguientes:

“Esta Ley aplicará sólo en las operaciones de concentración económica que cumplan por lo menos una de las siguientes condiciones:

- 1.Que el valor de los activos de los agentes económicos participantes en la operación, supere conjuntamente en el ámbito nacional, un monto anual equivalente a dos millones quinientos mil unidades tributarias (2.500.000. U.T) al cierre del último ejercicio económico.
- 2.Que el volumen de negocios total de los agentes económicos participantes en la operación conjunta, supere un monto en el ámbito

nacional, equivalente a un millón de unidades tributarias (1.000.000. U.T) El volumen de negocios será el correspondiente al ejercicio económico anterior al momento cuando se celebra la operación”.

El artículo 37 del proyecto establece el cálculo del volumen de negocios para realizar una operación de concentración, así:

“El cálculo del volumen de negocios total se realizará mediante la sumatoria de los ingresos netos resultantes de la venta de productos y la prestación de servicios realizados por las personas objeto de la operación de concentración económica, durante su último ejercicio económico. Dicho calculo deberá ser debidamente auditado”.

El artículo 38 del proyecto recoge los criterios para la evaluación de las operaciones de concentración económica en los términos que siguen:

“A los efectos de establecer si una operación de concentración económica crea o refuerza una posición de dominio, o puede generar efectos contrarios a la competencia, se tomará en cuenta cada uno de los siguientes criterios:

- 1.Si la operación produce un aumento significativo de la concentración y disminuye el grado de competencia efectiva en el mercado relevante.
- 2.Si la operación facilita sustancialmente la realización de conductas, prácticas, acuerdos, convenios o contratos que impidan, restrinjan o limiten la competencia, así como la imposición de barreras a la entrada de nuevos competidores.
- 3.Si la entrada en el mercado relevante por parte de un nuevo competidor fuese de fácil acceso, oportuna y suficiente, como para evitar que después de la operación, los participantes en el mercado, en forma individual o colectiva, puedan sostener un aumento de precios por encima del nivel anterior a la operación.
- 4.El riesgo de salida inminente del mercado relevante de los activos productivos de alguna de las empresas objeto de la operación de concentración.
- 5.Si la operación de concentración económica aporta ventajas o eficiencias a los mercados que compensan las restricciones que pudiera generar.

6.Si las personas objeto de la operación de concentración económica presentan antecedentes de sanciones por restricciones a la competencia.

7.Si la operación de concentración económica facilita la competencia, entre los agentes económicos y participantes en ella, en virtud de los acuerdos comerciales internacionales suscritos y ratificados por la República.

8.Los demás criterios que establezca el Reglamento de Ley.

Los lineamientos de evaluación de operaciones de concentración económica contendrán los criterios técnicos que se aplicarán en su análisis”.

En este orden, el artículo 50 del proyecto establece las atribuciones del Instituto Nacional Antimonopolio y Antioligopolio, y en su numeral 3) recoge lo referente a las concentraciones económicas en estos términos:

“El Instituto Nacional Antimonopolio y Antioligopolio tendrá las siguientes atribuciones:

3.Autorizar las concentraciones económicas en los términos establecidos en esta Ley y declarar ilegales y sancionar las prácticas prohibidas por la Ley”.

Se puede observar de esta atribución que el proyectista usa el término autorizar en contraposición con lo establecido en el artículo 18 del proyecto donde usa el término permiso. Donde ya se han establecido las diferencias entre una y otra institución y donde se debe corregir dicha situación y elegir entre una técnica u otra, creemos que la acertada para la base de este proyecto sería la de autorizar, como es usado en el derecho comparado en el control de concentraciones económicas cuando es obligatoria su notificación.

En este orden, el artículo 57 del proyecto establece las atribuciones del Presidente o Presidenta del Instituto Nacional Antimonopolio y Antioligopolio en su numeral 9) respecto a las concentraciones económicas en los términos siguientes:

“El Presidente o Presidenta tendrá a su cargo:  
9.Pronunciarse sobre las operaciones de concentración económicas evaluadas por el Instituto Nacional Antimonopolio y Antioligopolio de conformidad con lo establecido en la Ley, los Reglamentos y las decisiones emitidas por ésta”.

Asimismo el artículo 58 del proyecto establece las atribuciones de la Junta Directiva y en su numeral 4) la que corresponde a las operaciones de concentración económica en estos términos:

“La Junta Directiva tendrá las siguientes atribuciones:  
4.Conocer sobre las operaciones de concentración económica evaluadas por el Instituto Nacional Antimonopolio y Antioligopolio de conformidad con lo establecido en la Ley, los Reglamentos y las Resoluciones emitidas por éste”.

En este mismo sentido, a partir del artículo 83 del proyecto se establece el procedimiento de autorización de operaciones de concentración económica en los siguientes términos:

“Las operaciones de concentración económica a que se refiere esta Ley, deberán ser autorizadas por el Instituto Nacional Antimonopolio y Antioligopolio antes de su realización, incluyendo aquellas operaciones de oferta pública de adquisición en los mercados de valores. Los actos o negocios jurídicos derivados de operaciones de concentración económica no notificadas o no autorizadas por el Instituto Nacional Antimonopolio y Antioligopolio serán nulos de nulidad absoluta y el mismo impondrá una multa de cuatro mil quinientas unidades tributarias (4.500 U.T.).

En caso que la notificación se realice con información falsa u omisión de información, el Instituto Nacional Antimonopolio y Antioligopolio impondrá una multa de siete mil unidades tributarias (7.000 U.T.)”.

Este artículo establece una diferencia sustancial con el actual régimen de concentraciones económicas, ya que se establece un control previo para la evaluación de la operación de concentración, esto quiere decir que las operaciones de concentración económica a celebrarse bajo esta normativa deben ser notificadas ante el Instituto so pena de ser sancionados los agentes económicos intervinientes en dicha operación.

El artículo 84 del proyecto establece los requisitos de la notificación de operación de concentración económica en estos términos:

“Para obtener la autorización prevista en el artículo anterior, los interesados deberán notificar al Instituto nacional Antimonopolio y Antioligopolio la operación. La notificación deberá cumplir con los requisitos que se establezca en el Reglamento”.

El artículo 85 del proyecto in comento, establece la forma de las notificaciones para operaciones de concentración, así:

“En el caso de una fusión o la constitución de una empresa común, la notificación deberá ser presentada conjuntamente por los interesados que pretendan realizar la operación de concentración. En los demás casos, la misma deberá ser presentada por los adquirientes, quedando a salvo la posibilidad que la haga también la empresa adquirida o propietaria de los activos productivos, divisiones o fondos de comercio objeto de la operación”.

Respecto a los lapsos del procedimiento el artículo 86 del proyecto establece:

“La notificación de la operación de concentración económica iniciará el procedimiento administrativo de autorización. La sustanciación del mismo será efectuada en un lapso de treinta (30) días continuos. En caso que se requiera, se podrá otorgar una prórroga de treinta días continuos. Finalizado este lapso el Presidente o la Presidenta del Instituto Nacional Antimonopolio y Antioligopolio tomara la decisión dentro de un plazo de treinta (30) días hábiles”.

Ahora bien, respecto de los lapsos del procedimiento en el caso de ofertas públicas el artículo 87 del proyecto dispone:

“En el caso de las operaciones de oferta pública de adquisición en el mercado de valores, el Instituto Nacional Antimonopolio y Antioligopolio tendrá un lapso de quince (15) días hábiles para decidir si se continúa con el procedimiento administrativo. En caso contrario, el mismo decidirá al término de quince (15) días hábiles”

A este respecto, **Mejías, P.** (1.993), señala que “la Oferta Pública de Adquisición de valores se puede definir como el procedimiento imperativo legalmente establecido al que con carácter previo y como regla general deberá acogerse toda persona, física o jurídica, que pretenda adquirir, en un solo acto o en actos sucesivos, directa o indirectamente, una participación significativa, determinada reglamentariamente, en el capital con derecho a voto de una sociedad cotizada, total o parcialmente, en una Bolsa de Valores”. (p.13)

Asimismo es de significar que este tipo de procedimiento es novedoso en el proyecto de ley que se comenta, en tal sentido las ofertas públicas de adquisición de valores es uno de los procedimientos modernamente utilizados para la toma de control de una

sociedad o de una posición relevante en la misma mediante la compra de porcentajes significativos de su capital.

Continuando con el artículo 88 del proyecto que establece las potestades del Instituto Nacional Antimonopolio y Antioligopolio en materia de concentraciones económicas este dispone lo siguiente:

“El Instituto Nacional Antimonopolio y Antioligopolio en materia de concentración económica podrá tomar algunas de las siguientes determinaciones:

1ºQue la operación está fuera del ámbito de aplicación de la Ley.

2ºQue la operación se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la Ley y que no genera efectos restrictivos sobre la competencia, en cuyo caso el Instituto Nacional Antimonopolio y Antioligopolio otorgará, sin más trámites de autorización respectiva.

3ºQue la operación se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la Ley y que luego de analizada la operación, se ha determinado que la misma crea o refuerza una posición de dominio o genera efectos restrictivos sobre la competencia, en cuyo caso no se autorizará.

4ºQue la autorización está condicionada al cumplimiento de lo ordenado por el Instituto Nacional Antimonopolio y Antioligopolio”.

El artículo 89 del proyecto de ley, recoge el supuesto de la autorización con base en información falsa u omisión de información en los siguientes términos:

“Para el caso que la operación de concentración económica haya sido autorizada con base en información falsa u omisión de información, el instituto Nacional Antimonopolio y Antioligopolio iniciará el procedimiento sancionatorio previsto en esta le, con el fin de declarar si la misma crea o refuerza una posición de dominio o genera efectos nocivos y restrictivos”.

El artículo 90 del proyecto de ley en referencia, establece la potestad del de investigación en materias de concentración económica:

“Para la autorización de operaciones de concentración económica, el Instituto Nacional Antimonopolio y Antioligopolio tendrá las más amplias potestades de investigación, rigiéndose su actividad por el principio de la libertad de prueba, pudiendo realizar, entre otros, los siguientes actos probatorios:

- 1.Exigir a los sujetos de aplicación de esta Ley la exhibición de libros, documentos, medios de almacenamiento de información y correspondencias comerciales que puedan tener relación con la valuación de la operación notificada, así como la consignación de copia fotostática de dichos libros, documentos, medios y correspondencias.
- 2.Requerir de cualquier persona, documentos o información pertinente para el examen de la operación notificada.
- 3.Llamar a declarar a cualquier persona, incluyendo a terceros, en relación con la evaluación de la operación notificada.
- 4.Emplazar por la prensa nacional o local, a cualquier persona, incluyendo a terceros que pueda suministrar información con relación al examen de la operación notificada.
- 5.Incautar cualquier libro, documentos, correspondencias, equipos electrónicos u otro instrumento que pueda aportar información necesaria para la evaluación de la operación notificada, previa autorización de la jurisdicción penal correspondiente.
- 6.Realizar inspecciones que considere pertinentes, a los fines del examen de la operación notificada.
- 7.Solicitar por órgano de la autoridad competente, la orden de allanamiento del recinto privado y del domicilio si fuere necesario, así como la intersección o grabación de comunicaciones privadas, sean éstas ambientales, telefónicas o realizadas por cualquier otro medio, cuando medien suficientes elementos de convicción que pudiera determinar que están cometiendo prácticas prohibidas que configuren delitos previstos en esta Ley.
- 8.Las demás atribuciones que le asigne esta Ley y el Reglamento Interno del Instituto Nacional Antimonopolio y Antioligopolio”.

Dentro de este marco, las potestades investigativas en los procedimientos de operación de concentración económica son amplias y revisten el carácter de policía

administrativa, para la recaudación de información suficiente para el análisis que debe realizarse si una operación de concentración económica pudiera ser restrictiva.

El artículo 91 del proyecto establece la resolución contra las operaciones de concentración económica no autorizadas, en los términos que siguen:

“En la resolución que decida sobre la ilegalidad de la operación de concentración económica, el Instituto Nacional Antimonopolio y Antioligopolio podrá imponer las siguientes condiciones:

1º Ordenar la desinversión, venta o enajenación de cualquier forma de: líneas de negocios, sucursales, agencias o plantas, divisiones o partes de empresas, fondos de comercio, bienes o activos productivos. La orden de desinversión deberá establecer el plazo en el cual se deberán cumplir dichas condiciones y cualquier otra medida necesaria para garantizar su cumplimiento.

2º Imponer condiciones y obligaciones determinadas.

3º Imponer las sanciones de Ley”.

Por último el proyecto de ley en estudio, en su artículo 125 recoge lo relativo a las tasas por el otorgamiento de autorizaciones de operaciones de concentración económica en estos términos:

“El otorgamiento de autorización de una operación de concentración económica causará el pago de una tasa de un mil (1.000) unidades tributarias (UT) de los agentes económicos al Instituto Nacional Antimonopolio y Antioligopolio”.

Es importante destacar, que el mencionado proyecto de Ley Antimonopolio y Antioligopolio establece un régimen más amplio de las operaciones de concentración económica, lo que permitirá corregir algunas imprecisiones que actualmente persisten en el actual régimen de concentraciones.

### **CAPITULO III**

## **LEGALIDAD Y CONSTITUCIONALIDAD DE LOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS QUE INTEGRAN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS PROCEDIMIENTOS AUTORIZATORIOS PARA OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA EN EL SISTEMA DE LIBRE COMPETENCIA EN VENEZUELA**

### **Aplicación de los principios constitucionales y legales**

La disposición constitucional del artículo 113 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela debe entenderse como la prohibición de la monopolización, es decir, la prohibición de actos destinados a obtener una posición monopolística en el mercado, normalmente a través de la adquisición de empresas competidoras, para reducir las condiciones efectivas de competencia en la economía.

En este sentido las concentraciones económicas se prohíben dependiendo de cada caso específico por razones preventivas; es decir, se prohíben o condicionan las concentraciones económicas, no porque sean restrictivas en sí mismas, sino para evitar que la empresa resultante tenga poder de mercado suficiente para afectar la competencia y violentar los principios consagrados en el artículo 299 de la Constitución de la República Bolivariana, relativos a libre competencia y eficiencia

económica , que en unión perfecta con el artículo 112 de la Constitución de la República Bolivariana desarrollan el principio de libertad económica.

En este sentido, **Hernández, J.** (2007), señala que “no podría negarse que, desde una primera interpretación, y como ocasionalmente ha sido señalado, la defensa de la competencia puede ser entendida en el marco de un estatuto llamado a fomentar el ejercicio de la libertad económica. No puede cuestionarse que la defensa de la competencia se erige como un estatuto de defensa de la libertad de empresa que, paradójicamente, redundando en la restricción de ese derecho” (p.107).

Para **Flamarique, F.** (2004), “en Venezuela, el Reglamento N° 2 de la ley Procompetencia establece los criterios de evaluación de fusiones, así como el procedimiento que debe seguirse en esos casos. En tal sentido, el artículo 113 constituye un apoyo constitucional sólido al sistema de control de fusiones, que no solo trata de controlar los cambios estructurales que conlleven a un solo oferente en el mercado, sino también, los casos donde la empresa resultante de la fusión tiene poder de mercado para incidir en los precios sin que se lo impidan el resto de los competidores”. (p.381).

Es por ello, que el artículo 113 de la Constitución es la cláusula más importante para el control de operaciones de concentración económica ya que permite asegurar las condiciones efectivas de competencia en la economía, a través de la evaluación de

operaciones de concentración que pudieran significar un reforzamiento de una posición de dominio que pudiera intentar contra los principios de libertad económica, libre competencia y eficiencia.

Por ello, para **Pesci, F.** (1998), “surgen las concentraciones de empresas mediante acuerdos y carteles que buscan la eliminación de los otros competidores y, en consecuencia, la restricción de la competencia y el menoscabo del ejercicio de la libertad económica; la determinación objetiva de los precios, como producto de las decisiones de oferentes y demandantes, resulta falsa en la medida en que la propia evolución de la rivalidad competitiva la que va a favorecer el nacimiento de los monopolios u oligopolios y la consecuente adquisición de poder en el mercado por parte del más fuerte; el uso de artificios, a través de técnicas manipuladoras como, por ejemplo, la publicidad, para engañar a los consumidores y obtener una mayor cuota en el mercado, comienza a ser práctica habitual entre los operadores económicos” (p.222).

En este sentido **Pesci, F.** (1998), señala que “la libre competencia constituye en la actualidad, no sólo un instrumento idóneo y necesario para obtener una mayor eficiencia económica y tecnológica, sino también un medio para la consecución de los fines sociales y colectivos que los derechos económicos han asumido” (p.226).

En esta línea el derecho de la competencia es, por tanto, una forma de control estatal en la economía, ya que instituye los mecanismos necesarios para impulsar la efectividad de la competencia, proteger el ejercicio de la libertad de empresa individual, crear los presupuestos necesarios para que todos tengan en igualdad de condiciones acceso a las actividades lucrativas y tutelar los intereses de los consumidores; todo ello significa, en última instancia, que el Estado está estableciendo los cauces jurídicos apropiados no solo para fomentar y desarrollar la economía global de un país sino también para salvaguardar las necesidades y prioridades de los particulares y de los grupos sociales.

### **Naturaleza jurídica de los instrumentos normativos**

Para **Hernández, J.** (2004), “dos circunstancias impidieron que antes de 1992 se estableciese en Venezuela un sistema jurídico-administrativo de protección de la libre competencia: la suspensión de la garantía formal de la libertad económica, desde 1961 hasta 1991, y la profusa intervención de la Administración derivada de ese régimen excepcional” (p.528).

En este sentido **Hernández, J.** (2004), señala que “la constitución de 1999, supuso un importante avance en esta disciplina, al constitucionalizar la prohibición de las prácticas contrarias a la libre competencia. Desde la sanción de la Ley Procompetencia

en 1992, se ha aceptado en Venezuela que la libre competencia es inherente a la libertad económica y que como tal, tiene rango constitucional” (p.528).

