REVISTA DE DERECHO INTERNACIONAL ECONOMICO

ASPECTOS JURIDICOS DE LAS RELACIONES ECONOMICAS INTERNACIONALES

Volumen 2 - Número 1 ***Primer Semestre de 1997***

LIBRE COMPETENCIA

Libre competencia, orden público y actividad de policía

Orlando Cárdenas Perdomo

¿Conviene aplicar regulación antimonopolios en el comercio internacional?

Ignacio De León

Una introducción al análisis de convergencias entre las leyes de competencia en América

Claudia Curiel Leidenz

El Derecho de la Competencia en Colombia

Margarita Alarcón Carrillo

Tendencias Jurisprudenciales en materia de protección a la libre competencia

María Amparo Grau

INVERSIONES EXTRANJERAS

Posibilidades y aspectos para un Acuerdo Multilateral de Inversiones Extranjeras

Omar E. García Bolívar

DOCTRINA ADMINISTRATIVA

Medidas Antidumping

Noemí Fischbach

Libre Competencia

Faustino Flamarique

Propiedad Industrial

Gabriela Núñez Márquez

Revista de Derecho Internacional Económico

Aspectos Jurídicos de las Relaciones Económicas Internacionales

Equipo Editorial

Noemí Fischbach Hirshbein
Gabriela Núñez Márquez
Samantha Sánchez Miralles

Jorge Castro Bernieri
Editor

Faustino Flamarique Riera
Director

Consejo Asesor

John H. Jackson, *Miembro Honorario*
Raúl Arrieta Cuevas
Leopoldo Borjas
Robert Bottome
Allan R. Brewer-Carías
Gonzalo Capriles
Elsa Cardozo de Da Silva
Imelda Cisneros
Luís Cova Arria
Luís Henrique Farías Mata
Héctor Faúndez Ledesma
Humberto García Larralde
Gary N. Horlick
Janet Kelly
Eloy Lares Martínez
Carmelo Lauria Lesseur
Gustavo Linares Benzo
Roberto G. MacLean
Moisés Naím
Pedro París Montesinos †
John Pate
Belén Ramírez Landaeta
Judith Rieber de Bentata
Armando Rodríguez García
Miguel Rodríguez Mendoza
Laura Rojas
Hildegard Rondón de Sansó
Maxim Ross
Adolfo Salgueiro
Magdalena Salomón de Padrón
Nelson Socorro
Abdón Suzzarini
Adolfo R. Taylhardat
Gustavo Urdaneta Troconis
Jacques Werner

La edición del presente número de la Revista ha sido posible gracias al apoyo institucional de la Fundación Estudios de Derecho Administrativo (Funeda). Nuestro agradecimiento a Funeda y, en particular, a Belén Ramírez Landaeta, su Presidente, y a Sandra Corrales. Hemos contado igualmente con un importante apoyo del estudio de abogados Rodríguez & Mendoza en Caracas. Agradecemos también la ayuda que las siguientes personas dieron a la preparación del presente número: Adriana Rodríguez, Francisco Iturraspe y Deyanira Maldonado. El Equipo Editorial dedica con afecto el presente número a la memoria de Pedro París Montesinos, destacado hombre público venezolano, quien fuera miembro del Consejo Asesor y entusiasta promotor de esta Revista.

ISSN: 1315-9992

© Revista de Derecho Internacional Económico

Portada, Diagramación y Artes Finales: Sandra Corrales M.

Este libro presenta una mutilación en el texto del pie de página de la página No 10, debido a esta condición en el original físico.

INDICE

Libre competencia, orden público y actividad de policía..... 1

¿Conviene aplicar regulación antimonopolios en el comercio internacional?..... 9

Una introducción al análisis de convergencias entre las leyes de competencia en América..... 39

El Derecho de la Competencia en Colombia..... 83

Posibilidades y aspectos para un Acuerdo Multilateral de Inversiones Extranjeras..... 93

Tendencias Jurisprudenciales en materia de protección a la libre competencia..... 117

DOCTRINA ADMINISTRATIVA

Medidas Antidumping..... 169

Libre Competencia..... 189

Propiedad Industrial..... 245

RODRÍGUEZ & MENDOZA

ABOGADOS

EDIFICIO PARQUE CRISTAL, TORRE ESTE - PISO 11
AVENIDA FRANCISCO DE MIRANDA, LOS PALOS GRANDES
CARACAS 1062, VENEZUELA
E-MAIL: ROMEN@ROMEN.COM

APARTADO 6260
CARACAS 1010A
TELF. (58-2) 285.49.44
FAX: (58-2) 285.13.79 - 284.46.65

VI Congreso Venezolano de Derecho Constitucional

En Homenaje al Dr. Humberto J. La Roche

EL PROCESO CONSTITUYENTE:
ASPECTOS JURIDICOS Y POLITICOS
27 al 29 de octubre 1999

Temario

- Desarrollo del Proceso Constituyente
- Forma de Estado
- Forma de Gobierno y Sistema Político
- Participación Ciudadana
- Los Derechos Fundamentales y sus Instrumentos de Protección
- Los Organismos Contralores
- El Poder Judicial
- La Justicia Constitucional
- La Actuación Internacional de la República

ASOCIACIÓN VENEZOLANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Expositores Extranjeros

Francisco Fernández Segado (España)
Francisco Rubio Llorente (España)
Humberto Nogueira (Chile)
Eduardo Cifuentes (Colombia)

FUNDACION ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Información e Inscripciones

FUNEDA, Av. Tamanaco, Edif. Impres, Sótano 3. El Rosal. Caracas. Telefax: (02) 9535375 9531995 Telf. 9532665 o vía E-mail: funeda@ etheron.net.

Libre competencia, orden público y actividad de policía

Orlando CÁRDENAS PERDOMO*

I. INTRODUCCIÓN

La doctrina acepta pacíficamente que la noción de policía administrativa mantiene una relación de interdependencia con la de orden público, en donde la primera se encuentra definida por la segunda, y ésta -a su vez- busca garantizarse a través de la actividad de policía.

En apoyo de este planteamiento, Merkl define la policía como "aquella actividad administrativa que mediante la amenaza o el empleo de la coacción persigue la previsión o desviación de los peligros o perturbaciones del orden".[1] En idéntico sentido, Hauriou señala que "la policía se dirige al mantenimiento del orden público por la reglamentación y la coacción".[2] Asimismo, Laubadere indica que la policía administrativa consiste en reglamentar la actividad de los particulares para asegurar el mantenimiento del orden público.[3] Por último, Garrido Falla define la policía administrativa como "aquella actividad que la Administración despliega en el ejercicio de sus propias potestades que, para garantizar el mantenimiento del orden público, limita el derecho de los administrados mediante el ejercicio, en su caso, de la coacción sobre los mismos.[4]

La determinación de la actividad de policía por la noción de orden público supone que estamos en presencia de un concepto relativo,

---

* Abogado Universidad Central de Venezuela

1 Adolfo Merkl, "Teoría General del Derecho Administrativo", *Revista de Derecho Privado* (Madrid), (1935).

2 Citado por Alberto Moncada Lorenzo, "Significado y técnica jurídica de la policía administrativa", *Revista de Administración Pública* (Madrid), No. 28 (1959), p. 57.