En este orden señala **Hernández, J.** (2004), que “cualquier duda sobre este aspecto quedó definitivamente zanjada en la Constitución de 1999, cuyo artículo 113 reputa contrarios a los principios fundamentales de la Constitución cualquier acto, actividad, conducta o acuerdo de los particulares que tengan por objeto el establecimiento de un monopolio o que conduzcan, de cualquier manera, a su existencia. Se prohíbe además, el abuso de la posición de dominio. Finalmente, y esto es relevante a los fines de nuestra investigación, se emplaza al Estado para adoptar cualquier medida contra estos actos o acuerdos, debiendo asegurar, además, las condiciones efectivas de competencia en la economía. La bondad de la norma parece innegable: garantiza la libre competencia y se encomienda a los poderes públicos su protección y defensa. Así aparece ratificado en el artículo 299, que prevé la libre competencia como uno de los principios socioeconómicos del Estado”. (p.529).

Asimismo es importante destacar que la base de naturaleza jurídica de los instrumentos normativos que integran el régimen jurídico de los procedimientos autorizatorios para operaciones de concentración económica en el sistema de libre competencia en Venezuela tiene una profunda base constitucional. Es así como la disposición Transitoria Decimoctava de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece:

“A los fines de asegurar la vigencia de los principios establecidos en el artículo 113 de esta Constitución, la Asamblea Nacional dictará una ley que establezca, entre otros aspectos, el organismo de supervisión, control y fiscalización que deba asegurar la efectiva aplicación de estos principios y las disposiciones y demás reglas que los desarrollen. La persona que presida o dirija este organismo será designada por el voto de la mayoría de los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional, previo informe favorable de una comisión especial designada de su seno al efecto.

La ley establecerá que los funcionarios o funcionarias de la Administración Pública y los jueces o juezas llamados o llamadas a conocer y decidir las controversias relacionadas con las materias a que se refiere el artículo 113 de esta Constitución, observen, con carácter prioritario y excluyente, los principios allí definidos y se abstengan de aplicar cualquier disposición susceptible de generar efectos contrarios a ellos.

La ley establecerá en las concesiones de servicios públicos, la utilidad para el concesionario o concesionaria y el financiamiento de las inversiones estrictamente vinculadas a la prestación del servicio, incluyendo las mejoras y ampliaciones que la autoridad competente considere razonables y apruebe en cada caso”.

Es por ello que para **Flamarique, F.** (2004), “la disposición Transitoria Decimoctava de la Constitución le otorga rango constitucional al órgano encargado de aplicar la legislación de libre competencia, permitiendo que la Ley que se apruebe para adecuar la legislación a las normas constitucionales mantenga la autonomía establecida en la legislación vigente” (p.377).

Asimismo **Flamarique, F.** (2004), “la Ley Procompetencia prohíbe un conjunto de prácticas restrictivas de la libre competencia. Estas prohibiciones constituyen la parte medular de la Ley, y a través de ellas se garantiza la existencia las condiciones necesarias para que cualquier agente económico tenga completa libertad para entrar y

salir del mercado, y quienes están dentro de él no tengan posibilidad de impedirlo. En tal sentido, las principales prácticas prohibidas son: las prácticas exclusionarias que pretendan impedir u obstaculizar la entrada o permanencia de empresas, productos o servicios en el mercado. El boicoteo. Los acuerdos anticompetitivos tomados en el seno de asociaciones y demás grupos corporativos. Los acuerdos, prácticas concertadas, decisiones y recomendaciones colectivas, entre competidores y entre no competidores. Las concentraciones económicas, cuando a consecuencia de ellas se generen efectos restrictivos sobre la libre competencia o se produzca una situación de dominio en todo o parte del mercado. La fijación del precio de reventa por parte del fabricante al distribuidor y/o al detallista. Los supuestos de abuso de posición de dominio. Los supuestos de competencia desleal.” (p.376).

Por ello **Flamarique, F.** (2004), considera que “la constitucionalidad de estas prohibiciones ha sido reafirmada con la Constitución de 1999, que declara contrario a los principios fundamentales de la Constitución, los monopolios y los actos que puedan conducir a su creación, las situaciones de abuso de posición dominante y de demandas concentradas” (p.377).

Asimismo **Ortiz, L.** (2001), “estando establecido, tanto en la Constitución de 1961 como en la nueva Constitución de 1999, un sistema de economía social de mercado en la cual la libertad económica y la competencia deben existir pero de forma controlada por el Estado y habiendo demostrado la experiencia en los ordenamientos extranjeros

que no basta con una liberalización generalizada del mercado, con una desregulación sistemática, para poder esperar que el mercado como tal se constituya con todas virtualidades potenciales siendo preciso defender este mercado de las agresiones que los agentes económicos, por lo que la política de competencia y la legislación antimonopolio que la sustenta, son un complemento fundamental para una economía de mercado pues el mercado puede fallar, lo que dicho de otra forma significa que ciertamente hay que proteger la competencia contra ella misma ya que la competencia puede matar a la competencia, es por todo lo cual no debe llamar a dudas que también en nuestro país, al igual que en muchos otros países americanos, exista y persista una normativa especial que regule la materia de la libre competencia” (p.17).

Para **Ortiz, L.** (2001), “la Ley Pro-Competencia representa una herramienta efectiva para preservar el ejercicio del derecho a la libertad económica, y a los efectos de concretizar esta normativa la Superintendencia Pro-Competencia tiene el poder-deber de adoptar todas las medidas que sean necesarias para evitar que las empresas actúen de tal manera que generen efectos negativos o indeseados sobre el mercado para sus propios beneficios, perjudicando el equilibrio del sistema económico nacional y al conjunto de administrados” (p.22).

## **Control Judicial**

Sobre este tema es importante señalar que la Superintendencia para la promoción y Protección de la Libre Competencia en los procedimientos de evaluación de concentraciones económicas, en ejercicio de las potestades administrativas de protección del mercado, primordialmente se concretizan a través de actos administrativos.

En todo caso, es importante señalar que cuando en el procedimiento están involucrados dos o más particulares interesados y cuando se trata de imposiciones de condiciones u obligaciones determinadas, así como dictaminar que una operación de concentración económica es restrictiva de la libre competencia, produzca o refuerce una posición de dominio en el mercado, podría afirmarse que los actos dictados por la Superintendencia puede tener igualmente una incidencia a nivel del control judicial ejercido por los tribunales.

Asimismo tales actos están provistos de ejecutividad pudiendo éstos modificar el ordenamiento jurídico e imponer por sí mismos obligaciones a los particulares y , por otra parte, cuestión fundamental, que tales actos están sometidos al control jurisdiccional de los jueces contencioso-administrativos, en términos similares al resto de los actos administrativos dictados por la Administración Pública, incluyendo la

exigencia de una tutela jurisdiccional efectiva, a los efectos de control de legalidad y responsabilidad.

En este sentido, el artículo 53 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia establece el control judicial contencioso administrativo contra las resoluciones de la Superintendencia en estos términos:

“Las resoluciones de la Superintendencia, agotan la vía administrativa y contra ellas sólo podrá interponerse, dentro del término de cuarenta y cinco (45) días continuos, el recurso contencioso-administrativo, de conformidad con la Ley de la materia”.

Sostiene en este sentido **Ortiz, L.** (2001) que “en materia de control de los actos de Procompetencia, existe, un principio de universalidad de control, en el sentido que no hay actuaciones excluidas de control, con independencia de su manifestación en actos formales, inactividad, hechos, etc. En este sentido, resultan procedentes según los casos cualesquiera de los recursos o acciones disponibles en el ordenamiento jurídico” (p.209).

Algunos ejemplos de este control judicial ejercido contra resoluciones de operación de concentración económica podemos encontrar en el caso Pepsicola-Cocacola, Resolución de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia N° SPPLC-0034-96, de fecha 09 de diciembre de 1996, donde la Superintendencia decide que la concentración económica entre Coca-Cola y la la Embotelladora de los Cisneros es contraria al artículo 11 de la Ley Pro-Competencia

en virtud que el índice de concentración (HHI) de la operación aumenta en 100 puntos en todos los mercados geográficos, siendo el índice anterior de 1.800 puntos, en consecuencia, se toman una serie de medidas de reordenación del mercado de refrescos y se imponen multas que sumadas alcanzan una suma de 900 millones de bolívares para la época.

En este sentido, las Embotelladoras y CocaCola, el 23 de enero de 1997 presentaron recurso contencioso administrativo de nulidad contra la Resolución referida. En dicho recurso se alegaban la supuesta presencia de varios vicios de nulidad en la Resolución SPPLC-0032-96, tales como violación de la Constitución, incompetencia manifiesta, falso supuesto en relación a la evaluación de la concentración económica en el mercado de embotellado y distribución de refrescos, así como respecto a la concentración de marcas, ausencia de base legal, inmotivación y vicios de procedimiento.

Para **Ortiz, L.** (2001), “muy probablemente, el caso Pepsicola-CocaCola constituya la batalla más interesante y compleja que haya sido objeto de un procedimiento administrativo ante Procompetencia y de un control judicial jurídico-económico por ante la jurisdicción contencioso administrativa, aun cuando la decisión de fondo que puso fin al mismo (CPCA de fecha 10-12-1998) quedó, en nuestra opinión, muy por debajo de los standards esperados y merecidos” (p.414).

Respecto a este caso la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en el caso Pepsicola-Cocacola en sentencia de fecha 10 de diciembre de 1998 (consultada en original) decidió lo siguiente:

“(…) considera esta Corte que la Resolución impugnada incurrió en el vicio de falso supuesto, al desestimar la desinversión efectuada por COCACOLA respecto de los activos destinados al embotellamiento y distribución de refrescos, bajo el argumento de supuestas deficiencias en el contrato de fideicomiso celebrado con el Banco Mercantil, pues se insiste la desinversión es una situación de hecho que debe apreciarse escudriñando la real y efectiva voluntad del agente económico que la pone en práctica, de desprenderse de los activos desinvertidos y permitir que otros competidores tengan acceso a ellos. (...) Constatado el falso supuesto de hecho, procede la nulidad de la Resolución impugnada, en lo relativo a la declaratoria de violación del artículo 11 de la Ley Procompetencia, así como las sanciones aplicadas y los actos de ejecución subsecuentes contenidos en las Resoluciones Nros. SPPLC/0034-96, SPPLC/018-97 y SPPLC/030-97 de fechas 29 de noviembre de 1996, 21 de julio de 1997 y 25 de noviembre de 1997, respectivamente. Como consecuencia, no cabe pronunciamiento alguno sobre la procedencia o no de la nulidad absoluta de los actos cuestionados en caso de la eventual infracción de dicha norma, puesto que tal infracción no se configura en el presente caso”.

En esta decisión de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 10 de diciembre de 1998, se desestimaron las solicitudes de Pepsicola respecto a la violación de los artículos 5, 6, 7, 10, 13, y 17 de la Ley para promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

Para **Ortiz, L.** (2001), “La sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 10 de diciembre de 1998 dictada en el caso Pepsicola-Cocacola, representa, en nuestro criterio, un paradigma de incorrecto ejercicio de

control judicial en materia de libre competencia y en particular en materia de concentraciones económicas. El adecuado control judicial en esta tipología de casos, debe ser un control judicial pleno, no refrendado, y verdaderamente de fondo, no superficial, todo ello desde la doble perspectiva jurídico-económica, es decir, como el control que debe ejercer un auténtico Tribunal Económico, aun cuando, como es sabido, ello pueda ser complejo y requerir cierta especialización” (p.432).

Asimismo **Ortiz, L.** (2001), “para nosotros no queda duda que la referida sentencia de la Corte Primera de 10-12-98 es un auténtico error judicial, de esos que debilitan el Estado de Derecho y al tema de la libre competencia signo necesario de toda sociedad que pretenda ser moderna, productiva y democrática. El respeto y consolidación judicial de las leyes y algunos principios en materia de libre competencia tendrán, pues, que esperar una nueva oportunidad. En el caso Pepsicola-Cocacola había una de oro, pero se ha dejado pasar”. (p.458).

Sostiene **Ortiz, L.** (2001), sobre el particular que “pensando en el futuro, y con la confianza en que la posición jurisprudencial de la Corte Primera en su sentencia de 10-12-1998 es más bien reflejo de las limitaciones y circunstancias difíciles en las cuales trabaja nuestro Poder Judicial, tenemos la aspiración seria de que, junto con el clamado aumento de magistrados y con la creación de un tribunal especializado en la materia, prontamente se consolide un mejoramiento del control judicial,

necesariamente profundizado en términos jurídico-económicos, de las fusiones y concentraciones económicas en Venezuela” (p.458).

A este respecto no cabe sino señalar que los tribunales contencioso administrativos que ejercen el control judicial sobre los actos administrativos de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia y en especial en la materia de concentraciones económicas deben especializarse profundamente sobre el tema, a fin de dejar desamparado al mercado y por ende al orden público como garante de los principios que se encuentran definidos en el artículo 113 Constitucional.

## CAPITULO IV

### COMISIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES

Notablemente inspirada en la legislación española, la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones supuso la introducción de importantes cambios en el régimen jurídico tradicional de las telecomunicaciones, en este sentido, no sólo fue derogada la Ley de Telecomunicaciones de 1940, sino además la nueva Ley permitió la incorporación de varios elementos en nuestro ordenamiento jurídico dirigidos a la liberalización de este sector, a tono con las corrientes modernas en el derecho comparado y por supuesto con el derecho de la competencia.

Para **Badell, R., y Hernández, J.** (2002), “la liberalización en el ámbito de los servicios públicos de contenido económico, supone ampliar la libertad económica lo cual exige la eliminación de la publicatio o reserva y la introducción de la competencia entre los distintos operadores. De allí que el nuevo modelo de servicio público que surge a consecuencia de la liberalización se caracteriza por estar conformado por actividades sometidas al principio de libertad económica y regidas por el principio de libre competencia” (p.42).

Asimismo afirman **Badell, R y Hernández, J.** (2002), “la libertad de competencia es aquella que permite a todo particular ejercer a su voluntad el comercio de su

escogencia, de iniciar una empresa, continuarla o finalizar su explotación; permite el libre acceso al ejercer cualquier actividad económica. Las telecomunicaciones pasan a registrarse, así, por el principio de libre competencia, lo que supone que la Administración debe favorecer la libertad en el ejercicio de estos servicios” (p.54).

Asimismo **Badell, R., y Hernández, J.** (2002), expresan que “en primer lugar, la libre competencia es el régimen natural en el que se ejercita la libertad de industria y comercio, a que se refiere el artículo 112 constitucional; en segundo término, la libre competencia es un principio de valor constitucional, consagrado como tal en los artículos 113 y 299 de la Constitución. Por último, como habíamos ya señalado, la libre competencia es uno de los principales objetivos de toda liberalización de actividades económicas estratégicas. Por tanto, a pesar del silencio de la Ley en la materia, la libre competencia sí rige el desarrollo de las actividades económicas de telecomunicaciones, más ahora que se ha producido la despublicación de la actividad. Por lo tanto las telecomunicaciones se registrarán por el principio de libre competencia y, en especial por las normas de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia” (p.55).

En este sentido las telecomunicaciones están sometidas al conjunto de principios que propugna la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela tales como: libertad económica e iniciativa privada, derecho de propiedad, prohibición de los monopolios e intervención pública, entre otros.

La liberalización de las telecomunicaciones ha dado virtualidad a esas normas, al introducir la libre competencia en un sector que, tradicionalmente, había sido sometido a situaciones de monopolio. Libre competencia que no supone, en modo alguno, la abstención del Estado. Muy por el contrario, la defensa de la libre competencia exige la intervención de los Poderes Públicos en la economía, tal y como señala el artículo 113 Constitucional.

Para **Díaz, M.** (2000), que “una de las novedades más relevantes sino la más importante de la recién promulgada Ley Orgánica de Telecomunicaciones es la entrada del servicio de telecomunicaciones al mundo del nuevo servicio público o servicio de interés general, caracterizado por la participación de los particulares en la prestación u operación del servicio, con las limitaciones legalmente establecidas, pero en condiciones de libre competencia” (p.232).

En este sentido, la configuración de las telecomunicaciones como actividades de interés general impone su sometimiento a diversos controles por parte de la Administración. En este sentido se pueden distinguir dos niveles: el Ministerio del Poder Popular para las Telecomunicaciones e Informática, (antes Ministerio de Infraestructura) en el ámbito central, a quien le corresponde la adopción de las políticas del sector y la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), como ente descentralizado organizado bajo la forma de instituto autónomo, al que se le asigna el cumplimiento de las políticas dictadas por el referido despacho Ministerial.

## Naturaleza Jurídica

Para **Badell, R., y Hernández, J.** (2002), según “la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, la Administración Pública en materia de Telecomunicaciones comprende dos niveles distintos: (i) el Ministerio de Infraestructura, que es el órgano rector de las Telecomunicaciones y como tal le corresponde establecer las políticas, planes y normas generales que han de aplicarse en el sector de las telecomunicaciones, de conformidad con esta Ley en concordancia con los planes nacionales de desarrollo que establezca el Ejecutivo Nacional. En el ámbito descentralizado (ii) encontramos a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), la cual, según el artículo 35, es un instituto autónomo, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio e independiente del Fisco Nacional, con autonomía técnica, financiera, organizativa y administrativa de conformidad con esta Ley y demás disposiciones aplicables, CONATEL estará adscrito, según la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, al Ministerio de Infraestructura a los efectos del control de tutela administrativa” (p.183).

Dentro de este marco, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (2000), en su artículo 35, señala que la naturaleza jurídica de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones es un instituto autónomo en los términos que siguen:

“La Comisión Nacional de Telecomunicaciones es un instituto autónomo, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio e independiente del Fisco Nacional, con autonomía técnica, financiera, organizativa y administrativa de conformidad con esta Ley y demás disposiciones aplicables. La Comisión Nacional de

Telecomunicaciones estará adscrita al Ministerio de Infraestructura a los efectos del control de tutela administrativa”

Es importante destacar en este punto, que actualmente quien ejerce el control de tutela administrativa sobre la Comisión Nacional de Telecomunicaciones es el recién creado Ministerio del Poder Popular para las Telecomunicaciones e Informática.