3 "La police administratif est, on l'a indique, une forme d'action de l'administration qui consiste á reglamenter l'activité des particuliers en vue d'assurer le maintien de l'ordre public". André de Laubaudere, *Traité de Droit Administratif*, (París: 1990), p. 665.

4 Fernando Garrido Falla, "Los medios de policía y la teoría de las sanciones administrativas", *Revista de Administración Pública* (Madrid), No. 28 (1959), p. 12.

toda vez que el orden público varía en relación al régimen político y los fines del Estado en cada momento histórico.[5] En efecto, al hacer una visión retrospectiva, observamos que el Estado abstencionista concibió el orden público limitado a la tranquilidad de la calle, es decir, referido al orden externo de la calle, en cuanto condición elemental de la vida colectiva, donde los derechos y las libertades deben desarrollarse. De ahí que la policía administrativa era concebida como una policía de seguridad, la cual debía velar por el estado de paz material en donde cada hombre ocupaba su sitio sin perturbar la tranquilidad común.

Posteriormente, el Estado fue ampliando sus fines, por lo que las intervenciones administrativas no sólo se sucedieron en el plano de la tranquilidad de la calle, sino que se dictaron medidas específicas en otras materias. De esta manera el concepto de orden público se fue ampliando con la progresiva intervención de la Administración, creándose policías especiales, dependiendo de las actividades sobre las que la Administración tenía control. De este modo, al "incrementarse las competencias y fines de la Administración dentro del concepto de orden público que legitimaba la intervención administrativa de policía se va a incluir no sólo en la clásica de seguridad, sino también una serie de complementos".[6]

Hoy en día, el mundo y cada país en particular son escenarios de incontables relaciones comerciales, el Estado moderno no se ha quedado de espaldas a esta realidad y se ha percatado que estas relaciones mercantiles pueden afectar al interés general, lo que ha ocasionado la incorporación de nuevos sectores como el económico -que anteriormente se consideraban ajenos a la intervención administrativa- a la noción de orden público, y en consecuencia, la creación de órganos especializados como policías administrativas especiales para su protección.

---

5 "[D]eterminar el concepto de policía en función del concepto de orden público es hacer de la primera, de una vez para siempre, un concepto relativo cuya determinación de amplitud solamente será posible tras un examen detenido de las circunstancias que lo condicionan. Lo que se entiende por orden público, en efecto, depende en cada momento de las concepciones dominantes sobre el régimen político y los fines del Estado." Fernando Garrido Falla, "Las transformaciones del concepto de policía administrativa", *Revista de Administración Pública* (Madrid), No. 11 (1953), p.17. En idéntico sentido, véase del mismo autor, *Tratado de Derecho Administrativo* (Madrid, 1991), p. 117.

6 Ramón Martín Mateo, *Manual de Derecho Administrativo* (Bilbao: 1970), pp. 409-410.

A través de estas breves líneas sugeriremos cómo la libre competencia en el mercado, como condición necesaria para el ejercicio de la actividad económica de los particulares, forma parte del llamado "orden público económico". De igual manera, la actividad realizada en Venezuela por la Superintendencia para la Promoción y Protección del Ejercicio de la Libre Competencia destinada a garantizar dicho orden, se identifica con la de policía administrativa.

II. EL ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO

La idea de orden público económico no es sino una aplicación concreta de la idea general de orden público al campo del quehacer económico, el cual está conformado por reglas básicas, con arreglo a las cuales se organiza la estructura y el sistema económico de la sociedad.[7]

Este conjunto de principios organizadores de la economía, así como el conjunto de reglas mínimas para el desarrollo económico de un país, están determinados en las disposiciones legales de cada Estado. En otros términos, disposiciones legales determinan el orden público económico y lo estructuran, fijando los límites dentro de los cuales pueden desarrollarse en libertad las relaciones económicas interprivadas, y regulando los actos de intervención y decisión de la Administración Pública en el sector. De ahí que para hacer una aproximación al orden público económico de nuestro país, debamos acudir en primer lugar a la Constitución y posteriormente a la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

A. *El sistema económico constitucional.*

En Venezuela, la Constitución -como norma fundamental del Estado- dicta las orientaciones económicas. Conforme a ellas podemos precisar los límites dentro de los cuales se encuadra la libre competencia como manifestación del orden público económico.

---

7 Fernando Sainz Moreno señala que la expresión orden público económico "designa aquellos principios organizadores de la actividad económica de un país a los que su ordenamiento jurídico atribuye eficacia normativa. En sentido jurídico, pues, esta noción no hace referencia a todos los principios que, de hecho, configuran la actividad económica en un momento dado, ni tampoco, solamente, a todos los principios reconocidos expresamente por las normas vigentes, sino que designa el conjunto de reglas mínimas que se estiman esenciales para el desarrollo de la vida económica del país en un momento dado", "Orden público económico y restricciones a la competencia", *Revista de Administración Pública* (Madrid), No. 84 (1977), p. 599.

El artículo 96 de la Constitución consagra la libertad económica a favor de los particulares y advierte de las prácticas que pueden llegar a obstruirla o restringirla, emplazando al legislador para que dicte las normas a fin de impedir su comisión. Por su parte, el artículo 97 prohibe la existencia de monopolios, salvo por razones de interés público, considerando que éstos son incompatibles con la libertad económica. Estos preceptos se encuentran en directa relación con otros de la misma Constitución, como los artículos 95 y 98, en conexión con los cuales aquellos deben ser interpretados, ya que establecen los límites dentro de los que necesariamente ha de moverse el Estado al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad. El mantenimiento de estos límites, como el de aquellos que definen los derechos y libertades económicas, está asegurado en la Constitución por una doble garantía, la de reserva de Ley y la que resulta de la atribución a dicho derecho de un núcleo esencial del que ni siquiera el legislador puede disponer (artículo 117).

El derecho de libre empresa consagrado en la Constitución garantiza el inicio y mantenimiento de la actividad económica, lo que entraña el reconocimiento de una libertad de decisión, no sólo para elegir la actividad lucrativa respectiva, sino incluso para establecer los objetivos de su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado, lo que incluye la creación de empresas.

La libertad económica así expuesta requiere de un marco de economía de mercado, el cual es reconocido y protegido por las disposiciones constitucionales citadas. De ahí se derivan las prohibiciones de las prácticas restrictivas de tal libertad, como el monopolio, la usura, la indebida elevación de precios y otras maniobras abusivas.