A este respecto **Lares, E.** (2001), señala que los institutos autónomos son “entidades creadas directamente por actos del poder público, dotadas de personalidad jurídica y patrimonio propio, que tienen por objeto la gestión de servicios públicos o la realización de actividades administrativas, financieras, industriales y comerciales” (p.513).

Para **Caballero, J.** (1995), los institutos autónomos son “personas jurídicas de derecho público que tienen la potestad de dictar actos administrativos. Los actos administrativos que pueden dictar los institutos autónomos pueden ser particulares o reglamentarios” (211).

Ha dicho **Badell, R., y Hernández, J.** (2002), que “CONATEL no es, por tanto, una Administración independiente, pues se encuentra adscrita a la Administración Pública Nacional Central, lo que supone el control de tutela del Gobierno sobre CONATEL. Además, es a la Administración Central a quien compete el diseño de la política de telecomunicaciones, la cual será ejecutada luego por CONATEL, quien se configura

como ente instrumental de la Administración Central. La mención que la nueva Ley hace a la autonomía de CONATEL se refiere, por tanto, a la limitada autonomía funcional que informa la actuación de todos los institutos autónomos” (p.183).

Asimismo **Badell R, y Hernández, J.** (2002), han señalado que “en nuestra opinión, es positivo que la Ley Orgánica de Telecomunicaciones no haya consagrado la figura de las llamadas Administraciones Independientes, dada su escasa cobertura constitucional. Nada impedía, sin embargo, que CONATEL fuese consagrado como un organismo típicamente administrativo, con funciones de control, inspección, supervisión y sancionadoras, pero con mayor autonomía funcional respecto a la Administración Central. Ello hubiera sido incluso favorable, a fin de afianzar los principios sobre los cuales se basa la liberalización. Lo recomendable hubiera sido, por tanto, que CONATEL se configurara como un organismo administrativo sin vinculación de tutela respecto a la Administración Central” (p.183).

En nuestra opinión, la intención de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (2000), fue atribuir a la Administración Central competencias para sancionar los planes, políticas y decisiones generales en el sector. Dentro de este marco es que la Comisión Nacional de Telecomunicaciones puede desplegar sus atribuciones, de lo cual se desprende que, las funciones que este instituto autónomo ha de desarrollar dentro de su autonomía funcional, quedan sujetas a lo que disponga la Administración Central.

Para **Badell, R. y Hernández, J.** (2002), “es la adscripción la que permite que CONATEL, como instituto autónomo, esté vinculado permanentemente a la Administración Central, quien ejerce una posición de supremacía sobre la ordenación y disciplina del sector de las telecomunicaciones. Por tanto, en la nueva ordenación de las telecomunicaciones, CONATEL ha sido configurado como un instituto autónomo que actúa sobre la base de una autonomía funcional considerablemente reducida” (p.186).

### **Competencias**

La relación existente entre la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, como administración de Telecomunicaciones y la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, como administración de defensa de la libre competencia exige la actuación conjunta de ambas administraciones en protección de la libre competencia del sector Telecomunicaciones, lo cual requiere de cierta coordinación para el ejercicio de la competencia de estos órganos.

En este orden, el artículo 37 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones establece las competencias de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, entre las cuales encontramos la siguiente:

“22.Coadyuvar en el fomento y la protección de la libre competencia en el sector, en los términos establecidos en esta Ley”.

Ha dicho **Díaz, M.** (2000), que “la posibilidad de que exista concurrencia y competencia, el juego natural de la oferta y la demanda en la prestación del servicio de telecomunicaciones servicio fácilmente calificable como vital, es un índice revelador de la intención del legislador de adecuar el régimen jurídico de las telecomunicaciones a la necesidad social de favorecer las condiciones de prestación, acceso, uso y comercialización de tan importante servicio y así atender a lo que la doctrina española ha calificado como solidaridad social, concepto que apunta hacia la calidad, presencia y extensión de los servicios, conjuntamente con la asequibilidad de los precios” (p.234).

Dentro de este marco, el principio de libre competencia en materia de telecomunicaciones, encuentra consagración expresa dentro de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (2000), de cuyas normas se colige lo siguiente:

El artículo 1º de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones establece:

“Esta Ley tiene por objeto establecer el marco legal de regulación general de las telecomunicaciones, a fin de garantizar el derecho humano de las personas a la comunicación y a la realización de las actividades económicas de telecomunicaciones necesarias para lograrlo, sin más limitaciones que las derivadas de la Constitución y las leyes. Se excluye del objeto de esta Ley la regulación del contenido de las transmisiones y comunicaciones cursadas a través de los distintos medios de telecomunicaciones, la cual se regirá por las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias correspondientes”.

Este artículo además de garantizar el derecho humano de las personas a la comunicación, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones tiene por objeto establecer el marco legal para garantizar el derecho humano de las personas a la realización de las actividades económicas necesarias para lograr el ejercicio del derecho a la comunicación, sin más limitaciones que las derivadas de la Constitución y las leyes.

El texto del artículo 2.3) establece los objetivos generales de la Ley en especial:

“3.Procurar condiciones de competencia entre los operadores de servicios”.

En este sentido, el artículo 14.2 de la Ley establece:

“Los operadores de servicios de telecomunicaciones, debidamente acreditados, tienen los derechos siguientes:

2.A participar, con el carácter de oferentes, en procesos de selección para la obtención de la habilitación administrativa o concesión para el uso y explotación del espectro radioeléctrico, con las limitaciones derivadas de esta Ley y sus reglamentos, de los planes de Telecomunicaciones o del mantenimiento de la competencia, según las decisiones o recomendaciones que al efecto pueda dictar la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Los participantes en estos procesos lo harán en igualdad de condiciones”.

A este respecto se debe comentar que uno de los objetivos generales de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, es procurar que existan condiciones de competencia entre los operadores de los servicios de telecomunicaciones, quienes a su vez, tienen el derecho expresamente consagrado, de participar como oferentes, en igualdad de

condiciones, en los procesos de selección para la obtención de la habilitación administrativa o concesión para el uso y explotación del espectro radioeléctrico.

El artículo 15.4 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones establece:

“Los operadores de servicios de telecomunicaciones, debidamente acreditados, tienen los deberes siguientes:  
4. Actuar bajo esquemas de competencia leal y libre, de conformidad con la Ley”.

Este artículo en su numeral 4) establece como expresa limitación a la libertad de concurrencia y competencia de los operadores de los servicios de telecomunicaciones, el actuar bajo esquemas de competencia leal y libre, para así garantizar condiciones efectivas de competencia en el sector.

El artículo 129 de la Ley en referencia establece lo siguiente:

“En caso de que una parte se niegue a permitir el acceso y la utilización de una vía general de telecomunicaciones o se abstenga de emitir un pronunciamiento al respecto en el plazo que establezca el reglamento de esta Ley, la otra parte podrá solicitar a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones que previa audiencia de los interesados, se pronuncie al respecto, oída la opinión de la Superintendencia para la Promoción y protección de la Libre Competencia. En su decisión la Comisión Nacional de Telecomunicaciones declarará de ser procedente, la insustituibilidad de la vía general de telecomunicación y consecuentemente la ejecución forzosa de la obligación de permitir el acceso y la utilización, en los términos y condiciones fijados al efecto.  
La decisión de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones deberá producirse en un lapso no mayor a treinta días continuos contados a partir del recibo de la solicitud, prorrogable por igual período si la complejidad del asunto sometido a su consideración así lo amerite y lo declare por acto expreso”.

Este artículo recoge la facultad de que la Comisión Nacional de Telecomunicaciones oída previa opinión de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia declare de ser procedente la insustituibilidad de una vía general de telecomunicación.

El artículo 145 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones regula lo relativo a los precios en los términos que siguen:

“Los prestadores de servicios de telecomunicaciones fijaran libremente sus precios, salvo por lo que respecta a los servicios prestados en función de una obligación de Servicio Universal. En tales casos, el operador respectivo someterá de inmediato a la consideración de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, su propuesta de tarifa mínima y máxima, las cuales entrarán en vigencia una vez aprobadas por la Comisión y publicadas en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.

Cuando exista posición de dominio por parte de una o más empresas, derivada de la existencia de carteles, monopolios, oligopolios u otras formas de dominio de mercado, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones podrá determinar las tarifas mínimas y máximas a las que quedarán sujetas las empresas, oída la recomendación que al efecto haga la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, las cuales estarán vigentes hasta que existan condiciones que permitan la competencia efectiva en ese mercado. La determinación de la existencia de posición de dominio a la que se refiere este artículo, así como la evaluación acerca del cese de sus efectos en el mercado, corresponde a la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia”.

Este artículo consagra la libertad en la fijación de los precios de los servicios de telecomunicaciones, por parte de sus prestadores u operadores, salvo que se trate de prestaciones vinculadas al servicio universal.

Asimismo, este artículo establece la facultad de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones para determinar las tarifas mínimas y máximas a las que quedarán sujetas las empresas, en los supuestos de existencia de posición de dominio, bajo la forma de carteles, monopolios, oligopolios u otras formas de posición dominante en el mercado. En estos casos, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones debe oír la opinión emitida por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, la cual es competente para determinar la existencia de la posición de dominio, así como el cese de sus efectos en el mercado de las telecomunicaciones.

En este orden, el artículo 146 de la Ley consagra lo relativo a los subsidios cruzados en los términos que siguen:

“Se prohíben los subsidios cruzados entre los diferentes servicios que proporcione un mismo prestador, así como los subsidios entre servicios prestados a través de empresas subsidiarias, filiales o vinculadas entre sí. Para la determinación de vinculación entre empresas, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones seguirá los parámetros que al efecto establece la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia”.

En este artículo se regula lo relativo a los subsidios cruzados entre los diferentes servicios prestados por un mismo operador, o entre empresas subsidiarias, filiales o vinculadas entre sí, constituyen una práctica anticompetitiva, expresamente prohibida por la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. En este sentido, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones es el organismo competente para determinar la vinculación entre

las empresas, a cuyos efectos debe seguir los parámetros establecidos en la Ley para Promover y proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

El artículo 195 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, establece lo relativo a las concentraciones económicas en materia de telecomunicaciones en estos términos:

“La suscripción de un acuerdo de fusión entre empresas operadoras de telecomunicaciones, la adquisición total o parcial de estas empresas por otras empresas operadoras, así como su escisión, transformación o la creación de filiales que exploten servicios de telecomunicaciones, cuando impliquen un cambio en el control sobre las mismas, deberán someterse a la aprobación de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones para que tales operaciones adquieran eficacia. A tales efectos, los interesados remitirán a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones copia de los documentos correspondientes, dentro de los diez días siguientes a la realización de la operación.

La Comisión Nacional de Telecomunicaciones sólo aprobará las operaciones a que se refiere este artículo cuando medie opinión favorable de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia.

El acto administrativo mediante el cual no se apruebe la realización de la operación deberá expresar con toda claridad los fundamentos del mismo y si fuere el caso, hacer las recomendaciones pertinentes. El acto de rechazo impedirá en forma definitiva la ejecución de la operación en la forma pautada, salvo que los interesados acojan las observaciones o recomendaciones formuladas por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, o el acto administrativo de rechazo sea anulado por decisión definitivamente firme”.

Este artículo consagra las modalidades de operación de concentración económica que deben someterse a la aprobación de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones y señala que la Comisión sólo aprobará aquellas cuando medie opinión favorable de la

Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, esta opinión es de carácter vinculante a los efectos de la aprobación de la operación.

El texto del artículo 196 de la Ley en referencia establece lo siguiente:

“Quien solicite a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones la incorporación como atributos concretos de su habilitación administrativa, determinadas prestaciones para ofrecerlas al público, deberán expresar en el proyecto respectivo, bajo juramento, si alguna empresa vinculada a ella presta el mismo servicio o servicios semejantes. En tales casos, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones solicitará la opinión de la Superintendencia para la promoción y Protección de la Libre Competencia, sobre los efectos que el otorgamiento del atributo solicitado pudiera tener en el mercado, previa audiencia de los interesados. Al respecto, se tendrá en cuenta la condición de empresas vinculadas de conformidad con las disposiciones de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

Sin perjuicio del resto de sus potestades, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones se abstendrá de aprobar el proyecto respectivo si la opinión de la Superintendencia resulta desfavorable”.

En este artículo se condiciona la aprobación de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, sobre los efectos que el otorgamiento del atributo solicitado pudiera tener sobre el mercado, a la opinión que emita la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia.

El artículo 197 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones establece lo siguiente:

“Los operadores de telecomunicaciones podrán alquilar circuitos o revender capacidad en sus sistemas, siempre que lo hagan en términos transparentes y en condiciones no discriminatorias ni lesivas de la Libre Competencia. En ningún caso, las operaciones señaladas en este

artículo podrán hacerse en detrimento de la calidad de los servicios o de los derechos de los usuarios”.

Este artículo consagra el principio de igualdad de trato que deben tener los operadores de telecomunicaciones respecto a las operaciones señaladas en él.

El texto del artículo 203 de la ley en referencia señala:

“En los reglamentos de esta Ley podrá preverse la obligación de que las operadoras de telecomunicaciones separen su contabilidad por servicios, a fin de garantizar la transparencia en sus operaciones y permitir el eficaz control por parte de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones y por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, de conformidad con las normas que al efecto se establezcan”.

Esta norma permite a través de la potestad reglamentaria prever la obligación a los operadores de telecomunicaciones a fin de garantizar la transparencia de sus operaciones y permitir ejercer de manera plena el control por parte de la Superintendencia de sus actividades para así detectar presuntas prácticas anticompetitivas.

Establece el artículo 214 de la Ley en referencia sobre la evolución y comportamiento de los mercados lo siguiente:

“Con el objeto de analizar la evolución y comportamiento de los mercados de telecomunicaciones con posterioridad a la entrada en vigencia de esta Ley, y sin perjuicio de ajustarlos a las nuevas realidades cuando resulte conveniente, los mecanismos tarifarios existentes en la actualidad permanecerán en vigencia dentro del año

siguiente a la publicación de la presente Ley en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.

Quedan exceptuadas de este límite temporal las disposiciones especiales que en materia del régimen tarifario se establezcan en el Reglamento de Apertura de Telefonía Básica, las cuales se aplicarán con preferencia al lapso previsto en este artículo y se mantendrán mientras no se produzca una competencia efectiva en el mercado relevante respectivo, determinada por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia.

La Comisión Nacional de Telecomunicaciones y la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia suscribirán un Convenio Interadministrativo en el que se establezcan los mecanismos para monitorear y seguir el comportamiento del mercado de las telecomunicaciones”.

Este artículo faculta a la Superintendencia para determinar la competencia efectiva y establece los mecanismos para que esta y la Comisión Nacional de Telecomunicaciones para monitorear el mercado de las telecomunicaciones.

El dispositivo normativo establecido en el artículo 222 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones señala:

“Ninguna empresa distinta a la concesionaria actual de telefonía básica podrá prestar dicho servicio antes del 28 de noviembre del año 2000, día siguiente a la fecha en la que cesa la concurrencia limitada existente, de conformidad con el respectivo contrato de concesión.

A partir de la publicación de la presente Ley en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela y hasta el 28 de noviembre del año 2002, ninguna empresa operadora de telefonía o empresas vinculadas a éstas, existentes en el país antes de la entrada en vigencia de esta Ley, podrá directa o indirectamente adquirir, controlar o fusionarse con empresas operadoras del servicio de televisión por suscripción, existentes en el país antes de la entrada en vigencia de esta Ley y viceversa. Asimismo, durante dicho lapso tales empresas no podrán entre sí constituir consorcios, empresas conjuntas o cualquier otra forma de asociación para la prestación de dichos servicios.

Sin perjuicio de las disposiciones generales en materia de concentraciones económicas previstas en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia y sus reglamentos, no se aplicarán las prohibiciones establecidas en el párrafo anterior, cuando las operaciones a las que se refiere dicho párrafo se den entre empresas operadoras de telefonía o entre empresas operadoras de televisión por suscripción”.

Este artículo consagra una prohibición en materia de concentraciones económicas en el sector hasta la publicación de la presente Ley en la Gaceta Oficial.

En los aspectos antes señalados, ha sido legalmente consagrado el principio de la libre competencia en el ámbito de las telecomunicaciones explotadas y desarrolladas en el territorio nacional. Aún cuando la Ley orgánica de Telecomunicaciones no prohíbe expresamente las conductas anticompetitivas tipificadas en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia consideramos incuestionable que las prohibiciones generales y particulares contenidas en la referida Ley, resultan perfectamente trasladables al mercado de los servicios de las telecomunicaciones, tanto por el ámbito de aplicación de dicha Ley, como por la consagración expresa del principio de la libre competencia en el propio texto de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Ahora bien, afirmado **Díaz, M.** (2000), que “siendo la libre competencia una manifestación y una garantía del derecho a la libertad económica, sin más limitaciones que las establecidas en la Constitución y en las leyes, por razones de desarrollo

humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social, es decir, por razones de orden público; es fácil advertir que el ejercicio de la libre competencia está sujeto a las limitaciones impuestas tanto por la ley que rige la materia (poder de policía), como por la intervención del Estado para la protección del mercado, a través de prohibiciones, limitaciones y consiguientes sanciones de potestades de policía” (p.240).

En este sentido sostiene **Díaz, M.** (2000), que “las actividades y facultades de control, a través de las cuales deben concretarse las potestades de policía otorgadas por la Ley Orgánica de Telecomunicaciones a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones y a la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, a los fines de garantizar la libre competencia en el ámbito de las telecomunicaciones, puede resumirse como sigue:

1)La Comisión Nacional de Telecomunicaciones está facultada para determinar las tarifas mínimas y máximas a las que quedarán sujetas las empresas, cuando exista posición de dominio por parte de una o más empresas, derivada de la existencia de carteles, monopolios, oligopolios u otra forma de dominio, para lo cual, deberá oír la recomendación emitida al efecto, por la Superintendencia para la promoción y Protección de la Libre Competencia.

Las tarifas establecidas en estos casos, estarán vigentes hasta tanto no concurren condiciones que permitan la competencia efectiva en el mercado en el cual exista la posición de dominio.

2)La Superintendencia para la promoción y Protección de la Libre Competencia está facultada para determinar la existencia de posiciones de dominio en el mercado de telecomunicaciones, así como para realizar la evaluación acerca del cese de los efectos de la posición dominante en el mercado.

3)La Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia puede dictar decisiones o recomendaciones relativas a los procesos de selección de los oferentes, para la obtención de la habilitación administrativa o concesión para el uso y explotación del espectro radioeléctrico.

4)La Comisión Nacional de Telecomunicaciones tiene la facultad de informar a la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia sobre cualquier hecho que pudiera ser violatorio de disposiciones de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia o sus Reglamentos, aportándole todos los elementos que coadyuven al conocimiento de la situación, a los fines de que ésta ejerza las funciones que le competen.

5)La Comisión Nacional de Telecomunicaciones puede someter a la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, las consultas que considere convenientes. En este sentido, ambos organismos pueden celebrar convenios para establecer los términos, condiciones y mecanismos de colaboración entre ambos, para el cumplimiento de los fines de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

6)La Comisión Nacional de Telecomunicaciones tiene el deber de cuantificar, planificar, revisar y ampliar, de manera periódica, las obligaciones de Servicio Universal en función de la satisfacción de las necesidades de telecomunicaciones y el

desarrollo del mercado. Para este fin, debe solicitar la participación de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia a fin de evitar distorsiones en el mercado de las telecomunicaciones. En todo caso, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones no podrá desmejorar los derechos de los usuarios garantizados por las obligaciones que constituyen el Servicio Universal.

7) La Comisión Nacional de Telecomunicaciones es competente para pronunciarse, a solicitud de parte y previa audiencia de los interesados, sobre aquellos casos en los que una parte se niegue a permitir el acceso y la utilización de una vía general de telecomunicación o se abstenga de emitir un pronunciamiento al respecto en el plazo que establezca el reglamento de esta Ley, para lo cual debe oír la opinión de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia.

En caso de ser procedente, CONATEL declarará la insustituibilidad de la vía general de telecomunicación y consecuentemente, la ejecución forzosa de la obligación de permitir el acceso y la utilización del servicio, en los términos y condiciones fijados al efecto.

8) La Comisión Nacional de Telecomunicaciones tiene la facultad para la suscripción de acuerdos de fusión entre empresas operadoras de telecomunicaciones, la adquisición total o parcial de estas empresas por otras empresas operadoras, así como su escisión, transformación o la creación de filiales que exploten servicios de telecomunicaciones, cuando impliquen un cambio en el control sobre las mismas, sin cuyo pronunciamiento tales cambios no adquieren eficacia.

La aprobación de dichas operaciones por parte de CONATEL, está supeditada a la existencia de una opinión favorable emitida por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia.

En este sentido el artículo 195 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones señala que el acto administrativo mediante el cual no se apruebe la realización de la operación deberá expresar con toda claridad los fundamentos del mismo y si fuere el caso, hacer las recomendaciones pertinentes. El acto de rechazo impedirá en forma definitiva la ejecución de la operación en la forma pautada, salvo que los interesados acojan las observaciones o recomendaciones formuladas por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, o el acto administrativo de rechazo sea anulado por decisión definitivamente firme.

9) La Comisión Nacional de Telecomunicaciones debe solicitar la opinión de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, sobre los efectos que pudiera tener en el mercado, la inclusión de nuevas prestaciones en las habilitaciones administrativas previamente otorgadas. En caso de que la opinión de la Superintendencia sea desfavorable, CONATEL debe abstenerse de aprobar el proyecto que haya sometido a su consideración.

10) De conformidad con lo establecido en el artículo 214 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia está facultada para determinar la existencia de competencia efectiva en el mercado relevante de la telefonía básica, a los fines de precisar la vigencia del régimen tarifario que se establezca en el Reglamento de Apertura de Telefonía Básica.

11) La Comisión Nacional de Telecomunicaciones y la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia suscribirán un Convenio Interadministrativo en el que se establezcan los mecanismos para monitorear y seguir el comportamiento del mercado de las telecomunicaciones.

De esta manera, queda evidenciado, que las actividades de policía atinentes al ejercicio de la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, corresponden a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones y a la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, conforme a las normas contenidas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, y a las que podrían establecerse en los reglamentos de dicha Ley, de acuerdo a las disposiciones anteriores.

Así puede colegirse del artículo 203 de dicho texto legal, según el cual, “en los reglamentos de esta Ley podrá preverse la obligación de que las operadoras de telecomunicaciones separen su contabilidad por servicios, a fin de garantizar la transparencia en sus operaciones y permitir el eficaz control por parte de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones y por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, de conformidad con las normas que al efecto se establezcan” (p.240).

Dentro de este marco, el texto del artículo 37 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones establece el régimen de competencias de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones y específicamente la contenida en el numeral 22 determina que la Comisión debe coadyuvar en el fomento y la protección de la libre competencia en

el sector, en los términos establecidos en la Ley como ya ha sido explicado anteriormente.

En este sentido, el Diccionario de la Lengua Española (1992), define el término coadyuvar como “contribuir, asistir o ayudar a la consecución de alguna cosa”.

Es por ello, que la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, la cual crea a la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, organismo administrativo, sin personalidad jurídica, con autonomía funcional, desconcentrado y actualmente adscrito al Ministerio del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio se le encargó la tarea de investigar y sancionar las prácticas que restrinjan la libre competencia, de conformidad con las disposiciones establecidas en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

Es por esta razón que la competencia que tiene la Comisión Nacional de Telecomunicaciones en materia de libre competencia es únicamente la de coadyuvar o como se definió antes, la de asistir al órgano especial en la materia, en el caso bajo estudio, la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia a la consecución del fomento o protección de la libre competencia en el sector de las telecomunicaciones.

## **Principios de organización administrativa relacionados con la libre competencia**

Como se ha descrito antes, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones posee competencias en materia de protección y fomento a la libre competencia., siempre y cuando estas no colidan con las atribuciones asignadas a la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre competencia, visto que el limite que tiene la Comisión Nacional de Telecomunicaciones respecto a la materia de libre competencia es únicamente la de coadyuvar con el órgano especial de la materia.

A este respecto señala **Badell, R., y Herández J.** (2002, que:

“la libre competencia es, uno de los objetivos de la reforma del régimen derivado de la Ley de Telecomunicaciones. Ello implica, por una parte, la aplicación material de los supuestos contenidos en la Ley Procompetencia en cuanto a las prácticas restrictivas de la libre competencia, y por la otra, la atribución a la Administración de potestades para controlar el respeto a ese principio” (p.199).

Dentro de este marco, el texto del artículo 48 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (2000), señala lo siguiente:

“en los casos en que la Comisión Nacional de Telecomunicaciones tenga conocimiento de aún hecho que pudiera ser violatorio de disposiciones de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia o sus Reglamentos, lo informará a la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia aportándole todos los elementos que coadyuven al conocimiento de la situación, a los fines de que ésta ejerza las

funciones que le competen. Asimismo, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones podrá someter a la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia las consultas que considere convenientes.

Los pronunciamientos de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia derivados de las consultas a las que se refiere el presente artículo o en los casos en que los mismos sean necesarios a los efectos de esta Ley, deberán producirse en un lapso no mayor de cuarenta y cinco días. En tal sentido, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones y la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia podrán celebrar convenios para establecer los términos, condiciones y mecanismos de colaboración entre ambos organismos, para el cumplimiento de los fines de esta Ley”.

Asimismo el artículo 162 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (2000), señala al respecto lo siguiente:

“Las infracciones a esta Ley en materia de protección y educación al consumidor y al usuario, así como la relativa a la promoción y Protección de la Libre Competencia, serán sancionadas por las autoridades competentes en dichas áreas, de conformidad con las normas legales que rigen tales materias. La Comisión Nacional de Telecomunicaciones deberá comunicar a las referidas autoridades la existencia de hechos en el área de las telecomunicaciones, cuyo conocimiento pudiera incumbirles según su competencia”.

En este mismo sentido, el artículo 214 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (2000) dispone:

“Con el objeto de analizar la evolución y comportamiento de los mercados de telecomunicaciones con posterioridad a la entrada en vigencia de esta Ley, y sin perjuicio de ajustarlos a las nuevas realidades cuando resulte conveniente, los mecanismos tarifarios existentes en la actualidad permanecerán en vigencia dentro del año siguiente a la publicación de la presente Ley en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.

Quedan exceptuadas de este límite temporal las disposiciones especiales que en materia del régimen tarifario se establezcan en el

Reglamento de Apertura de Telefonía Básica, las cuales se aplicarán con preferencia al lapso previsto en este artículo y se mantendrán mientras no se produzca una competencia efectiva en el mercado relevante respectivo, determinada por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia.

La Comisión Nacional de Telecomunicaciones y la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia suscribirán un Convenio Interadministrativo en el que se establezcan los mecanismos para monitorear y seguir el comportamiento del mercado de las telecomunicaciones”.

De las disposiciones transcritas se colige la garantía y respeto que se debe al principio de competencia que gobierna en los órganos administrativos en estudio, en el ejercicio de sus competencias en el sector de las telecomunicaciones en razón de la especialidad de la materia de la libre competencia.

Es así como el artículo 137 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), garantiza dicho principio en los siguientes términos:

“Esta Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen”.

En esta misma línea el artículo 138 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), señala:

“Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos”.

Por ello, para **Cassagne, J.** (1991), “los principios jurídicos esenciales de la organización administrativa constituyen una consecuencia lógica de cualquier sistema que procure instaurar una organización jurídico pública” (p.183).

Es así como sostiene **Cassagne, J.** (1991), que “si bien el fundamento de la competencia puede hallarse tanto en la idea de eficacia que conlleva la necesidad de distribuir las tareas entre órganos y entes diferenciados como en una garantía para los derechos individuales, cierto es que esta institución se encuentra erigida fundamentalmente para preservar y proteger de una manera objetiva y muchas veces genérica el cumplimiento de las finalidades públicas o de bien común que la Administración persigue.

La competencia puede considerarse desde muchos puntos de vista y su significado ha originado grandes desacuerdos doctrinarios. Ella puede analizarse en su condición de principio jurídico fundamental de toda organización pública del Estado y, también, en su faz dinámica y concreta, como uno de los electos esenciales del acto administrativo.

En el plano de las organizaciones públicas estatales constituye el principio que predetermina, articula y delimita la función administrativa que desarrollan los órganos y las entidades públicas del Estado con personalidad jurídica.

Con otra terminología, la competencia puede ser definida como el conjunto o círculo de atribuciones que corresponden a los órganos y sujetos públicos estatales o bien con un alcance jurídico más depurado, como la aptitud de obrar o legal de un órgano o ente del Estado” (p.188).

Dentro de este contexto **Cassagne, J.** (1991), expresa que “en la doctrina del derecho administrativo suele afirmarse que la competencia se distingue de la capacidad del derecho privado donde constituye la regla o principio general por constituir la excepción a la regla, que es la incompetencia. Es lo que se ha denominado el postulado de la permisión expresa.

Pero la comparación no puede realizarse tratándose de entidades con la capacidad de las personas físicas sino con la correspondiente a las personas jurídicas y, en tal sentido, existe cierta semejanza entre ambas instituciones, en la medida en que sus criterios rectores se encuentren regulados por el principio de la especialidad. La aplicación del principio de la especialidad para la interpretación de los alcances de la competencia de entes y órganos no debe entenderse como un retorno al criterio de la competencia subjetiva. Ello es así, porque la especialidad del órgano de que se trate no va a surgir de su propia voluntad sino de la norma objetiva que establezca las finalidades para las cuales el órgano fue creado, o bien, de su objeto institucional.

De ese modo, el ámbito de libertad del órgano administrativo va a estar acotado por el fin que emana de la norma y no por el que surja de la voluntad del funcionario.

Una vez determinada la especialidad, y dentro de sus límites, la competencia es la regla. Fuera de ello, la competencia es la excepción.

Este principio de la especialidad, que supera la necesidad de que la competencia esté expresa o razonablemente implícita en una norma, no se verifica respecto de la materia sancionatoria. En ella prevalecen los principios del derecho penal *nullum crimen nulla*

poena sine lege, la tipicidad y las garantías sustantivas y adjetivas no rigiendo la analogía ni la interpretación extensiva.

Sin embargo, el principio de la especialidad no desplaza la posibilidad de que la aptitud del órgano o ente surja, en forma expresa o implícita, de una norma completa atributiva de competencia y ello es deseable en cuanto reduce el margen de actuación discrecional de la Administración, brindando mayores garantías a los administrados.

Pero la especialidad sigue siendo siempre la regla ya que la finalidad puede surgir no sólo de una norma completa sino también de un principio de normación o de un principio general del derecho.

Con todo existe una diferencia fundamental entre capacidad y competencia, pues, mientras el ejercicio de la primera cae dentro del arbitrio de su titular, el ejercicio de la competencia puede ser obligatorio” (p.188).

En este sentido, señala **Morell, L.** (1998), que “la competencia administrativa puede ser entendida como la específica aptitud, conferida por el ordenamiento a cada ente administrativo, para actuar con eficacia jurídica. Los entes administrativos no pueden actuar en el marco de actividad que les ha sido asignado sin la previa habilitación para hacerlo, conferida por el propio ordenamiento.

La competencia, pues, alude, sobre todo a un problema de legitimación para actuar, a favor de un sujeto administrativo, aunque la expresión se emplee también en otras dimensiones conceptuales. En tanto la capacidad es una aptitud genérica, la

competencia, situada en el plano lógicamente subsiguiente, proporciona al sujeto una aptitud específica para actuar” (p.145).

Es así como debe partirse del principio según el cual corresponde a la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia la competencia del control de la libre competencia en el sector de las telecomunicaciones, debiendo la Comisión Nacional de Telecomunicaciones únicamente auxiliar o coadyuvar con la Superintendencia en la materia de libre competencia, donde en nuestra opinión no puede la Comisión Nacional de Telecomunicaciones subrogarse las atribuciones conferidas a la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 113 y en la Disposición Transitoria Decimoctava de la Constitución, así como en la Ley especial que rige sus funciones.

Dentro de este marco los artículos 48, 162 y 214 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (2000), son categóricos al establecer el principio de la competencia de a quien corresponde velar por el control de la libre competencia en el sector telecomunicaciones, pero además se consagran los principios de coordinación y cooperación institucional para garantizar así ese correcto auxilio que la Comisión Nacional de Telecomunicaciones le debe a la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, principios estos de organización administrativa

que consolidan la base de la competencia contenida en el artículo 37 numeral 22 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

A este respecto se puede señalar que la coordinación será un criterio o criterios con que se actúa en el seno de las organizaciones, este criterio se hace presente cuando se realizan actuaciones plurales, es decir, a cargo de dos o más sujetos; esos sujetos y actividades parten de un objetivo común, de modo que sólo mediante la integración de los comportamientos en un conjunto puede lograrse el resultado previsto o una mayor eficacia.

Señala **Morell, L.** (1998), que “la noción de coordinación pasa por ser una de las más difíciles de aislar, en las teorías de la organización. El supuesto de hecho que contempla es, en principio, el mismo que fundamenta estas y otras relaciones interadministrativas, en general, una situación de concurrencia de intereses públicos, confiados a entidades administrativas diferentes, pudiendo evitarse la contraposición entre ellos y accediéndose a su satisfacción en actuaciones paralelas o complementarias. La concurrencia de intereses no impide que cada una de las entidades concurrentes actúe su propia competencia, asuma por sí misma la consecución del propio interés.

La coordinación implica transformar la interdependencia fáctica en una situación de interdependencia jurídica, y ello, para que pueda alcanzarse un ahorro de medios, un mejor resultado, y sobre todo un resultado nuevo y distinto. La coordinación persigue

la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirán o dificultarán la realidad misma del sistema. La coordinación es, por ello, un principio o técnica de relación que se caracteriza por el elemento resultado” (p.257).

Para **Parejo, L., Jiménez, A., y Ortega L.** (1992), “cuando hablamos de coordinación interadministrativa nos estamos refiriendo a los mecanismos que actúan sobre el conjunto de organizaciones de un ordenamiento general, incluidas, por tanto, las organizaciones de los ordenamientos particulares, de forma que los fines últimos de dicho ordenamiento se puedan ver realizados. Una de las características de los ordenamientos basados en la existencia de otros ordenamientos particulares estriba en que la materialidad de los intereses públicos está encomendada de forma parcial a cada uno de ellos. Las técnicas de coordinación tratan de que este interés público global pueda verse realizado” (p.196).

Ahora bien, junto a la coordinación que debe existir en la materia de libre competencia en el sector de las telecomunicaciones y el esquema de relaciones que la hacen efectiva se sitúan con frecuencia las relaciones basadas en la cooperación.

Para **Morell, L.** (1998), “la cooperación es aquella en que la interdependencia entre los entes públicos puede y debe resolverse mediante el acceso de los unos a la esfera jurídica de los otros, realizando en el entorno de la misma una prestación o

prestaciones en beneficio de su titular. En la cooperación se da, pues, el acceso de un ente a la esfera jurídica de otro; pero, a diferencia de lo que ocurre en las relaciones de control, en las que también se da esa incidencia, la cooperación se caracteriza por la atribución de una cosa o un servicio realizada a favor de un destinatario. En el control, por el contrario, el ente que lo realiza no realiza un acto dispositivo: se limita a evaluar la conducta del controlado y su adecuación al ordenamiento” (p.272).