En efecto, el reconocimiento, por parte de la Constitución, de la economía de mercado como marco obligado de la libertad de empresa, así como el compromiso de protección de la iniciativa privada por parte del Estado, suponen actuaciones positivas expresamente dirigidas para defender tales objetivos constitucionales. Indiscutiblemente una de las acciones vitales para dicha finalidad es la consistente en evitar aquellas maniobras que puedan dañar o afectar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre empre-

sas. La defensa de la libre competencia aparece así como una necesaria defensa, y no sólo como una restricción de la libertad económica, ya que ésta última se vería amenazada por el juego incontrolado de sus propias tendencias naturales.

De esta forma, la competencia, como principio rector de toda economía de mercado, representa un elemento consustancial al modelo de organización económica de nuestra sociedad y constituye, en el plano de las libertades individuales, una de las formas más importantes en que se manifiesta el ejercicio de la libertad económica. La defensa de la competencia, por tanto, de acuerdo con las exigencias de la economía general que promueven el desarrollo económico, el fomento y diversificación de la producción, así como la creación, distribución y circulación de nuevas fuentes de riqueza, ha de concebirse como un mandato al Estado establecido en los artículos 95 y 98 de la Constitución.

Al revelarse la libre competencia como una manifestación concreta del orden público económico, se legitima la intervención del Estado para la protección del mercado, a través de prohibiciones, limitaciones y consiguientes sanciones.

B. La Ley para Promover y Proteger el ejercicio de la Libre Competencia

En el marco descrito en el aparte anterior, se dictó en Venezuela la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (Ley Pro Competencia), la cual encuentra sustento constitucional en el artículo 96, por lo que se incorpora al conjunto de regulaciones tendentes a impedir las maniobras abusivas -en este caso anticompetitivas- que obstruyen y restringen la libertad económica. Así expresamente se desprende del artículo primero de esta Ley, que precisa como ámbito de su objeto el "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".

Sin entrar a analizar en detalle las regulaciones específicas de la Ley, podemos decir que sus normas están ordenadas a la defensa de la

libre competencia, mediante la prevención y, en su caso, la represión de las situaciones que constituyan obstáculos creados por decisiones empresariales para el desarrollo de la competencia en el mercado.[8] En este sentido, el artículo 5 de la Ley prohibe en forma general "las conductas, prácticas, acuerdos, convenios, contratos o decisiones que impidan, restrinjan, falseen o limiten la libre competencia". Se distinguen como conductas anticompetitivas el abuso de posición dominante, los actos desleales y las concentraciones económicas (artículos 6 al 13).[9]

Al constituir una regulación de policía, la Ley Pro Competencia define las prácticas anticompetitivas, lo cual es determinante al momento de precisar los contornos de la competencia como parte del orden público económico, y al mismo tiempo necesario para conocer las limitaciones impuestas a los individuos en el ejercicio de su libertad económica.[10]

El objetivo de una regulación de esta naturaleza es la defensa de los empresarios y consumidores contra prácticas, acuerdos, conductas o

---

8 El artículo 3 de la Ley expresa: "Se entiende por libre competencia, 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 individual como en colusión con otros, de imponer alguna condición en las relaciones de intercambio".

9 Las prácticas anticompetitivas han sido clasificadas por el nivel económico en que se encuentran los participantes en: restricciones horizontales y verticales de la competencia, las primeras son las que tienen lugar entre empresas que están situadas en idéntico nivel económico (productores) y las segundas cuando toman parte empresas de diferentes niveles (fabricante con distribuidores). También se han clasificado las prácticas anticompetitivas en unilaterales y plurilaterales, dependiendo del número de empresas que participen en la misma. Guillermo Cabanellas, *Derecho Antimonopólico y de Derecho de la Competencia* (Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1983), pp. 268 y ss.

10 Recordemos en este punto la distinción que realiza José Roberto Dromi entre poder de policía y la actividad de policía, según la cual "el poder de policía es parte de la función legislativa que tiene por objeto la promoción del bienestar general, regulando a ese fin los derechos individuales, reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución, extendiéndose hasta donde el bienestar general lo haga conveniente o necesario dentro de los límites constitucionales. El poder de policía se manifiesta a través de normas generales, abstractas, impersonales, objetivas, siendo su objeto más amplio que la policía, pues versa sobre la limitación de los derechos reconocidos a fin de promover el bienestar general. La policía es parte de la función administrativa que tiene por objeto la ejecución de las leyes de policía. La policía se manifiesta a través de las normas particulares (actos administrativos) que constituyen la individualización o concreción de la norma jurídica general o abstracta". José Roberto Dromi, *Derecho Administrativo* (Buenos Aires: 1994), p. 436.

actuaciones atentatorias de la libertad de competencia.[11] No debe, sin embargo, entenderse esta actuación como tendiente a la eliminación de cualquier tipo de interferencia entre empresas, lo que a la postre destruiría la posibilidad misma de competir en el mercado. Tal regulación busca más bien prevenir y, en su caso, corregir situaciones que afecten a la estructura del mercado, a fin de que todos quienes participan en éste luchen en régimen de igualdad, esto es, de competencia.[12]

C. *La Superintendencia para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia*

La Ley Pro Competencia regula la parte "material" compuesta por el conjunto de las infracciones competenciales, y contiene además una parte "institucional" en la que se refiere a la Superintendencia para la Promoción y Protección del Ejercicio de la Competencia como órgano encargado de su aplicación, cuya composición determina, describiendo sus funciones y competencias.

La Superintendencia constituye un ejemplo de lo que podríamos llamar "administración independiente", en lo referente al ejercicio de sus funciones. Para ello, reúne tres características importantes, la primera de las cuales es el nombramiento de su titular (el Superintendente) por un plazo largo por parte del Presidente de la República. Lo anterior no implica sujeción a la Administración Central una vez que se produce la designación, ya que la destitución del Superintendente sólo puede producirse por las causas previstas expresamente en la Ley. Las otras dos características serían el sometimiento exclusivo de la Superintendencia a la Ley en el ejercicio de sus funciones, y el agotamiento de la vía administrativa por parte de sus actos, dado que, al ser un órgano desconcentrado funcionalmente, la adscripción de la Superintendencia al Ministerio de Industria y Comercio no supone subordinación jerárquica.

Como dijimos, la Superintendencia tiene atribuida la administración de un cuerpo legal, cuya competencia principal es la vigilancia y

11 Conforme al artículo 1 de la Ley: "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".

12 Juan Ignacio Font Galán, *Constitución española y derecho de la competencia* (Madrid: 1987), pp. 146 y ss.

control de las prácticas que impidan o restrinjan la libre competencia. En este sentido, la Superintendencia ejerce sus funciones de policía administrativa al verificar el cumplimiento de las determinaciones de la competencia y al constatar la ocurrencia o no de abusos en el ejercicio de la libertad económica. Para ello, la Superintendencia sigue un procedimiento dirigido a averiguar si se ha producido un acto, recomendación, decisión o acuerdo contrario a las normas de la libre competencia. En el transcurso de tal procedimiento, la Superintendencia puede exigir datos sobre las conductas de las empresas, para lo cual la Ley atribuye a la Superintendencia facultades de investigación e inspección. Además de esta labor fiscalizadora, la cual es sin duda la más importante, la Superintendencia también tiene funciones de tipo consultivo.