Para **Parejo, L., Jiménez, A., y Ortega L.** (1992), “la cooperación es la relación que se produce entre dos organizaciones cuando actúan conjuntamente para la resolución de un problema común. Desde la teoría constitucional, el principio de cooperación ha pasado a tener un papel central en la definición del funcionamiento del Estado de las autonomías, porque en él se reflejan, a su vez, los principios de unidad, de autonomía y de solidaridad. Principio de unidad porque se parte de considerar el funcionamiento del ordenamiento constitucional como un problema común de todos los ordenamientos particulares. Principio de autonomía, porque la participación en la acción común parte del libre ejercicio de sus competencias. Principio de solidaridad porque significa aceptar el criterio de la actuación conjunta para la resolución de problemas o la consecución de objetivos.

En este sentido, se puede afirmar que quien coopera está asumiendo determinados contenidos de una competencia que es ajena y va a seguirlo siendo; no ejerce esa

competencia, sino que sirve a la misma. Se da pues, un fenómeno de mediación un sujeto sirve, mediante la aportación de una actividad propia, una competencia ajena.

Asimismo podemos decir, que la titularidad conserva su contenido originario, pero junto al titular se encuentra otro sujeto aportando actividad, gestión para la mejor efectividad de la competencia. En el ámbito competencial, la cooperación constituye ante todo el ejercicio por una entidad de actividades incluidas en la competencia de otra, cuando así lo ha impuesto la ley o lo consiente la entidad titular de dicha competencia.

Es importante destacar que el vínculo puede ser recíproco, de modo que en la actividad de cada sujeto se despliegan sus efectos en el entorno competencial del otro. Ahora bien, la técnica de la cooperación en el derecho administrativo no implica una alteración del régimen de distribución de competencias.

En este sentido, la cooperación encuentra, sin embargo, su más amplia proyección en lo que atañe a los medios técnicos, económicos, el personal necesario para el ejercicio de las competencias. Mediante la cooperación, una entidad atribuye a otra, o ambas mutuamente caso Superintendencia para la promoción y Protección de la Libre Competencia y Comisión Nacional de Telecomunicaciones, con carácter temporal o definitivo, dichos medios a emplear por ella en el desarrollo de su propia actividad.

Para **Badell, R., y Hernández, J.** (2002), “según el artículo 29 de la Ley Procompetencia, corresponde a la Superintendencia la vigilancia y el control de las prácticas que impidan o restrinjan la libre competencia. Procompetencia tiene, entre otras atribuciones, la resolución de las materias relacionadas con la libre competencia; realizar las investigaciones correspondientes para verificar la existencia de prácticas restrictivas a la libre competencia y, en esos supuestos, adoptar las medidas pertinentes para que cesen tales prácticas, y dictar, de ser el caso, las sanciones correspondientes. Todas esas atribuciones son referibles al sector de las telecomunicaciones, por lo que será Procompetencia, y no CONATEL, el órgano encargado de velar por el respeto y mantenimiento de la libre competencia en el sector. Sobre las base de las decisiones que tome Procompetencia, CONATEL podrá adoptar las medidas correspondientes, según la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. En abundancia a lo anterior, hay que tener en cuenta que si bien la Ley Orgánica de Telecomunicaciones tiene rango de ley Orgánica, La Ley Procompetencia, en materia de promoción y protección de la libre competencia, es una ley especial. Como ha señalado ya la jurisprudencia, ante un conflicto entre la Ley Orgánica y la Ley especial, ha de privar ésta última” (p.201).

Sostiene **Badell, R., y Hernández, J.** (2002), que “la extensión del Derecho de la Competencia en el sector de las telecomunicaciones, por expresa regulación de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, supone el entero sometimiento de este sector a la Ley Procompetencia, especialmente en lo que atañe a las prácticas, conductas y acuerdos anticompetitivos. Por tanto, los operadores de telecomunicaciones quedarán

sometidos a la Ley Procompetencia y, también, al control que ejercerá en la materia la Superintendencia. CONATEL tiene, por ello, sólo funciones auxiliares” (p.201).

### **Operaciones de concentración económica sometidas a la aprobación de CONATEL**

El texto del artículo 195 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (2000), señala al respecto lo siguiente:

“La suscripción de un acuerdo de fusión entre empresas operadoras de telecomunicaciones, la adquisición total o parcial de estas empresas por otras empresas operadoras, así como su escisión, transformación o la creación de filiales que exploten servicios de telecomunicaciones, cuando impliquen un cambio en el control sobre las mismas, deberán someterse a la aprobación de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones para que tales operaciones adquieran eficacia. A tales efectos, los interesados remitirán a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones copia de los documentos correspondientes, dentro de los diez días siguientes a la realización de la operación.

La Comisión Nacional de Telecomunicaciones sólo aprobará las operaciones a que se refiere este artículo cuando medie opinión favorable de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia.

El acto administrativo mediante el cual no se apruebe la realización de la operación deberá expresar con toda claridad los fundamentos del mismo y si fuere el caso, hacer las recomendaciones pertinentes. El acto de rechazo impedirá en forma definitiva la ejecución de la operación en la forma pautada, salvo que los interesados acojan las observaciones o recomendaciones formuladas por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, o el acto administrativo de rechazo sea anulado por decisión definitivamente firme”.

Para **Badell, R., y Hernández, J.** (2002), “Se somete así al control de CONATEL las operaciones que se realicen entre empresas de telecomunicaciones y de las cuales derive un cambio de control sobre éstas. De modo que la ejecución de cualquiera de las operaciones enumeradas en el artículo antes transcrito fusiones, adquisición total o parcial de acciones, escisión, transformación o creación de sociedades mercantiles que impliquen un cambio del control existente sobre determinada empresa de telecomunicaciones, requerirá la aprobación de CONATEL” (p.204).

Se puede observar que la técnica administrativa utilizada en el artículo 195 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones es la de aprobación.

A este respecto a dicho **Farrando, I.** (2000), “la aprobación es un acto administrativo de control que actúa ex post es decir, con posterioridad a la emisión del acto controlado y que incide en su perfección, otorgándole validez y eficacia.

El acto que debe ser aprobado después de su emisión por otra autoridad, no es válido ni ejecutivo, mientras dicha aprobación no se produce. La aprobación le otorga eficacia jurídica y fuerza ejecutoria.

Los efectos jurídicos se producen a partir de la fecha del acto aprobatorio ex nunc, y no con retroactividad a la fecha del acto originario. El acto de aprobación es constitutivo, perfectivo de la decisión administrativa, ya que el acto no aprobado no configura un acto administrativo, pues no produce efectos jurídicos.

Como consecuencia del carácter constitutivo del acto de aprobación se desprende que: a) el órgano controlado puede revocar el acto aún imperfecto antes de que se produzca la aprobación; b) al contrario, aprobado el acto se requiere para su revocación la conformidad del órgano superior de control; c) el órgano controlante puede revocar el acto de aprobación con las limitaciones de la estabilidad del acto administrativo; d) como regla general, la responsabilidad recae en el órgano controlante” (p.167).

En este orden, el artículo 195 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (2000), tiene como finalidad proteger la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, pues se establece que la Comisión Nacional de Telecomunicaciones sólo aprobará las operaciones a que se refiere este artículo cuando medie opinión favorable de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Es así como también el artículo referido otorga a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones la potestad de proteger la libre competencia en el sector de las telecomunicaciones, condicionando la aprobación de la operación a la opinión favorable de la Superintendencia.

En tal sentido, la norma dispone que el acto administrativo mediante el cual no se apruebe la realización de la operación deberá expresar con toda claridad los fundamentos del mismo y si fuere el caso hacer las recomendaciones pertinentes. Ese acto impedirá en forma definitiva la ejecución de la operación en la forma pautada, salvo que los interesados acojan las observaciones o recomendaciones formuladas por

la Comisión Nacional de Telecomunicaciones y la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, o el acto administrativo de rechazo sea anulado por decisión judicial.

Por tanto el artículo 195 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (2000), dispone un control posterior en las operaciones de concentración económicas que el mismo identifica, donde el fin último es la protección del sector de telecomunicaciones y la protección de la libre competencia de ese sector.

### **Opinión vinculante de Procompetencia**

El artículo 195 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (2000), es un mecanismo de protección de la libre competencia en el sector de las telecomunicaciones, cuya ejecución esta íntimamente relacionada a los principios contenidos en el artículo 113 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), y al fin teleológico dispuesto en el contenido del artículo 11 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

Por ello, la norma en referencia permite a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones aprobar la operación de concentración económica si media la opinión favorable de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, opinión que será vinculante visto que una vez solicitada su intervención

dicho organismo tiene la obligación de pronunciarse con el objeto de establecer si existe afectación al mercado, donde debe salvaguardar el interés general de los ciudadanos de contar con un mercado libre y eficiente, debiendo para ello hacer su análisis técnico jurídico-económico de la operación y en tal caso evitar aquellas prácticas que pudieran obstruir la competencia con la realización de dicha operación.

En este sentido, han sido consideradas vinculantes por parte de la Comisión nacional de Telecomunicaciones todas las opiniones que ha emitido la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia respecto al artículo 195 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (2000), entre las cuales destacan las más recientes a las cuales se hace referencia de seguidas.

1.Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Caso: Opinión DIGITEL – CANTV Año: 2005. Consultada en Original.

“En fecha 24 de febrero de 2005, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones dirigió comunicación número CJ/000901 a la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia donde solicitó opinión sobre la adquisición de las acciones que poseía TIM INTERNATIONAL N.V. (TIM) en la sociedad mercantil Corporación Digitel, C.A., por parte de la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV).

En este sentido, la Superintendencia pasó a emitir opinión de conformidad con lo establecido en el artículo 195 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en cuanto a los efectos que tendría en el mercado la adquisición de la totalidad de las acciones que posee TIM en la empresa DIGITEL, por parte de la empresa CANTV, en base a las consideraciones jurídicas, técnicas y económicas analizadas.

Al haber analizado la información suministrada por las empresas involucradas, así como los demás documentos, datos, informaciones, declaraciones e inspecciones contenidos en el expediente administrativo llevado por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones en el marco de la presente operación, la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia opinó que no era favorable la aprobación de la adquisición de las acciones que poseía TIM INTERNATIONAL N.V. (TIM) en la sociedad mercantil CORPORACIÓN DIGITEL, C.A., por parte de la COMPAÑÍA ANÓNIMA NACIONAL TELEFONOS DE VENEZUELA (CANTV).

Todo ello, a tenor de lo previsto en el artículo 11 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, señaló Procompetencia que la operación de concentración económica horizontal antes descrita, de llevarse a cabo en los términos presentados por los agentes económicos involucrados, generaría efectos restrictivos sobre la libre competencia, y las eficiencias señaladas por las empresas no sopesarían los efectos restrictivos de la operación.

Asimismo se señaló en la opinión que vistas las posibles prácticas colusorias que podrían presentarse como consecuencia del intercambio de información relevante que se originó como producto de las negociaciones de la operación en cuestión por parte de los agentes económicos involucrados, la Superintendencia realizaría un monitoreo posterior sobre las empresas (CANTV y DIGITEL), en razón al riesgo que existe de producirse posibles conductas anticompetitivas por parte de estas empresas, al tener ambas información sensible que puedan llevar a suscitar efectos anticompetitivos en el mercado.

De conformidad con el artículo 48 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia remitió la opinión a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones. La cual fue acogida por esta y no fue aprobada la operación de concentración económica en cuestión”.

2.Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Caso: Opinión TIM –DIGITEL-TELVENCO Año: 2006. Consultada en Original.

“En fecha 24 de febrero de 2006, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones dirigió comunicación número CJ/000664 a la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia donde solicitó opinión sobre la adquisición por parte de la sociedad mercantil TELVENCO S.A., de la totalidad de las acciones que la sociedad mercantil TIM INTERNATIONAL N.V. (TIM) poseía en la sociedad mercantil Corporación Digitel, C.A., así como de la adquisición por parte de esta última de los fondos de comercio pertenecientes a Infonet Redes de Información, C.A., Digital Celular GSM, C.A y Digicel C.A.; y la cesión de los títulos administrativos de Infonet Redes de Información, C.A y Digital Celular GSM, C.A a favor de Corporación Digitel, C.A.

En este sentido, la Superintendencia pasó a emitir opinión de conformidad con lo establecido en el artículo 195 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en cuanto a los efectos que tendría en el mercado las distintas operaciones mercantiles descritas y que concluirían con la adquisición de la totalidad de las acciones que posee TIM en la empresa DIGITEL, por parte de la empresa TELVENCO, S.A., en base a las consideraciones jurídicas, técnicas y económicas analizadas.

Al haber analizado la información suministrada por las empresas involucradas, así como los demás documentos, datos, informaciones y declaraciones contenidos en el expediente administrativo llevado por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones en el marco de la presente operación, la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia opinó que era favorable la aprobación de la adquisición por parte de la sociedad mercantil TELVENCO S.A., de la totalidad de las acciones que la sociedad mercantil TIM INTERNATIONAL N.V. (TIM) poseía en la sociedad mercantil CORPORACIÓN DIGITEL, C.A., así como de la adquisición por parte de esta última de los fondos de comercio pertenecientes a Infonet Redes de Información, C.A., Digital Celular GSM, C.A y Digicel C.A.; y la cesión de los títulos administrativos de Infonet Redes de Información, C.A y Digital Celular GSM, C.A a favor de Corporación Digitel C.A.

Todo ello, a tenor de lo previsto en el artículo 11 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, señaló Procompetencia que la operación de concentración económica horizontal antes descrita, de llevarse a cabo en los términos

presentados por los agentes económicos involucrados, no generaría efectos restrictivos sobre la libre competencia.

De conformidad con el artículo 48 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia remitió la opinión a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones. La cual fue acogida por esta y fue aprobada la operación de concentración económica en cuestión”.

3.Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Caso: Opinión IMPSAT – GLOBAL CROSSING Año: 2007. Consultada en Original.

“En fecha 21 de febrero de 2007, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones dirigió comunicación número CJ/000111 a la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia donde solicitó opinión sobre el cambio de control indirecto, financiero y gerencial de la sociedad mercantil Telecomunicaciones Impsat, S.A., que pasará de Impsat Fiber Networks Inc, a Global Crossing Limited.

En este sentido, la Superintendencia pasó a emitir opinión de conformidad con lo establecido en el artículo 195 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en cuanto a los efectos que tendría en el mercado la operación de cambio de control indirecto, financiero y gerencial de la sociedad mercantil Telecomunicaciones Impsat, S.A., que pasaría de Impsat Fiber Networks Inc, a Global Limited, en base a las consideraciones jurídicas, técnicas y económicas analizadas.

Al haber analizado la información suministrada por las empresas involucradas, así como los demás documentos, datos e informaciones contenidos en el expediente administrativo llevado por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones en el marco de la presente operación, la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia opinó que era favorable la aprobación de la adquisición por parte de la sociedad mercantil GLOBAL CROSSING LIMITED de la totalidad de las acciones que poseía la sociedad mercantil TELECOMUNICACIONES IMPSAT, S.A. en la sociedad mercantil IMPSAT FIBER NETWORKS, INC.

Todo ello, a tenor de lo previsto en el artículo 11 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, señaló Procompetencia que la operación de concentración económica antes descrita, de llevarse a cabo en los términos presentados por los agentes económicos involucrados, no generaría efectos restrictivos sobre la libre competencia.

De conformidad con el artículo 48 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia remitió la opinión a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones. La cual fue acogida por esta y fue aprobada la operación de concentración económica en cuestión”.

Expuesta la anterior doctrina, de allí que el análisis técnico conforme al cual la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia construye su opinión con carácter vinculante para el sector telecomunicaciones, ésta realiza su estudio de la siguiente forma. Como primer paso, determina el mercado relevante dentro del cual se realizaron las operaciones, mercado cuya determinación dependerá del mercado producto y geográfico. Pero además, y en un segundo paso, se hace necesario el análisis de la competencia efectiva presente en el mercado relevante, para lo cual se aplicarán los parámetros del artículo 16 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (1992). Aspectos como los índices de concentración, son datos que son tomados en cuenta al momento de analizar las operaciones del artículo 195 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (2000).

Todo ello exige que al analizar las operaciones señaladas en el artículo 195 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (2000), y a los fines de determinar su efecto sobre la libre competencia, la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre

Competencia debe adaptar los lineamientos de análisis de la Ley que rige la materia a las especiales condiciones del sector de telecomunicaciones.

**Conveniencia jurídica de que la Comisión Nacional de Telecomunicaciones tramite procedimientos autorizatorios para operaciones de concentración económica**

La primera precisión que se debe realizar en este tema es que la Comisión Nacional de Telecomunicaciones no tramita procedimientos autorizatorios para operaciones de concentración económica, ha mayor abundamiento es importante destacar las diferencias que se han realizado en esta monografía sobre las técnicas de autorización y aprobación y su incidencia en el caso de la evaluación de las operaciones de concentración económica en Venezuela.

A este respecto, es importante señalar que la propia disposición del artículo 195 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones incluye la técnica de la aprobación ya estudiada anteriormente. Es por tanto, que la Comisión Nacional de Telecomunicaciones desarrolla un procedimiento administrativo aprobatorio, en materia de operaciones de concentración económica del sector telecomunicaciones.

Realizada la anterior precisión, y al entrar en el tema de la conveniencia jurídica y económica de que la Comisión Nacional de Telecomunicaciones desarrolle

procedimientos aprobatorios de operación de concentración económica es importante destacar lo que ha seguido se expondrá.

Para **Laguna, J.** (2004), “la regulación de los mercados liberalizados dista de ser una tarea sencilla. El legislador no aplica un molde conocido, sino reglas cuyos resultados, día a día, hay que contrastar. El nuevo marco institucional, de competencia regulada, está todavía en un proceso de prueba y error y hay que ser exquisitamente prudentes al manejarlo. Una regulación inadecuada puede lesionar derechos de los operadores, dificultar la inversión e innovación y, con ello, perjudicar la calidad del servicio” (p.161).

Asimismo **Laguna, J.** (2004), “la liberalización de las telecomunicaciones no ha consistido en la simple proclamación de la libre iniciativa en el sector. Desde el comienzo, los Poderes públicos han tratado de incidir en el mercado y favorecer a los nuevos entrantes. En otros términos, se ha aplicado una concreta política de liberalización, adaptada a las peculiaridades de cada uno de los mercados de telecomunicaciones” (p.161).

Sostiene **Laguna, J.** (2004), “la promoción de la competencia puede exigir la puesta en práctica de medidas específicas que traten de favorecer a los nuevos entrantes en el mercado. Se habla en este sentido de regulación asimétrica, o de medidas de discriminación positiva a favor de los nuevos operadores. Como se sabe, se trata ésta

de una intervención administrativa muy delicada, que pone en juego los derechos de los operadores históricos, la mejora de las infraestructuras y la calidad de los servicios” (p.163).

Ahora bien, en todas partes, existe una tensión entre la regulación sectorial y las normas antimonopolio. La cuestión es si son necesarias reglas específicas que garanticen la competencia, es decir una regulación ex ante o, por el contrario, si basta con la aplicación de las normas generales del derecho de la competencia.

Hay que tener en cuenta que hay países que prescindieron de la regulación sectorial – Nueva Zelanda, hasta el 2001-, o que integraron muchas de las reglas específicas del sector en la normativa general de defensa de la competencia –Australia-.

Para **Laguna, J.** (2004), “en el caso español, más que asegurar la independencia, lo que parece necesario es garantizar la coordinación administrativa y eficacia de la actuación pública, dado el grado de fragmentación de la competencia en materia de telecomunicaciones. A este respecto, la Comisión ya destacó la complejidad de la distribución de competencias en el ordenamiento español: In Spain the wide división of tasks leads to complexity in coordinating regulatory decisions. En particular, se ha denunciado la falta de sintonía entre las prioridades de los órganos administrativos económicos en la fijación de las tarifas (contención de la inflación) y las autoridades sectoriales de telecomunicaciones” (p.176).

En nuestra opinión, el Derecho de la competencia no siempre permite prescindir de la regulación sectorial, que cree una igualdad de oportunidades en mercados que salen del monopolio legal, o con una marcada tendencia oligopólica. En nuestro parecer la aplicación de las normas antimonopolio viene así a complementar la regulación sectorial de telecomunicaciones. De ahí la posibilidad de su aplicación simultánea ejerciendo el principio de la coordinación y la cooperación para garantizar el respeto de las competencias de la autoridad de la competencia y del regulador de las telecomunicaciones.

A nuestro parecer, creemos conveniente la participación de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones como agente colaborador de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia en la evaluación de las operaciones de concentración económica en el sector de las telecomunicaciones, siempre y cuando ambas administraciones trabajen en función del principio de la competencia, la coordinación y colaboración interadministrativa.

## **CAPITULO V**

### **SOLUCIONES LEGALES PARA LA ARMONIZACIÓN Y COORDINACIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE PROCEDIMIENTOS AUTORIZATORIOS PARA OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA EN EL SISTEMA DE LIBRE COMPETENCIA EN VENEZUELA.**

#### **Principios generales del Derecho**

Los principios generales del Derecho forman parte de las fuentes del Derecho y asimismo del Derecho de la competencia, como una función ciertamente supletoria de la norma escrita y la costumbre, pero sin perjuicio, en todo caso, de la informadora del ordenamiento jurídico. Clásicamente se dice que son el aire mismo el que jurídicamente se vive.

Se trata, no obstante, de una categoría conceptualmente muy controvertida. También se ha destacado con todo acierto que es uno de los conceptos más importantes y sobre los que más se ha escrito en la ciencia jurídica, pero que más complicado resulta definir. Con ello ocurre algo semejante a lo que San Agustín decía del tiempo. Todo el mundo sabe lo que es, pero nadie es capaz de explicarlo.

Como una aproximación al concepto podemos decir que se tratan de fórmulas condensatorias de los valores y de los bienes básicos del ordenamiento en su conjunto, justamente los que, por ello, lo organizan, lo articulan animando y dando vida a las instituciones y confiriendo así a aquél sentido de totalidad y de sistema coherente y cerrado carente de lagunas. En modo alguno, no obstante su grado de abstracción y condensación, dejan de ser reglas jurídicas en sentido técnico.

Por ello, para **Parejo, L., Jiménez, A., y Ortega, L.** (1992), “la misma denominación describe su contenido: son principios, aludiéndose así a su condición de piezas arquitecturales del ordenamiento; son también generales, en tanto que trascienden el precepto concreto para organizar, articular y dar sentido a una pluralidad de ellos, a una determinada materia jurídica más o menos amplia; y son, finalmente, del Derecho, porque no están fuera (no son Derecho natural y, menos aún, moral o ética), sino dentro de éste, son reglas estrictamente jurídicas. Despliegan simultáneamente una triple eficacia: heurística, resolviendo los problemas interpretativos que para hallar la solución jurídica correcta surjan en el anejo y la aplicación de las normas y aun de los simples actos; inventiva, dando cobertura al hallazgo de reglas y soluciones nuevas; y organizativa, ordenando las normas y los actos heterogéneos y aun discrepantes. Y esta función, con tal triple eficacia, asegura además, al ordenamiento jurídico la necesaria flexibilidad para, en su dinámica, adaptarse a las circunstancias diversas y a la evolución social. En este sentido son normas de segundo grado”.

Por su parte **Cassagne, J.** (1991), señala que “los principios generales del derecho son el origen o el fundamento de las normas, y participan de la idea básica de principalidad en sentido ontológico que les otorga primacía frente a las restantes fuentes del derecho. Se fundamentan en el respeto de la persona humana o en la naturaleza de las cosas, y por ello encierran la concepción del derecho natural” (p.120).

Asimismo **Cassagne, J.** (1991), dice “los principios generales del derecho constituyen la causa y la base del ordenamiento y existen con independencia de su reconocimiento legal o jurisprudencial, no obstante ser la jurisprudencia una de las fuentes más importantes de su manifestación externa. Ellos funcionan como orientadores e informadores del ordenamiento permitiendo realizar una labor correctiva o extensiva de las normas, e integradora del mismo frente a la carencia de normas que rijan una cuestión. Estos operan como límites al poder reglamentario por parte de la Administración, pues integran el bloque de legitimidad que forma parte del orden público administrativo” (p.121).

**Suay, J.** (1993), “los principios generales del derecho son principios, en primer lugar, dado su carácter básico en el sentido ontológico de la expresión, no solamente en el lógico, ya que son soportes primarios del derecho. Generales, en cuanto trascienden de un precepto concreto y organizan y dan sentido a muchos. Y del Derecho, puesto que no se trata de meros criterios morales” (p.380).

Para **Peña, J.** (1997), “la formulación tradicional de los principios generales del derecho como fuente normativa, evidencia su carácter de fuente supletoria o subsidiaria, pero además la redacción en que se concreta dicha formulación categórica en el sentido de darle el referido carácter pareciera aconsejar la desestimación de cualquier intento de elevarlos a fuente principal.

Es preciso subrayar que además de fuente del Derecho en el sentido indicado, la doctrina ha interpretado que cuando la norma los erige en informadores del Ordenamiento Jurídico, tienen la función de orientadores en la labor interpretativa de las normas jurídicas positivas, lo que en criterio de GARCÍA AMIGO (1979), tiene por lo menos dos consecuencias: a) que las posibles contradicciones entre las disposiciones normativas concretas se resolverán sobre la base de los principios generales y b) que el principio general inspirador de una disposición que genere dudas dará la clave para su interpretación” (p.431).

En el tema bajo estudio, los principios generales del derecho sirven para ser aplicados en defecto de ley o costumbre, es decir tienen una función integradora o supletoria de las lagunas existentes. Ya que las leyes, en el caso bajo análisis la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (1992) y la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (2000), no pueden, en efecto, redactarse de modo que prevean todos los casos posibles.

Asimismo estos tienen una función informadora es decir no sólo suplen a las funciones escritas, sino que dan a éstas todo su sentido y presiden toda su interpretación. Es decir obligan a interpretar las normas con éstos, lo que permite resolver, los problemas que plantea la relación entre las Leyes y los principios generales del derecho. En este sentido estos son, las últimas bases del derecho y condicionan la elaboración de las normas jurídicas.

Los principios generales del Derecho poseen virtualidad propia, y como categoría jurídica autónoma, es innegable que la Constitución refuerza extraordinariamente su posición, en la medida que a ella cabe reconducir mediata o inmediatamente la mayor parte de los principios.

Es por ello que los principios generales del derecho como una solución para la armonización y coordinación de competencias en materia de evaluaciones de operaciones de concentración económica en el sistema de libre competencia en Venezuela, encuentra una cabida fundamental y necesaria visto que los principios generales del derecho pueden estar o no positivizados en normas escritas. En el caso de estarlo, participan claramente de la condición y características de la norma que los proclame. De ahí que existan principios constitucionales o legales en materia de libre competencia, cuyo conocimiento, manejo y aplicación no ofrece duda alguna por su misma positivización.

Los restantes cristalizan, en su formulación, en el seno mismo de la vida jurídica, tal como ésta se desarrolla, tomando en el ordenamiento jurídico la posición que corresponde a la función organizadora de la materia sobre la cual se proyectan. De ahí que sus principales fuentes sean la doctrina científica en materia de libre competencia y con mayor autoridad la jurisprudencia de los tribunales contencioso administrativos competentes en derecho de la competencia así como también la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Ahora bien, el Código Civil Venezolano (1982), configura de manera indirecta, a estos principios como fuente supletoria de la ley escrita y de la interpretación analógica. En efecto, en su artículo 4 dispone:

“A la Ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí, y la intención del legislador.

Cuando no hubiere disposición expresa de la ley, se tomarán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; y si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del derecho”.

Conforme al aparte único del artículo 4 del Código Civil (1982), cuando no hubiese disposición precisa de la ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas, y si hubiese todavía dudas, se aplicarán los principios generales del derecho.

Este precepto, como todos aquellos que figuran en el título preliminar del Código Civil (1982), es de aplicación general a todas las disciplinas jurídicas. Según dicho precepto, los principios generales del derecho son fuente subsidiaria de derecho, en defecto de la ley.

Señala **Lares, E.** (2001), que “los principios generales del derecho tienen prelación sobre la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina. La violación de esos principios puede ser invocada como vicio de ilegalidad del acto administrativo en cuya elaboración se haya consumado aquélla. En opinión de Jean Rivero, un reglamento contrario a un principio general comporta el mismo tipo de anulación que si violara la ley” (p.104).

### **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999)**

El texto del artículo 136 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) establece:

“El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral. Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la relación de los fines del Estado”.

Este dispositivo constitucional es central en la armonización y coordinación de competencias sobre el tema en cuestión y sobre los distintos órganos que tienen intima

relación con el. Es el caso específico de la promoción y protección de la libre competencia en sectores regulados y como se ha desarrollado en especial énfasis en el sector de las telecomunicaciones.

Esta norma constitucional consagra en primer término el principio de la competencia de los distintos órganos del poder público y en segundo término el principio de la colaboración, todos ellos para la realización armoniosa y coordinada de los fines del Estado.

A este respecto, **Lares, E.** (2001), señala que “una misma persona jurídica puede tener numerosos órganos, y que cada uno de éstos tiene atribuida determinada competencia. La competencia consiste en la medida de la potestad que corresponde a cada órgano del Estado o, como expresa Zanobini, en el conjunto de la potestad, o sea, de las funciones que cada órgano está autorizado a ejercer. Las atribuciones que puede ejercer un órgano de la Administración son únicamente las que han sido fijadas por el derecho objetivo y, en consecuencia, los agentes administrativos carecen de potestad para adoptar una decisión determinada sin una regla atributiva de competencia” (p.349).

Además de la competencia, la coordinación se desprende del dispositivo constitucional en referencia y se considera como otro principio de organización, aun cuando, más que un principio, es una de las características esenciales de la organización.

Al respecto **Brewer, A.** (1994), señala que “la coordinación es de la esencia de la organización, porque materialmente no hay organización sin coordinación. Desde el momento en que la Administración Pública está compuesta por variados y diversos órganos, como unidades complejas, se hace necesario establecer ciertos mecanismos de coordinación entre los diversos órganos del Estado, para lograr una determinada voluntad administrativa” (p.86).

Sin embargo, el problema de la coordinación administrativa depende del tipo de organización que exista para cumplir determinados fines por el Estado. Cuando se está, por ejemplo en presencia de una Administración Pública que asume nuevos cometidos y fines, distintos a aquellos que tenía cuando se organizó, es indudable que esa organización debe readaptarse a los nuevos cometidos, y si no se adapta, inevitablemente surgirá un problema grave de coordinación.

**Brewer, A.** (1994), “la aplicación del principio de la coordinación, consecuencia de esta situación de dispersión administrativa, ha dado origen a nuevas teorías para la organización de la Administración Pública, y entre ellas se destaca el criterio de sistemas. En efecto, se tiene la conciencia de que la Administración Pública es compleja, pues está integrada por una serie de organismos que es necesario coordinar, a los efectos de obtener un determinado resultado; pero también de que la coordinación no puede agotarse en sí misma, sino que se justifica en tanto en cuanto se puedan obtener determinados resultados. En este sentido, se ha aplicado el criterio

sistemático o de sistema, a los efectos de integrar, y no sólo coordinar diversos organismos, conforme a la finalidad que deben cumplir. Conforme a este criterio, se admite que tiene que haber un órgano central o eje que gobierne el sistema, sin perjuicio de que pueda haber múltiples organismos ejecutores de aspectos específicos”.

En este sentido, el artículo 239 numeral 2) de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) señala:

“Son atribuciones del Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva:  
2.Coordinar la Administración Pública Nacional de conformidad con las instrucciones del Presidente o Presidenta de la República”.

Esta norma constitucional establece que es el Vicepresidente de la República quien coordina a la Administración Pública Nacional, donde entra en práctica el criterio del sistema. A fin de lograr los objetivos del Estado y lograr cumplir con el principio de colaboración que debe existir entre todos los órganos del Estado.

### **Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (1992)**

La Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (1992), es la Ley especial que regula la materia sobre la defensa de la competencia cuyo objetivo principal es el desarrollo del principio constitucional de la libertad económica, la promoción y defensa de la libre competencia, con el fin de salvaguardar el orden

público cuando este pueda verse alterado por los agentes económicos que actúen en un determinado mercado relevante. Asimismo por encima de este fin específico, se encuentran los objetivos de tutelar el interés general y de orientar las políticas microeconómicas que pretenda adoptar el Estado.

Siendo esta la Ley especial y teniendo atribuida la competencia de promover y proteger la libre competencia, el ejercicio de esta competencia tiene tres límites dados por el principio de la especialidad, la legalidad y la finalidad.

A este respecto **Brewer, A.** (1994):

“el ejercicio de la competencia tiene diversos límites dados por los principios de la especialidad, la legalidad y la finalidad.

A.El principio de la especialidad.

Según este principio, cada órgano tiene que actuar dentro de la competencia que le ha sido específicamente asignada, y no puede realizar funciones distintas a las que le han sido señaladas. De lo contrario habría extralimitación de atribuciones.

B.El principio de la legalidad.

Sólo puede ejercerse competencias que estén consagradas expresamente en la ley. Toda actividad realizada por un órgano que no esté previsto en la ley es ilegal, por incompetencia. Esta incompetencia puede ser manifiesta, como por ejemplo, si el Ministro de Sanidad y asistencia Social dicta un acto sobre arrendamiento de inmuebles urbanos que es competencia del Ministerio de Fomento, en cuyo caso el acto dictado es nulo, de nulidad absoluta; o puede tratarse de una incompetencia relativa, en cuyo caso habría nulidad relativa. Así se regula en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

C.El principio de la finalidad.

Sólo puede ejercerse la competencia para los fines específicamente establecidos por la ley y que motivan su asignación. Toda competencia ejercida para finalidades distintas da origen al vicio de desviación de poder” (p.62).

Al respecto cabe indicar que la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia cumple dichos principios. Ahora bien, respecto al caso de la competencia de los sectores regulados es de destacar que las autoridades regulatorias de cada sector deben respetar estos principios, visto que de ser vulnerados, sus actos en materia de libre competencia resultarían ilegales.

Para **López, L., y Ariño, G.** (2003), “es necesario, a nuestro juicio, coordinar los objetivos de las políticas de defensa de la competencia y de regulación, dentro de una política industrial coherente. En esta coordinación de objetivos y de desarrollo de políticas surgirán inevitablemente conflictos, que son habituales en todos los países y que presentan diversas modalidades de solución en el derecho comparado” (p.331).

### **Ley Orgánica de Telecomunicaciones (2000)**

Los artículos 48 y 214 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (2000), establecen con toda claridad una solución concreta para la armonización y coordinación de competencias no solo en materia de evaluación de concentraciones económicas sino en todo lo que tiene que ver la libre competencia en el sector de las telecomunicaciones. Esta solución es la celebración de convenios interadministrativos para monitorear el sector de las telecomunicaciones, contando con la cooperación del regulador, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones.

A este respecto, ha señalado sobre los convenios de cooperación **Morell, L.** (1998), que “según se examina en su sede sistemática, la teoría jurídica general ha ido construyendo la institución del Convenio a base de superar los límites con que la evolución ha configurado el contrato. El Derecho vigente realiza una distinción entre los Protocolos generales y los Convenios de colaboración. Los protocolos generales se limitan a establecer pautas de orientación política, entre varias Administraciones públicas, en relación con cuestiones de interés común; pueden también fijar el marco general y la metodología para el desarrollo de una colaboración futura. Los Convenios de cooperación interadministrativa encuentran su régimen, desde el punto de vista de los requisitos y la forma, en el artículo 6 LRJ-PAC; los supuestos concretos de Convenio, y el contenido de los mismos, se encuentran regulados al hilo de cada una de las hipótesis que prevé el propio Derecho positivo. El precepto citado contempla los que celebren el Gobierno de la Nación y los órganos de gobierno de las CCAA; no obstante, esta previsión puede ser ampliada, con toda naturalidad, a cualesquiera otras hipótesis de Convenio entre Administraciones Públicas”.