Si bien la actividad de policía administrativa es, en principio, una actividad de carácter preventivo -en contraposición a la policía judicial, que sería de carácter represivo-,[13] cabe destacar que en la actualidad nadie niega la capacidad represiva de la Administración en el ejercicio de sus atribuciones de policía administrativa. Esta potestad represiva o sancionadora es consecuencia de la necesidad de dotar a la Administración de instrumentos eficientes que garanticen el mantenimiento del orden público. Así, hoy en día, no es posible entender un sistema jurídico preventivo si para su eficacia no se consagra un sistema represivo que lo respalde.

De esta forma, la Superintendencia como órgano de policía, una vez comprobada la práctica anticompetitiva prohibida, puede ordenar su cesación, imponer condiciones u obligaciones determinadas al infractor, ordenar la supresión de los efectos de dicha práctica, así como imponer las sanciones previstas por la Ley, facultades que buscan garantizar la integridad de la libre competencia como expresión del orden público económico.

---

13 Allan Brewer-Carías, "Consideraciones sobre el régimen jurídico de la actividad de policía administrativa", *Revista de Derecho Público* (Caracas), No. 48 (1.991), p. 53.

¿Conviene aplicar regulación antimonopolios en el comercio internacional?

Ignacio De León*

I. Planteamiento del problema.

La reciente proliferación de leyes y normas antimonopolios en áreas y actividades económicas hasta ahora carentes de regulación es un fenómeno de gran significación que si bien puede revelar un bien intencionado interés por consolidar espacios de mercado, no obstante presenta severos problemas teóricos y prácticos que ponen en duda su conveniencia. En este sentido cabe considerar, por ejemplo, las recientes iniciativas dirigidas a introducir normas antimonopolios para regular las relaciones comerciales internacionales, así como la introducción de leyes para la promoción de la competencia en países con economías recientemente liberalizadas, tales como los de Europa Central y del Este y Latinoamérica.

Este ensayo pretende esbozar las consideraciones teóricas y prácticas más significativas que cuestionan la idoneidad de las políticas antimonopolios en el comercio internacional para promover la competencia. En primer lugar, pretendemos establecer las limitaciones teóricas que vician el sustrato sobre el cual se fundamentan estas políticas, particularmente, su incapacidad para aprehender y regular el fenómeno económico de la competencia o rivalidad empresarial. En segundo lugar, se argumenta que la consecuencia probable de aplicar estas políticas sea acaso la de restringir el comercio, particularmente en escenarios institucionales débiles donde la pugna por obtener apropiaciones de recursos se ve favorecida por la insuficiente delimitación de los

---

* Abogado (UCAB); LL.M. (Universidad de Londres); M. Phil. (Universidad de Londres). Superintendente para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Las opiniones expresadas en este estudio son de la exclusiva responsabilidad del autor y no comprometen a la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia.

derechos de propiedad.[1] Finalmente, ante estas severas limitaciones, se ofrece una política institucional alternativa que hace énfasis en la delimitación de espacios de apropiabilidad y el reforzamiento de derechos de propiedad como condición *sine qua non* para la promoción de la competencia empresarial.

Para realizar este análisis, se examina el caso que ofrece la aplicación de las normas antimonopolios al comercio internacional.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

La discusión sobre la aplicación de normas de protección a la competencia en el comercio internacional no es reciente. A finales del siglo XIX, la creciente interrelación comercial entre naciones ya era lo suficientemente importante como para afectar intereses de productores domésticos, quienes por esta razón buscaron vías adicionales a las tradicionales barreras arancelarias para legitimizar sus peticiones de obstaculización o cierre al libre comercio. Comenzó a adquirir cuerpo la especie de que la venta de productos importados a precios ruinosos o por debajo de un valor objetivo (*dumping*) era una práctica "desleal" que era necesario erradicar del comercio internacional.

La normativización positiva de los casos "desleales" vino a desembocar con el curso del tiempo en la adopción de normas específicas multilaterales en el Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) en 1947. Tales normas esencialmente condenaban dos clases de conductas consideradas "desleales" en el comercio internacional: La realización de "dumping" empresarial; y el otorgamiento, por los Estados, de subsidios a las exportaciones efectuadas por sus nacionales.[2]

Según Capriles, el dumping es la "introducción de bienes para su comercialización o consumo en el territorio nacional a un precio infe-

1 Por "instituciones débiles" entendemos aquellas que florecen en Estados débiles, incapaces de asegurar un sistema centralizado de derechos de propiedad. En este sentido ver, Thrainn Eggertsson. "The Economics of Institutions in Transition Economies", en Salvatore Schiavo-Campo, *Institutional Change and the Public Sector in Transitional Economies*, World Bank Discussion Paper 241, (Washington, DC: The World Bank, 1994), p. 25.

2 Incidentalmente, cabe observar que la regulación venezolana de las prácticas de "dum-

rior a su valor normal (entendiendo por este último el precio en su mercado de origen)".[3] La determinación del "valor normal" de la mercancía importada es, pues, esencial a los fines de establecer la deslealtad de la conducta en cuestión.

Por otra parte, "se entiende por subsidio cualquier contribución financiera, prima, ayuda, forma de subvención o premio establecido por un gobierno o un organismo público o mixto, existente en un país extranjero, o cualquier forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios, mediante los cuales se otorgue una ventaja a determinadas empresas o ramas de la producción, adicional a las existentes para otras empresas o ramas de la producción."[4]

Inicialmente, la negatividad del dumping se basaba en una apreciación más o menos etérea acerca del fucionamiento de esta práctica. En realidad, su prohibición legal en leyes comerciales era más bien (y correctamente) asociada con el interés proteccionista de productores locales incapaces de competir contra importaciones provenientes de países mejor dotados para producir eficientemente ciertos bienes y mercancías.[5] Bajo

---

recogido en la Ley Aprobatoria del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (Gaceta Oficial N° 4.829 Extraordinario del 29 de diciembre de 1994). En dicho acuerdo, se contemplan dos acuerdos accesorios, que forman parte integrante del sistema de la OMC: Primero, el Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, relativo al "dumping comercial" y segundo, el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, relativo a los subsidios. b) El nivel subregional andino, recogido en la Decisión 283 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (Gaceta Oficial N° 4.284 Extraordinario del 28 de junio de 1991). c) El nivel nacional, establecido en la Ley sobre Prácticas Desleales del Comercio Internacional, (Gaceta Oficial N° 4.441 Extraordinario del 18 de junio de 1992) y su reglamento, (G. O. N° 4.657 Extraordinario del 26 de abril de 1993).