Asimismo **Morell, L.** (1998), señala que “los convenios cuyo objeto son competencias administrativas establecen como contenido, la disposición de algunas de las facultades integrantes del título competencial de que se trate. Tal disposición se lleva a cabo mediante la creación de una legitimación secundaria o derivada, que se entrega a la Entidad que asume la tarea de cooperación. Tal legitimación derivada queda bajo la dependencia de la principal, que sigue ostentando la Entidad titular de la competencia.

Se mantiene, de este modo, el principio de irrenunciabilidad de la misma (art. 12 LRJ-PAC). Además, dicha legitimación abarca, por lo común, facultades de carácter gestor, o se refiere a actuaciones materiales; las facultades de disposición propiamente dichas no son pues, objeto de Convenio. De entre las opciones que permite el derecho positivo, en orden al ejercicio de una legitimación secundaria, destaca la hipótesis de la constitución de un Consorcio. El Consorcio implica la constitución de una nueva Entidad administrativa; a ella se le encomienda la gestión del servicio o actividad, actuando por sustitución de las Entidades consorciadas. De este modo, se puede abordar la gestión unitaria de competencias inicialmente dispersas, según ha sido ya examinado: el Consorcio ejerce, por sustitución, las facultades pertenecientes a cada una de las Entidades integradas en el mismo”.

Dentro de este marco, es importante destacar que la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia y la Comisión Nacional de Telecomunicaciones en el año 2000, celebraron un Convenio interadministrativo de cooperación técnica, suscrito por el entonces Director General de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones Diosdado Cabello Rondon y por Ignacio De León Superintendente de la Superintendencia para la Promoción y protección de la Libre Competencia. El referido Convenio actualmente sigue vigente y es el instrumento que permite monitorear la libre competencia en el sector de las telecomunicaciones a través de la Comisión de enlace CONATEL-PROCOMPETENCIA.

### **Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (1981)**

Dentro de los aspectos medulares de esta Ley, esta la regulación de las situaciones jurídicas en las cuales se encuentran los particulares frente a la Administración y en las cuales se encuentran la Administración frente a los particulares. Es una Ley, por tanto, que regula, básicamente, relaciones jurídicas entre administrados y Administración, y con base en ello, prevé un conjunto de poderes, prerrogativas y obligaciones de la Administración, por una parte, y por la otra, una serie de derechos y obligaciones de los particulares en sus relaciones con aquélla.

Resulta importante que exista una correcta sintonía entre la autoridad de defensa de la libre competencia con los otros organismos administrativos de los diferentes sectores regulados, en especial referencia a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones en esta monografía, a la hora de desarrollar un procedimiento administrativo para la evaluación de una operación de concentración económica. Visto que si lo tramita una autoridad incompetente estaría en la posibilidad de que dicho acto administrativo decisorio pudiera ser declarado ilegal, sin haber avisado a la autoridad competente en la materia.

A este respecto el artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (1981) señala:

“Los actos administrativos de la Administración serán absolutamente nulos en los siguientes casos:

1. Cuando así esté expresamente determinado por una norma constitucional o legal;
2. Cuando resuelvan un caso precedentemente decidido con carácter definitivo y que haya creado derechos particulares, salvo autorización expresa de la Ley.
3. Cuando su contenido sea de imposible o ilegal ejecución, y;
4. Cuando hubieren sido dictados por autoridades manifiestamente incompetentes, o con prescindencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido”.

Conforme a dicha disposición legal se refiere a los actos absolutamente nulos, es decir que carece por sí mismo de validez.

Todo acto administrativo emana de un órgano de la Administración Pública, dependiente directamente de la República, de un Estado, de un Municipio u otra entidad pública, o de corporaciones privadas que ejerzan funciones de autoridad en virtud de disposición expresa de la Ley.

Para la validez del acto administrativo es necesario quien lo haya dictado sea competente, esto es, que para ello tenga facultad expresa que le haya sido conferida por norma jurídica preexistente. Cada órgano tiene su competencia limitada por el derecho objetivo al cumplimiento de determinados fines del Estado.

En este sentido sostiene, **Lares, E.** (2001), “la competencia, o sea, la aptitud legal de los órganos de Estado, no se presume. Debe emerger del texto expreso de una norma

jurídica, ya sea la Constitución, la ley, el reglamento o la ordenanza. Para la validez de los actos administrativos es necesario, por lo tanto, que la aptitud del autor esté definida en una regla atributiva de competencia. A falta de disposición expresa, la autoridad carece de cualidad para efectuar el acto contemplado” (p.151).

Es así como el artículo 29 numeral 1) de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (1992), dispone cuales son las atribuciones de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, donde señala:

“La Superintendencia tendrá a su cargo la vigilancia y el control de las prácticas que impidan o restrinjan la libre competencia. Entre otras, tendrá las siguientes atribuciones:

1) Resolver las materias que tiene atribuidas por esta Ley”.

### **Ley Orgánica de la Administración Pública (2001)**

Esta Ley tiene por objeto establecer los principios y bases que rigen la organización y el funcionamiento de la Administración Pública; los principios y lineamientos de la organización y funcionamiento de la Administración Pública Nacional y de la administración descentralizada funcionalmente; así como regular los compromisos de gestión; crear mecanismos para promover la participación y el control sobre las políticas y resultados públicos; y establecer las normas básicas sobre los archivos y registros públicos (Artículo 1).

Ahora bien, este instrumento normativa recoge los principios de competencia, coordinación, cooperación, indispensables para armonizar las competencias en materia de evaluación de concentraciones económicas con otros organismos administrativos, donde se ha realizado especial referencia al sector de las telecomunicaciones.

El texto del artículo 22 de la Ley en referencia establece el principio de simplicidad transparencia y cercanía organizativa a los particulares

“La organización administrativa de la Administración Pública perseguirá la simplicidad institucional y la transparencia en su estructura organizativa, asignación de competencias, adscripciones administrativas y relaciones interorgánicas.

La estructura organizativa preverá la comprensión, acceso, cercanía y participación de los particulares de manera que les permitan resolver sus asuntos, ser auxiliados y recibir la información que requieran por cualquier medio”.

Asimismo, el artículo 23 de la Ley en referencia consagra el principio de coordinación en los términos siguientes:

“Las actividades que desarrollen los órganos y entes de la Administración Pública estarán orientadas al logro de los fines y objetivos del Estado, para lo cual coordinarán su actuación bajo el principio de unidad orgánica.

La organización de la Administración Pública comprenderá la asignación de competencias relaciones, instancias y sistemas de coordinación necesarios para mantener su orientación institucional de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley”.

El artículo 24 de la Ley Orgánica de la Administración Pública (2001), recoge el principio de cooperación de la siguiente manera:

“La Administración Pública Nacional, la de los estados, la de los distritos metropolitanos y la de los municipios colaborarán entre sí y con las otras ramas de los poderes públicos en la realización de los fines del Estado”.

Dentro de este orden, el artículo 25 de la Ley Orgánica de la Administración Pública (2001), consagra el principio de lealtad institucional en los términos que siguen:

“La Administración Pública Nacional, la de los estados, la de los distritos metropolitanos y la de los municipios actúan y se relacionan de acuerdo con el principio de lealtad institucional y, en consecuencia, deberán:

1. Respetar el ejercicio legítimo de sus competencias por parte de las otras administraciones.
2. Ponderar, en el ejercicio de las competencias, la totalidad de los intereses públicos implicados y, en concreto, aquellos cuya gestión esté encomendada a las otras administraciones.
3. Facilitar a las otras administraciones la Información que precisen sobre la actividad que desarrollen en el ejercicio de sus propias competencias.
4. Prestar, en el ámbito propio, la cooperación y asistencia activas que las otras administraciones pudieran requerir para el ejercicio de sus competencias”.

En este marco, el artículo 26 de la Ley Orgánica de la Administración Pública (2001), consagra el principio de la competencia en estos términos:

“Toda competencia otorgada a los órganos y entes de la Administración Pública será de obligatorio cumplimiento y ejercida bajo las condiciones, límites y procedimientos establecidos legalmente; será irrenunciable, indelegable, improrrogable y no podrá ser relajada por convención alguna salvo los casos expresamente previstos en las leyes y demás actos normativos.

Toda actividad realizada por un órgano manifiestamente incompetente o usurpada por quien carece de autoridad pública es nula y sus efectos se tendrán por inexistentes”.

En este sentido, es importante significar que la Ley Orgánica de la Administración Pública (2001), en su artículo 29 numeral 2), establece como atribución del Vicepresidente de la República la de coordinar la Administración Pública en estos términos:

“Son atribuciones del Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva:

2.Coordinar la Administración Pública Nacional, central y descentralizada funcionalmente, de conformidad con las instrucciones del Presidente o Presidenta de la República”.

En estos términos, se aprecia como la Ley Orgánica de la Administración Pública (2001), consagra los principios de competencia, coordinación y cooperación, a fin de cumplir con los fines del Estado y en nuestro caso particular, son estos los principios que definen la armonización de competencias en materia de evaluaciones de operaciones de concentración económica, cuando en un organismo sectorial de cualquiera de los sectores regulados conozca de una operación de concentración.

### **Nuestra Posición**

Cada uno de los tópicos analizados en este capítulo ha definido elementos precisos que plantean soluciones para la armonización y coordinación de competencias en la evaluación de concentraciones económicas por organismos sectoriales, en sectores regulados, en el caso de referencia del sector telecomunicaciones.

Estas soluciones pasan por aplicar los principios constitucionales y legales en materia de organización administrativa hasta aplicar los principios generales del derecho donde exista una laguna para algún caso concreto.

Nuestra mejor solución es pues, plantear la celebración de convenios interadministrativos de cooperación con los organismos sectoriales, a fin de armonizar competencias, y cumplir con los fines que persigue el Estado en esta materia que es el asegurar condiciones efectivas de competencia en la economía.

En este sentido, la defensa de la competencia constituye actualmente, una forma de acción fundamental de la Administración en el mercado. Mediante ésta la Administración controla, supervisa y dirige los comportamientos de las empresas en el mercado para mantener un régimen de competencia adecuado.

Es por ello que la acción coordinada supone la elaboración de una política de aplicación del derecho de la competencia. Se formula un criterio de aplicación sustentado en el acuerdo de autoridades que inmediatamente da mayor significación a su actuación. Es indudable que una actuación coordinada tendrá mucha mayor trascendencia que acciones aisladas de cada organismo.

A través de su acción coordinada dirigida por la autoridad especial en la materia, los organismos definen unas líneas de actuación conjunta en la aplicación del derecho de

la competencia, centrandó especialmente la atención en aquellos problemas que más directamente afectan a los consumidores y al bienestar general del Estado.

La coordinación de competencias descrita se justifica en su origen por la necesidad de promover la uniformidad del principio de la libre competencia, el cual cumple la misión de preservar el funcionamiento competitivo de los mercados que se estima va a producir una mayor eficiencia económica.

Esta eficiencia económica se fundamenta en la asunción de que permite una mejor asignación de los recursos, una mayor eficacia en la producción y un incremento de la innovación, removiendo los obstáculos que las empresas colocan a la competencia adecuada en el mercado.

Es por ello, que esta armonización de competencias permitirá además garantizar el orden público económico que es sin lugar a dudas el conjunto de normas y principios del régimen económico que el sistema jurídico reconoce como un conjunto de reglas y bienes apreciados por la sociedad democrática para el establecimiento y funcionamiento de su sistema económico.

## **CONCLUSIONES**

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), no sólo establece en su artículo 112 que todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, sino que además establece principios de protección a la libertad económica al establecer la lucha contra los monopolios en su artículo 113 y consagrar en el artículo 299 la libre competencia, como principio constitucional que fundamenta el régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela.

En consecuencia, toda limitación legal a la libertad económica debe verse como una garantía del orden público económico, así sea cuando lo que persigue esa limitación es la protección y promoción de la propia libertad económica.

En esas normas constitucionales es que, precisamente se encuadra y deriva, la Ley especial para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (1992) donde tiene como objeto promover y proteger el ejercicio de la libre competencia y la eficiencia en beneficio de los productores y consumidores y prohibir las conductas y prácticas monopólicas y oligopólicas y demás medios que puedan impedir, restringir, falsear o limitar el goce de la libertad económica.

De acuerdo con esta precisión, la orientación de la Ley no sólo es combatir las conductas y prácticas monopólicas, conforme a la orientación de la legislación norteamericana dictada antes de la primera Guerra Mundial (Sherman Act, 1890; Clayton Act, 1914; Federal Trade Comisión Act, 1914) y acogida en el tratado de la Comunidad del carbón y del Acero del 18 de abril de 1951, sino que además, persigue un objetivo más amplio, de promover y proteger el ejercicio de la libre competencia, conforme a la orientación de la legislación europea incorporada al tratado de Roma que estableció la Comunidad Económica Europea el 25 de marzo de 1957, y Lugo adoptada en todos los países de la actual Unión Europea.

Por ello, puede decirse que los antecedentes próximos de la ley venezolana de la libre competencia, se sitúan en la normativa europea relativa a la protección de la libre competencia desarrollada, básicamente, en el marco de la Unión Europea la cual, tuvo sus fuentes de inspiración, en parte, en la legislación Norteamericana.

En efecto, en el caso de la Ley de Promoción y Protección a la Libre Competencia en Venezuela, el Estado ha realizado una intervención pública en el mercado, mediante un régimen de derecho público contenido en dicho texto, que tiene como objetivo la garantía misma de la libre competencia. En este caso, el Legislador no ha pretendido imponerle al mercado un determinado fin, ni proteger a determinado sector en relación a otros, sino que tiene como única función defender una institución que se juzga de interés general: la libre competencia.

En este sentido, el artículo 3 de la Ley para promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (1992), define a la libre competencia como aquella actividad en la cual existan las condiciones para que cualquier sujeto económico, sea oferente o demandante, tenga completa libertad de entrar o salir del mercado, y quienes están dentro de él, no tengan posibilidad, tanto individualmente como en colusión con otros, de imponer alguna condición en las relaciones de intercambio.

Esta intervención pública en el mercado para promover y proteger la libre competencia, con normas prohibitivas de conductas para proteger la libertad económica de los posibles abusos en las relaciones comerciales o industriales y normas sancionatorias, sin la menor duda, le confieren a la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, el carácter de norma de orden público que, por supuesto, no puede relajarse entre particulares.

La conformación de la legislación de protección de la libre competencia, en la cual se han inspirado las normas venezolanas, puede decirse que desde el punto de vista del derecho comparado ha seguido una evolución, desde un enfoque antimonopolístico inicial, hasta la situación actual, más general, de política de libre competencia.

Es así como estos antecedentes nos permiten llegar hoy al régimen jurídico de las operaciones de concentración económica en el sistema de libre competencia en

Venezuela, teniendo como base fundamental la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (1992).

De acuerdo con lo establecido en el artículo 11 de la Ley se prohíben las concentraciones económicas, en especial las que produzcan en el ejercicio de una misma actividad, cuando a consecuencia de ellas se generen efectos restrictivos sobre la libre competencia o se produzca una situación de dominio en todo o parte del mercado.

Como lo ha señalado la doctrina de la Superintendencia para la promoción y Protección de la Libre Competencia, el artículo 11 prevé una amplia prohibición de todas concentraciones económicas que restrinjan la competencia o creen posición de dominio en el mercado relevante, especialmente cuando se producen dentro de una misma actividad.

Sobre el tema de las concentraciones económicas, es claro que la Ley las considerará prohibidas cuando generen efectos restrictivos sobre la libre competencia o conduzcan a una situación de dominio en el mercado, siendo ambos supuestos, equivalentes a la condición de que las empresas resultantes de la operación de concentración económica obtengan poder de mercado.

Asimismo debe señalarse, que el artículo 14 de la ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (1992), define lo que ha de entenderse por posición de dominio, a saber cuando existiendo más de una persona para la realización de determinado tipo de actividad, no haya entre ellas competencia efectiva. A su vez, el artículo 16 de la Ley en referencia indica los criterios para establecer la competencia efectiva.

Asimismo el Reglamento N° 2 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (1996), es el que establece y define el régimen que regula la evaluación de dichas operaciones, además se definen los mecanismos técnicos que permiten medir los efectos anticompetitivos de las operaciones de concentración.

Ahora bien, dentro de este marco, la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia ha tramitado la evaluación de la operación de concentración económica como un procedimiento de naturaleza autorizatoria, así revisado por su propia doctrina donde en muchas ocasiones lo asimila a la aprobación, tratando de manera indiferente ambas técnicas.

A este respecto, se puede concluir, que en primer término la técnica de la autorización y la aprobación poseen características propias que las diferencian, y en tal sentido se puede apreciar una inconsistencia terminológica al usar ambos términos de manera similar.

A este respecto hay que precisar que el control preventivo del ejercicio de derechos o actividades, en concreto, es normal que cuando la intervención y, por tanto, la regulación jurídico-administrativa de libertades o derechos de los ciudadanos adquiere un determinado umbral de intensidad o mínimo de complejidad, se establezca, para asegurar su efectividad, la prohibición del ejercicio de los mismos sin un control administrativo preventivo, caso a caso, del cumplimiento de aquella regulación.

El prototipo mismo de la técnica en estos casos utilizada es la autorización, cuyo otorgamiento por comprobación de la regularidad del ejercicio pretendido levanta la aludida prohibición.

Lo característico de este tipo de intervención administrativa es que descansa en una valoración del interés público conforme a la cual la satisfacción de éste no requiere ni la asunción de la titularidad de la actividad por la Administración.

El control preventivo y, más concretamente, la autorización, operan así, sobre actividades y derechos de titularidad privada, que continúan obviamente en la esfera de disposición de los correspondientes sujetos particulares. Quiere decirse, pues, que la técnica analizada no incide sobre la actividad o el derecho mismo los cuales presupone, aunque ciertamente en las condiciones derivadas de la regulación jurídico-administrativa, sino exclusivamente sobre el ejercicio de los mismos.

En rigor, la categoría de la autorización como género que engloba las figuras concretas normativamente reguladas: permisos, licencias, verificaciones, etc, ha sido perfilada y se emplea para todos aquellos supuestos en que el control preventivo actuado se limita a la estricta comprobación objetivo jurídica de la observancia de las condiciones y los requisitos normativamente definidos con carácter general, es decir, en que dicho control se construye en términos de potestad reglada.