3 Vid., Gonzalo Capriles, "Comercio Internacional de Venezuela", *Venezuela Analítica*, vol. 8 (octubre 1996),en *http://www.analitica.com/docbent.htm*.

4 *Id.* Aunque el estudio de los subsidios a las exportaciones ha sido considerado parte integral de los supuestos de prácticas desleales en el comercio internacional, dejaremos de lado su consideración, toda vez que la ronda Uruguay resolvió gran parte de los problemas asociados con su uso discrecional por las autoridades comerciales de países importadores. En efecto, con el fin de evitar la discrecionalidad en la definición de cuáles subsidios han de ser considerados "prohibidos", el GATT ha sustraído tal determinación de la esfera de competencias de las autoridades nacionales, eliminando la ambigua definición "genérica" empleada hasta entonces, y sustituyéndola por un listado mucho más preciso que distingue entre subsidios "rojos" (prohibidos), "verdes" (permitidos) y "amarillos" (sujetos a evaluación ex-post). Este no es el caso del "dumping", como se explica más adelante.

esta perspectiva, la idea de desplazar competidores locales mediante precios viles era considerada contradictoria a la racionalidad económica misma. En efecto, para qué sostener costosas pérdidas financieras con el precario fin de eliminar competidores locales si ganado el mercado era imposible aplicar precios monopólicos "compensatorios de las pérdidas" ya que ello hubiera invitado nuevos competidores?

Fue sólo a merced del desarrollo de una visión estructural de los mercados (resultado éste de la impronta conceptual de la escuela neoclásica de la Economía), crecientemente dominante en el área de regulación, que fue posible, no sólo imprimir de cierta verosimilitud a los casos de dumping, sino además extender su lógica económica (esto es, aplicarlo para luego poder imponer precios monopólicos en el mercado de importación sin que ello genere la aparición de competidores) a efectos semejantes donde la asignación de recursos a través de fuerzas competitivas era, teóricamente al menos, imposible. En tales casos, la concentración de los mercados impediría la realización de competencia económica "efectiva". La existencia de barreras al ingreso de nuevos competidores permitía ejercer impúnemente el dumping y otras prácticas "restrictivas o desleales de competencia" lo que hacía necesario un conjunto normativo que prohibiese o controlase la conducta desleal o monopólica de tales empresas en el comercio internacional.

Esta visión de los mercados internacionales y su necesidad de regulación terminó por convertirse en un paradigma ampliamente compartido en los escenarios internacionales contemporáneos. Por ejemplo, durante la Reunión Ministerial de la OECD en 1993, el Comité en Legislación y Política de Competencia y el Comité de Comercio presentó un reporte conjunto relativo a políticas comerciales y de competencia. En particular, en éste se sostenía que "la globalización debería producir una producción y mercadeo más eficientes, pero fracasará en lograrlo a menos que el acceso a los mercados y la competencia sean preservadas y ampliadas".[6]

---

5 La importancia de esta práctica sobre el comercio internacional fue considerada durante mucho tiempo residual, toda vez que el promedio de protección arancelaria era lo suficientemente elevado como para alternar los efectos de importaciones sobre productores nacionales. Esta situación cambió conforme fueron avanzando las reducciones arancelarias en las rondas de negociaciones del GATT.

6 OCDE, *Trade and Competition Policies,* OECD Working Papers No. 35, (París: OCDE, 1994), p. 2.

Igualmente, en la doctrina, Hoekman y Mavroidis sostienen: "Si bien una política de libre comercio reduce considerablemente el trabajo de una autoridad de competencia, ello no significa que la necesidad de las normas de competencia desaparezca. Muchos productos son no-transables (por ejemplo, muchos servicios) [lo que anula la competencia que introduciría el libre comercio] pero, aún siendo transables, la competencia en los mercados domésticos puede verse limitada por otras razones. El libre comercio debe, en consecuencia, complementarse con la libertad de ingreso, incluida la de inversión extranjera. [Sin embargo] incluso, en estos casos, ciertos productos pueden estar producidos [en mercados operados] por monopolios naturales, por empresas que posean un poder de mercado global, o por firmas donde las barreras al ingreso naturales o 'artificiales' (gubernamentales) restringen la competencia. Y mientras los mercados son más abiertos a los productos extranjeros, mayor es la vulnerabilidad potencial hacia prácticas anticompetitivas desplegadas por monopolistas extranjeros o carteles. En tales casos deberían aplicarse normas de competencia."[7]

Del mismo modo, Trebilcock sostiene que la competencia resultante de la importación de bienes no constituye una amenaza seria a la competencia en el sector de servicios, por lo que sus efectos "automáticos" son limitados. Por otra parte, las restricciones a la inversión extranjera, relativas a la presencia efectiva en el mercado, más que al acceso al mismo, pueden constituir impedimentos más importantes a la competencia foránea, y sin embargo, se trata de casos que el comercio libre por sí no puede solucionar y por tanto, hay que desconfiar de él para estos fines.[8]

III. ESTADO ACTUAL DE LA DISCUSIÓN.

Bajo el paradigma de "fallas de mercado", la política regulatoria negociada en el contexto internacional orientó sus esfuerzos por detec-

---

7 Bernard M. Hoekman y Petros C. Mavroidis, "Linking Competition and Trade Policies in Central and East European Countries", en L. A. Winters (editor), *Foundations of an Open Economy: Trade Laws and Institutions for Eastern Europe* (Londres: Centre for Economic Policy Research, 1995), p. 113.

8 Michael Trebilcock, "Reconciling Competition Laws and Trade Policies: A New challenge to International Cooperation", en G. Bruce Doern y Stephen Wilks (editores), *Comparative Competition Policy: National Institutions in a Global Market* (Oxford: Clarendon Press, 1996), p. 270.

tar y corregir tales fallas y obstáculos a la competencia mediante intervenciones administrativas. Esta manera de ver la regulación del mercado ha dominado de tal manera las discusiones académicas y entornos internacionales que ante el notorio fracaso de las políticas antidumping, la respuesta internacional no ha sido, por así decirlo, la de remplazar el intervencionismo estatal con un lógico voto de confianza al mercado, sino por el contrario, proponer extender, profundizar y ampliar la cobertura de la intervención administrativa, esta vez mediante la aplicación de normas antimonopolios al comercio internacional.