La autorización, en este sentido, es un acto reglado y debido a dictar según, estrictamente, el cumplimiento o no de la pertinente regulación, declarativo porque se limita a comprobar dicho cumplimiento o incumplimiento, sin constituir situaciones jurídicas algunas y, en particular, sin otorgar derecho alguno, porque éste ya preexistía en la esfera del correspondiente administrado y favorable porque remueve la prohibición normativa de ejercicio de la actividad o del derecho.

Es así como el procedimiento que se debe seguirse en estos casos no es el de la autorización sino un procedimiento de evaluación previa de la operación de concentración económica ya que la solicitud de evaluación no obliga a los agentes económicos intervinientes en una determinada operación a suspender la ejecución de dicha operación.

Esto ha llevado a que las concentraciones económicas puedan ser evaluadas, de conformidad con la Ley, antes de que se perfeccione el negocio jurídico, antes de que

opere de forma efectiva la desaparición de un oferente independiente por su absorción por otro competidor. En efecto la provisión legal del artículo 11 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia debe ser interpretada por la Superintendencia de manera que los particulares que tengan proyectada una operación de concentración económica puedan solicitar su opinión, con anterioridad a su celebración, sobre si la misma es de aquellas que estarían prohibidas por la Ley. Es lo que debe ser llamado la evaluación previa de las concentraciones económicas.

En tal sentido, la naturaleza y los efectos de la evaluación previa, tendrían como principal característica que se trata de una solicitud voluntaria, no obligatoria, a favor de los administrados, que le permite determinar ex ante si la operación ha de generar o no efectos restrictivos sobre la libre competencia o ha de producir una situación de dominio en el mercado.

En tal sentido, no es por tanto una autorización administrativa individual de las previstas en el artículo 18 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (1992) y del Reglamento N° 1 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (1993), sino una solicitud libre y voluntaria que inicia un procedimiento administrativo, que ha de culminar con un acto declarativo de la Superintendencia si la operación violaría lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley.

Dicho procedimiento debe ser desarrollado, siguiendo para ello el procedimiento ordinario de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (1981), al que remite de forma expresa el artículo 42 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

Es decir, esta evaluación previa de concentraciones económicas, se trata de una opción voluntaria para los administrados. La Ley, no contiene ninguna obligación expresa de notificación previa de las concentraciones económicas, por lo que no se requiere autorización por parte de la Superintendencia.

Esto trae como consecuencia que los procedimientos de evaluación previa que finalicen en un acto administrativo que declare que la operación sería restrictiva no constituye, en sí mismo, una prohibición para los agentes económicos solicitantes. En tales supuestos los solicitantes tienen la libertad de continuar con la operación pues la misma no ha sido prohibida expresamente.

A diferencia de esto tenemos que el artículo 18 de la ley para promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (1992), sienta las bases del régimen autorizatorio aplicable a las prácticas restrictivas de la competencia que generen a la vez un alto grado de eficiencia económica, lo que justifica su autorización. Estas prácticas o conductas deben estar prohibidas para luego poder ser autorizadas y cumplir con las condiciones impuestas en la Ley.

Es por ello que las autorizaciones hacen posible que una persona ejerza un derecho o un poder que de antemano le pertenecía, pero para cuyo ejercicio existía un obstáculo legal. En tal sentido, la autorización tiene por efecto suprimir el obstáculo legal para que el poder o derecho preexistentes puedan cabalmente ser ejercidos.

En este orden el artículo 18 de la Ley para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (1992), ha sido desarrollado por el Reglamento N° 1 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (1993), dicho Reglamento identifica las prácticas prohibidas por la Ley que pueden ser autorizables, establece los requisitos y el procedimiento que deben seguir las solicitudes de autorización individual, y finalmente, establece las categorías de prácticas que pueden ser objeto de excepciones globales. De manera que existentes dos mecanismos autorizatorios: el primero de naturaleza individual, según el cual, la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia otorgará, previa solicitud expresa de los interesados, una autorización individual para el supuesto concreto que ha sido sometido a su consideración. El segundo de los mecanismos lo constituye el otorgamiento de excepciones globales para determinadas categorías de conductas o prácticas, expresamente identificadas en el artículo 16 del mencionado Reglamento N° 1.

Ahora bien respecto a la aprobación, tiene cabida esta técnica para los procedimientos de evaluación de operación de concentración económica que se suceden en el sector de

las telecomunicaciones de conformidad con el artículo 195 de la ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Es decir, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones soporta un procedimiento aprobatorio respecto a la evaluación de operación de concentración económica que se analizan en el sector telecomunicaciones. Ya que la Comisión sólo aprobará las operaciones a que se refiere el artículo 195 de la ley en referencia, cuando medie opinión favorable de la Superintendencia para la promoción y Protección de la Libre Competencia.

En este sentido, entendemos que la aprobación es la manifestación de la voluntad mediante el cual un órgano del Estado –en este caso particular la Comisión Nacional de Telecomunicaciones- declara su conformidad con un acto ya formado por otro órgano estatal -en este caso concreto la opinión vinculante de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia- aquí se puede apreciar que el acto aprobado es posterior, a diferencia de la autorización que debe ser anterior.

Es por ello, que en nuestra opinión que el acto sujeto a aprobación no alcanza la plenitud de su eficacia jurídica mientras no haya sido aprobado y, por lo tanto, la decisión aprobatoria junto con la medida aprobada, forman un acto complejo.

Es pues así como la actuación de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia y la de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, en la evaluación de operaciones de concentración económica resultan ser actos complejos. Visto que dicho acto, es aquella declaración para cuya elaboración es necesaria la intervención de dos o más órganos de la Administración.

Dentro de este contexto es que se hace necesaria la armonización y coordinación de competencias en materia de evaluación de operaciones de concentración económica en el sistema de libre competencia en Venezuela, ya que los principios de organización administrativa constitucional consagrado en el artículo 136 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), dispone la colaboración entre los órganos del Poder Público para la realización de los fines del Estado.

Desarrollados estos principios de organización administrativa de coordinación, cooperación, lealtad institucional y competencia en la Ley Orgánica de la Administración Pública (2001) en sus artículos 23, 24, 25 y 26. A fin de cumplir con la máxima constitucional contenida en el artículo 113 de la Constitución que es adoptar las medidas necesarias para el aseguramiento de condiciones efectivas de competencia en la economía.

En nuestra opinión, la mejor manera de desarrollar dichos principios se establece en la celebración de convenios interadministrativos de cooperación entre la

Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia y las otras Administraciones Sectoriales en el caso de sectores regulados, como existe actualmente entre la Superintendencia y la Comisión Nacional de Telecomunicaciones.

Asimismo, deben ser extendidos dichos convenios a otros sectores por ejemplo con el Instituto Nacional de Aviación Civil (INAC) en el sector de transporte aéreo y con el Ente Nacional del Gas (ENAGAS) en el sector del gas, por mencionar algunos, lo que dará como efecto multiplicador una mejor protección y fomento de la libre competencia en Venezuela, por parte de los órganos del Poder Público Nacional, en la consecución de sus fines.

## REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Araujo, J. (2003). **Manual de Derecho de los Servicios Públicos**. Valencia: Vadell Editores.

\_\_\_\_\_: (1996). **Principios Generales de Derecho Administrativo Formal**. Valencia: Vadell Editores.

\_\_\_\_\_: (1999). **Los Derechos Fundamentales Económicos y el Derecho de los Servicios Públicos. Servicios Públicos. Balance y Perspectivas**. Caracas: Vadell

Badell, R., y Hernández, J. (2002). **El Régimen Jurídico de las Telecomunicaciones en Venezuela**. Caracas.

Bellamy, C., y Child, G. (1992). **El Derecho de la Competencia en el Mercado Común**. Madrid: Editorial Civitas, S.A.

Brewer, A. (2004). **El Principio de Legalidad y el Ordenamiento Jurídico-Administrativo de la Libertad Económica. VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, "Carlos E. Delpiazzo". Los Derechos Fundamentales y la Libertad Económica**. Caracas: Funeda.

\_\_\_\_\_: (1991). **Principios del Régimen Jurídico de la Organización Administrativa Venezolana. Colección Estudios Jurídicos N° 49**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

\_\_\_\_\_: (1990). **El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

- Caballero, J. (1995). **Los Institutos Autónomos**. Caracas: Ediciones Funeda.
- Cases, L. (1995). **Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia**. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A.
- Cassagne, J. (1991). **Derecho Administrativo. Volumen I**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Cassagne, J. (1991). **Derecho Administrativo. Volumen II**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Código Civil de Venezuela. Textos Legales. Caracas: Eduven.
- Código de Comercio de Venezuela. Colección Arandina. Caracas: Editorial la Torre.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.453 (Extraordinario), marzo 24 de 2000.
- Curiel, C. (1996). **Régimen de Evaluación de las Operaciones de Concentración Económica en Venezuela**. Caracas.
- Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales (1974). Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L.
- Diccionario de la Lengua Española (1992). Madrid: Real Academia Española.
- Dromi, R. (1997). **Derecho Administrativo** (6 ta). Argentina: Ciudad Argentina.
- Farrando, I., y Martínez, P. (2000). **Manual de Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

- Fernández, C. (1994). **Derecho de la Competencia**. Navarra: Editorial Aranzadi, S.A.
- Fernández, J., y Duch, N. (2003). **Economía Industrial un Enfoque Estratégico**. Madrid: Mc Graw Hill.
- García, E. y Fernández, T. (1993). **Curso de Derecho Administrativo II**. (4 ta). Madrid: Editorial Civitas.
- García, J. (1999). **Mercado de Control, Medidas Defensivas y Ofertas Competidoras. Estudios sobre OPAs**. Madrid: Civitas Ediciones, S.L.
- González, J. (1993). **La Protección Jurídica del Ciudadano**. Madrid: Editorial Civitas, S.A.
- Informe que presentó la Comisión Especial de la Plenaria de la Asamblea Nacional sobre el Proyecto de Ley Antimonopolio, Antioligopolio y la Competencia Desleal a los efectos de su segunda discusión. (2006). Consultado en original.
- Instructivo N° 1 Formulario para la solicitud de autorización de prácticas restrictivas de la competencia. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 35.257, julio 21 de 1993.
- Instructivo N° 3 Instructivo sobre operaciones de concentración económica. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.209, 20 de mayo de 1997.
- Hernández, J. (2004). **La Libertad de Empresa y sus Garantías Jurídicas**. Caracas: Ediciones IESA.
- Jacquemin, A. (1982). **Economía Industrial, Estructuras de Mercado y Estrategias Europeas de Empresa**. Barcelona: Editorial Hispano Europea, S.A.
- Laguna, J. (2004). **Telecomunicaciones: Regulación y Mercado**. Navarra: Editorial Aranzandi, S.A.

- Lares, E. (2001). **Manual de Derecho Administrativo**. Caracas: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. UCV.
- Ley Orgánica de la Administración Pública. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.305, Octubre 17 de 2001.
- Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 2.818 (Extraordinario), Julio, 1° de 1981.
- Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 36.970, Junio, 12 de 2000.
- Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia. Gaceta oficial de la República de Venezuela N° 34.880, Enero, 13 de 1992.
- Lineamientos para evaluación de las operaciones de concentración económica. Gaceta Oficial de la República de Venezuela n° 36.819, Noviembre, 01 de 1999.
- Llorens, C. (2001). **Concentración de Empresas de Comunicación y el Pluralismo: La Acción de la UE**. España.
- Lopez, L., y Gaspar, A. (2003). **La Competencia en Sectores Regulados: Regulación Empresarial y Mercado de Empresas**. Granada: Editorial Comares, S.L.
- Mejías, P. (1993). **El Régimen Legal de las OPAS**. Valencia: Editorial CISS, S.A.
- Morell, L. (1998). **Curso de Derecho Administrativo**. Navarra: Editorial Aranzadi, S.A.
- Ortíz, L. (2001). **Antitrust Competencia y Contencioso Administrativo**. Caracas: Editorial Sherwood.

- Parejo, L., Jiménez, A., y Ortega L. (1992). **Manual de derecho Administrativo**. Barcelona: Editorial Ariel, S.A.
- Penagos, G. (2001). **Fundamentos del Acto y del Derecho Administrativo según los sistemas políticos**. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- Peña, J. (1997). **Lineamientos de derecho Administrativo Volumen II, el Derecho Administrativo y sus Fuentes**. Caracas: UCV.
- Posner, R. (2000). **El Análisis Económico del Derecho**. México: Fondo de Cultura Económica,
- Reglamento Interno de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Gaceta Oficial de la república de Venezuela N° 36.329, Noviembre, 07 de 1997.
- Reglamento N° 1 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 35.202, Mayo 03 de 1993.
- Reglamento N° 2 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 35.963, Mayo 21 de 1996.
- Resolución N° SPPLC/14-96 de fecha 24 de mayo de 1996. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.000, Julio, 15 de 1996.
- Revista de Derecho Administrativo (1998), 4, Septiembre-Diciembre.
- Revista de Derecho Administrativo (1999), 6, Mayo-Agosto.
- Revista de Derecho Administrativo (2000), 8, Enero-Abril.

Revista de Derecho Administrativo (2001), 11, Enero-Abril.

Revista de Derecho Administrativo (2001), 13, Septiembre-Diciembre.

Revista de Derecho Administrativo (2002), 14, Enero-Abril.

Revista de Derecho Administrativo (2003), 17, Septiembre-Diciembre.

Revista de Derecho Administrativo (2004), 19, Julio-Diciembre.

Sayagués L, E. (1963). **Tratado de Derecho Administrativo**. Montevideo, Uruguay.

Sentencia de fecha 10 de diciembre de 1998 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. Consultada en original.

Soriano, J. (1998). **Derecho Público de la Competencia**. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.

Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Caso: Opinión DIGITEL – CANTV Año: 2005. Consultada en Original.

Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Caso: Opinión TIM –DIGITEL-TELVENCO Año: 2006. Consultada en Original.

Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Caso: Opinión IMPSAT – GLOBAL CROSSING Año: 2007. Consultada en Original.

Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/0024-93, de fecha 1-11-93, caso Seguros la Seguridad, Seguros Metropolitana. Consultada en Original.

Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución S/N, de fecha 29-11-93, caso Corimon Pinco Pittsburg. Consultada en Original.

Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/0014-94, de fecha 17-02-93, caso Plumrose – Alpina. Consultada en Original.

Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/0013-94, de fecha 16-02-94, caso Grupo Polar – Golden Cup. Consultada en Original.

Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución S/N, de fecha 02-03-94, caso Cerámica Carabobo, Refractarios del Caroní. Consultada en Original.

Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/0022-94, de fecha 11-04-1994, caso Alimentos Heinz C.A., Yukery Venezolana de Alimentos C.A. Consultada en Original.

Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/0036-94, de fecha 10-08-94, caso Corimon, Pinco Pittsburg S.A., Parte II. Consultada en Original.

Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/0041-95, de fecha 02-09-95, caso Oral B. Consultada en Original.

- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/0022-95, de fecha 16-05-95, caso Kraft – Heinz. Consultada en Original.
- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/0026-95, de fecha 26-05-95, caso Plumrose. Consultada en Original.
- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/005-96, de fecha 12-02-96, caso Cada - Cativen. Consultada en Original.
- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/008-96, de fecha 27-03-96, caso Suavizantes Favor y Johnson. Consultada en Original.
- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/0016-96, de fecha 10-07-96, caso Nabisco – Galletas Tejerías. Consultada en Original.
- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/0009-96, de fecha 06-08-1996, caso Ceras Johnson y Cruz Verde. Consultada en Original.
- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/0034-96, de fecha 09-12-96, caso Pepsi-Cola, Coca Cola. Consultada en Original.
- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/002-97, de fecha 04-03-97, caso Ciba Geigy y Sandoz de Venezuela. Consultada en Original.
- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/0016-97, de fecha 15-07-97, caso Mavesa – Gerber. Consultada en Original.

- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/018-97, de fecha 21-07-1997, caso Colas – Fideicomiso Plantas. Consultada en Original.
- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/019-97, de fecha 13-08-1997, caso Good Year – Indomax. Consultada en Original.
- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/0031-97, de fecha 04-12-97, caso Tampones. Consultada en Original.
- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/0023-99, de fecha 05-05-99, caso Procter & Gamble de Venezuela. Consultada en Original.
- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/007-00, de fecha 02-02-00, caso Alimentos Kellogs S.A. Consultada en Original.
- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/0051-00, de fecha 25-09-00, caso Owens Illinois Produvisa. Consultada en Original.
- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/0044-00, de fecha 28-08-00, caso Circuitron E- Solar Express. Consultada en Original.
- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/0017-00, de fecha 10-04-00, caso Aventis Pharma S.A – Rhone Poulenc Rorer de Venezuela S.A. Consultada en Original.
- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/0016-00, de fecha 28-03-00, caso Agrevo Rhone Poulenc Rorer de Venezuela S.A. Consultada en Original.

- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/003-2001, de fecha 16-01-01, caso Salineras. Consultada en Original.
- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/020-01, de fecha 18-05-01, caso Chevron – Texaco. Consultada en Original.
- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/0047-02, de fecha 18-12-02, caso Basmelca. Consultada en Original.
- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/003-03, de fecha 07-02-03, caso Basf-Vetefarm. Consultada en Original.
- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/0007-03, de fecha 24-03-03, caso Bayer Johnson. Consultada en Original.
- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/0018-2004, de fecha 15-03-2004, caso Conducen – Universa. Consultada en Original.
- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/0057-2005, de fecha 21-10-2005, caso Procter & Gamble de Venezuela – Gillette. Consultada en Original.
- Venezuela. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Resolución N° SPPLC/0014-2007, de fecha 10-04-2007, caso Aga Gas C.A. Consultada en Original.
- Villar, J. (1974). **Apuntes de Derecho Administrativo: Parte General (Tomo II)**. Madrid: Artigrafía, S.A.

Witker, J. (2000). **Derecho de la Competencia en América**. Santiago: Fondo de Cultura Económica.