En efecto, las políticas antidumping, han adoptado un clarísimo *sesgo proteccionista, obstructor* del comercio internacional, bajo el pretexto de promover la "lealtad" en las transacciones comerciales.[9]

Los problemas de esta legislación están asociados fundamentalmente a la dificultad para precisar tanto la existencia de un margen de dumping, como el perjuicio (o amenaza del mismo) a la producción doméstica.[10] Generalmente la discrecionalidad administrativa, producto de la imprecisión sustantiva de estas normas, ha favorecido los intereses "concentrados" de productores nacionales, a costa del interés "difuso"

---

9 Por ejemplo, Messerlin califica las normas antidumping como "indeseables y perversas" Patrick Messerlin, "Should Antidumping rules be replaced by National or International Competition Rules?", *World Competition Law and Economics Review*, vol. 18 (1995), p. 37. Por su parte, Trebilcock sostiene: "Mientras que la liberalización comercial que ha ocurrido en el período de la postguerra bajo el GATT y bajo varios acuerdos regionales comerciales -como la Comunidad Europea, el Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y los Estados Unidos, y ahora el NAFTA (Tratado de Libre Comercio de America del Norte-TLCAN)- ha mitigado [las anteriores tensiones derivadas del proteccionismo comercial], muchas restricciones al comercio aún perduran. Tales restricciones en el presente asumen cada vez menos la forma de aranceles, y en su lugar, adoptan la forma de restricciones cuantitativas y de una creciente utilización de leyes comerciales "correctoras", particularmente de leyes antidumping, con muchos países adoptando regímenes antidumping por vez primera durante la década de los ochenta y con el incremento dramático de las tasas mundiales de empleo de estas leyes durante los noventa." Trebilcock, "Reconciling Competition Laws", op. cit., nota 8, p. 269. Para un análisis más extenso sobre la aplicación proteccionista de las leyes antidumping, vid., M. Leidy, "Antidumping: Unfair Trade or Unfair Remedy?", *Finance & Development*, IMF-World Bank (marzo de 1995) y Patrick Low y J. Nash, "El largo y tortuoso camino hacia un comercio mundial más libre", *Finanzas y Desarrollo*, Fondo Monetario-Banco Mundial, septiembre 1994.

10 Para una precisión mayor, ver. Ignacio De León, "The Dilemma of Regulating International Competition under the WTO System", *European Competition Law Review*, vol. 18 (1997), pp. 165-166.

de los consumidores, quienes se ven obligados a transferir a aquéllos, por razones políticas, parte de su renta.

Frente a este problema, la mayoría de la doctrina asume que la indefinición normativa de las políticas antidumping pudiera ser corregida mediante la declaración de objetivos normativos no asociados con la protección de una industria en particular, sino de los consumidores en general, e igualmente, mediante la incorporación de criterios técnico-económicos que permitan tanto una mejor identificación de los casos de supuesta restricción "desleal" a la competencia, como una mejor cobertura a situaciones no necesariamente referidas a la venta de productos por debajo de precios "viles".[11] Es así como surge el interés por adoptar normas antimonopolios en el comercio internacional.

Las propuestas actualmente en curso pueden agruparse en cuatro grupos claramente diferenciados:

En primer lugar, se encuentran quienes proponen aplicar extraterritorialmente las legislaciones nacionales antimonopolios a casos que afecten el comercio internacional. Actualmente, muchas de las legislaciones nacionales se extienden extraterritorialmente a casos acontecidos fuera de sus respectivas fronteras, pero sobre los cuales reclaman jurisdicción con base en el "principio del efecto". Según este principio, las leyes antimonopolios extienden su cobertura a situaciones que afecten la competencia del mercado doméstico; claro está, ante esta situación, es concebible que una práctica celebrada entre las respectivas casas matrices de dos empresas multinacionales situadas fuera del país, pueda afectar la competencia que desarrollan sus respectivas empresas filiales en el mercado local. Esto, desde luego, ha generado numerosos problemas de aplicación extraterritorial de las normas domésticas, generando la concurrencia de dos o más legislaciones para un mismo caso.[12]

---

11 De hecho, tal como Finger observa, desde sus inicios las políticas antidumping habían sido consideradas como una aceptable extensión de las políticas antimonopolios siempre que estuvieran constreñidas por una sujeción al principio de legalidad (*rule of law*). J. Michael Finger, "The Origins and Evolution of Antidumping Regulation",capítulo 2 en J. Michael Finger (editor), *Antidumping: How It Works and Who Gets Hurt* (Ann Arbor: University of Michigan Press, 1993). De modo que, lejos de responder a una racionalidad distinta, ambas políticas eran vistas como ramas de un mismo árbol.

12 Particularmente en los Estados Unidos las cortes han hecho el uso más extenso de esta vía, para abarcar y extender la ejecución de sus leyes antimonopolios a situaciones acon-

Esta situación ha causado numerosas fricciones diplomáticas que apenas ahora han comenzado a ceder, a través de una cooperación más estrecha entre autoridades antimonopolios nacionales, basada en tratados bilaterales y en principios generales de cortesía internacional.[13] Sin embargo, aún buena parte de la jurisprudencia de tribunales norteamericanos insiste en llevar la extraterritorialidad de las leyes antimonopolios hasta sus últimas consecuencias.[14]

En segundo lugar, están quienes proponen desarrollar un conjunto de normas multilaterales sustantivas que regulen las prácticas comerciales restrictivas. Esta iniciativa se remonta a la época de la Carta de la Habana (1948), donde se contemplaban normas de regulación a las prácticas comerciales restrictivas. En tal sentido, la Carta introdujo principios importantes para la regulación internacional de prácticas comercia-

---

tecidas fuera de su territorio. Ya el principio había sido establecido en el caso ALCOA (*United States* v. *Alumminium Co. of Am.*, 148 F.2d 416, 443 2d Cir. 1945), pero fue particularmente a raíz del caso del Uranio (Westinghouse Elec. Corp. v. Rio Algom Ltd. In re Uranium Antitrust Litigation, 617 F. 2d 1248 7th Cir. 1980) donde se evidenciaron las dificultades tras la protesta diplomática de varios Estados, que procedieron a dictar legislación de bloqueo, impidiendo el otorgamiento de evidencia, inspección, o envío de documentos que pudiera perjudicar los intereses de empresas de su nacionalidad. Entre estas leyes se encuentran la *Canadian Uranium Information Security Regulations* de 1976, o la *Australian Foreign Proceedings Act*. Incluso, se dictaron leyes que permitían a las partes extranjeras perjudicadas por un procedimiento antitrust pedir un resarcimiento; un ejemplo de ello es la *U.K. Protection of Trading Interests Act* de 1980.

13 Incluso, esta nueva aproximación ha permeado en la jurisprudencia de algunos tribunales en casos como *Timberland Lumber Co.* v. *Bank of America* (574 F. Supp. 1453, 1466 N.D.Cal. 1983.) o *Manington Mills Inc.* v. *Congoleum Corp.* (595 F.2d 1287, 1297 3d Cir. 1979.), donde surgió una nueva regla de competencia basada en el principio de "cortesía internacional", la cual atenuaba la aplicación del principio extraterritorial por causa del *efecto*. Según esta jurisprudencia, en casos extraterritoriales, debe tomarse en consideración los intereses de los Estados extranjeros afectados en atención al "principio de cortesía" tradicional en el Derecho Internacional Público, previamente al ejercicio de jurisdicción. Según señala Trebilcock, como corolario de esta jurisprudencia, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos dictó, en sus *DOJ International Antitrust Guidelines*, los principios y condiciones que dicha agencia habría de considerar al ejercitar sus poderes en el contexto internacional, entre ellos, la importancia relativa de la conducta investigada en los Estados Unidos, en comparación con su importancia en el exterior; la nacionalidad de las personas involucradas; el grado de conflicto con el derecho extranjero o políticas económicas practicadas en la jurisdicción extranjera, etcétera. Véase Trebilcock, "Reconciling Competition Laws", op. cit., p. 275; también U. Immenga, "Export Cartels and Voluntary Export Restraints between Trade and Competition Policy", en John Haley e Hiroshi Iyori (editores), *Antitrust: A New International Trade Remedy?* (Seattle: Pacific Rim Law & Policy Association, 1995), pp. 112-113.

14 Por ejemplo, los casos *National Bank of Canada* v. *Interbank Card Association* (666 F.2d 6, 8 2d Cir. 1981), *Laker Airways Ltd.* v. *Sabena*, (731 F. 2d D.C.Cir. 1984).

les restrictivas, tales como la prohibición de acuerdos de precios; de cuotas de compra o venta; la exclusión de competidores del mercado; la división territorial de mercados o áreas de negocios; la limitación de la producción o la fijación de cuotas de producción.[15] Sin embargo, como es sabido, la Carta de la Habana fue rechazada y con ello, la regulación sobre prácticas comerciales restrictivas quedó en el limbo. Fue sólo mucho después, en 1980, que la Asamblea General de la ONU adoptó el Conjunto de Principios Equitativos acordados multilateralmente para el Control de Prácticas Comerciales Restrictivas, elaborado por la UNCTAD. Este conjunto de principios contemplaba un compendio de dispositivos meramente orientadores de las legislaciones nacionales de los Estados miembros relativos a estas prácticas. Más recientemente, en 1992, Sir Leon Brittan, Comisionado de la Comunidad Europea para la Competencia, destacó la necesidad de conferir al GATT un rol importante en esta materia, en la elaboración de un código de competencia con reglas mínimas en áreas tales como subsidios, carteles, fusiones y monopolios públicos.[16] Por último, la iniciativa más reciente proviene de un grupo de expertos del Max Planck Institut de Munich. Ella consiste en aplicar un Código multilateral sustantivo único Antimonopolios, concebido como un acuerdo internacional a ser celebrado bajo el marco del GATT.[17] Tal acuerdo comprendería un conjunto de cinco principios básicos de consenso que habrían de ser incorporados a las legislaciones nacionales de los Estados signatarios: El carácter nacional de las leyes antimonopolios; el trato igualitario a la competencia nacional e inter-

---

15 Artículo. 46, Capítulo 5, de la Carta de la Habana. Havana Charter for an International Trade Organization, U.N. Doc. E/Conf. 2/78 (1948), reimpreso en U.N. Doc. ICITO/1/4 (1948). Ver también N. Yacheistova, "The International Competition Regulation", *World Competition Law and Economics Review*, vol. 18 (1994), p. 100. Sobre la suerte de los principios contenidos en la Carta de la Habana relativos a prácticas monopólicas, ver Frederic M. Scherer, *Competition Policies for an Integrated World Economy* (Washington, D.C.: Brookings Institution, 1994), pp. 38 y ss.

16 E. Fox, "Competition Law and the Agenda for the WTO", en *Antitrust*, Haley e Iyori, op. cit., nota 13, pp. 1-36

17 Publicado en BNA Antitrust & Trade Reg. Rep., vol. 64, no. 1628 (Aug. 19, 1993) Más recientemente, véase Y-P Chu, "Towards the Establishment of an Order of Competition for the International Economy: With References to the Draft International Antitrust Code, The Parallel Imports Problem, and the Experience of Taiwan, ROC", en Chia-Jui Cheng, Lawrence S. Liu y Chih-Kang Wang (editores), *International Harmonization of Competition Laws* (Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1995). Una visión alternativa respecto del Código se encuentra en W. Fikentscher, "On the Proposed International Antitrust Code", en *Antitrust*, Haley e Iyori, op. cit., nota 13, pp. 345-357.

nacional; la aplicación de estándares mínimos para la regulación doméstica antimonopolios contra las prácticas que restrinjan la competencia cuya dimensión sea internacional; la utilización de las sanciones del GATT para asegurar la ejecución no discriminatoria de las reglas internacionales sobre competencia, y finalmente, la exclusiva aplicación del código a los casos transnacionales. El desarrollo de principios sustantivos multilaterales ha sido criticada por poco realista, toda vez que la unificación de criterios sobre qué prácticas deben ser consideradas restrictivas de la competencia ha demostrado ser imposible en la práctica.

En tercer lugar, se encuentran quienes proponen una armonización de principios adjetivos y procedimentales a fin de coordinar los esfuerzos de las agencias nacionales en el tratamiento de casos que afecten simultáneamente jurisdicciones extranjeras. Esta ha sido, esencialmente, la solución alcanzada hasta el presente, por aquellos países que no pertenecen a un área económica común, como es el caso de los acuerdos alcanzados para la obtención de evidencia, pruebas, notificaciones y otros aspectos procesales. Entre ellos cuentan los casos de acuerdos suscritos por los Estados Unidos con Canadá,[18] Australia,[19] Alemania,[20] y más recientemente, la Comunidad Europea.[21]

Por último, Fox propone identificar los puntos de conflicto y áreas de consenso que se presentan en el contexto del sistema actual, para formular una agenda de acción internacional en respuesta.[22] En tal sentido, esta posición toma nota de los problemas de divergencia presentes

---

18 Memorándum de Entendimiento entre el Gobierno de Canadá y el Gobierno de los Estados Unidos de América en cuanto a la Notificación, Consultas y Cooperación respecto a la aplicación de Leyes Antimonopolios (1984), en *International Legal Materials*, No. 23, p. 275.

19 Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de Australia relativo a la Cooperación en materia Antimonopolios (1982), en *International Legal Materials*, No. 20, p. 702.

20 Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de la República Federal de Alemania relativo a la Cooperación mutua sobre Prácticas Comerciales Restrictivas (1976).

21 Acuerdo entre la Comisión de las Comunidades Europeas y el Gobierno de los Estados Unidos de América relativo a la Aplicación de sus leyes de Competencia, Washington, DC, 23 de septiembre de 1991.

22 Vid., E. Fox, "Competition Law", op. cit., nota 16.

en las normas regulatorias nacionales a la luz de la realidad internacional, y se inclina por identificar las dificultades y bondades de armonizar tales regulaciones.[23] Según esta opinión, esta posición ofrece, una aproximación aparentemente equilibrada y "realista" al problema, dado el grado actual de la integración de las economías nacionales. De este modo, nada impide concebir, por ejemplo, en la adopción futura de un estatuto único de normas antimonopolios, semejante al compendio de normas federales existentes en los Estados Unidos, representadas por la Sherman Act y otras, y los Artículos 85 y 86 del Tratado de Roma, para la Unión Europea. Por el momento, bastaría con identificar los principales consensos, donde podrían desarrollarse principios sustantivos para orientar la aplicación de esta política por los organismos nacionales así como la adecuación de sus respectivas legislaciones a tales principios.

IV. LIMITACIONES DE LA POLÍTICA ANTIMONOPOLIOS PARA PROMOVER LA COMPETENCIA EN EL COMERCIO INTERNACIONAL.

Existen numerosos planteamientos teóricos que especulan sobre las supuestas bondades de implementar políticas antimonopolios para acicatear la competencia empresarial. Sin embargo, la evidencia empírica apunta en un sentido distinto, incluso abiertamente contrario. En este sentido, la escuela de Escogencia Pública (Public Choice) de la Universidad de Virginia ha desarrollado toda una literatura que destaca la innumerable evidencia empírica en los que no son los mercados, sino los gobiernos, quienes fallan en promover el interés público, que en nuestro caso es la promoción de la competencia.[24] Para comprender la razón de

---

23 Como observa Trebilcock: "Un mundo enrumbado hacia la globalización tiene poca tolerancia por un sistema divergente y requiere una nueva aproximación para mitigar las fricciones del sistema mediante la adopción de poderes de policía internacionales para promover la convergencia de esas políticas gubernamentales que son más relevantes al proceso de innovación." Trebilcock, "Reconciling Competition Law", op. cit., nota 8, p. 269.

24 Según esta escuela de pensamiento económico, la función gubernamental, lejos de estar inspirada en ideales de "bien común" o "interés público", se desarrolla bajo incentivos de maximización de utilidad semejantes a los visibles en el mercado, entre agentes políticos actuando como agentes económicos *lato sensu*. La conclusión más relevante de esta teoría está en destacar que por cuanto los mercados políticos tienden a ser cerrados, operan guiados bajo incentivos "errados" que conducen a imperfecciones peores que las ofrecidas por los mercados bajo la perspectiva neoclásica. Concretamente, en el campo de la política la maximización de la utilidad de los agentes políticos se expresa a través del otorgamiento de favores y prebendas a cambio de apoyos políticos. Para una elaboración

tal incapacidad, es preciso establecer los errores del enfoque teórico sobre el cual se asienta esta política. Estas limitaciones conceptuales cuestionan la bondad de los resultados que cabe esperar de esta política regulatoria, pues en vez de promover, han resultado en un menoscabo del objeto que pretende alcanzar, esto es, la competencia, al erosionar la seguridad jurídica de los actores económicos, incrementando en niveles intolerables la discrecionalidad administrativa para calificar unilateralmente la existencia de una restricción a la competencia. En efecto, la concepción teórica detrás de la política antimonopolios invita constantemente a la autoridad administrativa a encontrar restricciones de la competencia virtualmente en cualquier actividad que desarrollen las empresas, incluso, las que son claramente innovadoras y competitivas. Veamos.

V. INCAPACIDAD DE LA POLÍTICA ANTIMONOPOLIOS PARA ABORDAR EL FENÓMENO DE LA COMPETENCIA.

La política antimonopolios fundamenta sus preceptos normativos (v.gr., condena a la concentración de mercados, condena a los oligopolios, condena a los abusos de posiciones de dominio) en el marco teórico "estático" provisto por la escuela neoclásica de la economía. Bajo la influencia de esta escuela, profundamente influenciada por la lógica positivista, imperante en las ciencias sociales desde fines del siglo XIX, el análisis científico de la economía se articula sobre *modelos* explicativos de la conducta de los agentes económicos. Para aprehender la complejidad del comportamiento de los agentes sociales en el mundo real, estos modelos emplean como recurso la simplificación de la realidad. Para ello sustraen del examen ciertos componentes o aspectos de la realidad (*variables)* para medir el comportamiento de los demás. Los modelos no son otra cosa que eso: representaciones ideales y simplificadas de la realidad; no la realidad misma. Es importante enfatizar este aspecto, pues he aquí la inconsistencia de las políticas antimonopolios, que aplican medidas de política pública sobre la realidad económica, sin apreciar que sus cálculos son basados en modelos que sustraen de éste su

---

de la teoría de escogencia pública a las diversas facetas que abarcan las políticas antimonopolios, véase particularmente, Fred S. McChesney y William F. Shughart (editores) *The Causes and Consequences of Antitrust: The Public-Choice Perspective*, (Chicago: University of Chicago Press, 1995).

carácter esencial, esto es, el dinamismo y evolución de los procesos de competencia. Volveremos sobre esto más adelante.

Entre los modelos de economía positiva, el de "equilibrio económico" es quizás el más significativo para comprender la visión estructural de mercados de la competencia económica compartida por la Escuela Neoclásica, permeada en la teoría antimonopolios.

Según este modelo, la economía puede representarse en la idea de un equilibrio de fuerzas (demanda, oferta, etc.) cuya interacción conduce en el largo plazo a un estado de reposo o punto de equilibrio, el cual sólo puede alterarse mediante un cambio exógeno que imprima una fuerza a los agentes económicos, sacándolos de su supuesto (asumido) estado de letargo. Una particularidad del estado de equilibrio es que una vez alcanzado, los recursos sociales son eficientemente asignados a quienes le dan un uso más valorado, tal como observó el economista italiano Vilfredo Pareto.[25] Este punto -socialmente eficiente- de equilibrio es posible, según esta posición, en mercados altamente descentralizados, cuyos participantes, minúsculas y atomizadas firmas poseedoras de conocimiento absoluto (presente y futuro) sobre las posibilidades tecnológicas, preferencias de los consumidores, estrategias de sus competidores, etc., alcanzan tal grado de competencia que les es imposible manipular individualmente el mercado, pudiendo vender al precio que éste les dicte.

Esta doble comprobación pasó a tener una importancia central en el sistema "estático" creado por los economistas pertenecientes a esta escuela, quienes casi imperceptiblemente asumieron las bondades de aquellos mercados que parecían encontrarse más cercanos al punto -óptimo- de equilibrio. Dicho de otro modo, los mercados que en la vida real no asemejaban estas condiciones extremas de competencia perfecta (es decir, todos), eran inevitablemente clasificados como de competencia "imperfecta" (Robinson) o "monopólica" (Chamberlin).[26] Más tarde, los teóricos de la política antimonopolios, desarrollaron toda una

---

25 Vilfredo Pareto, *Manual of Political Economy* (Londres: MacMillan, 1970).

26 "Reconsideración de la Competencia: Chamberlin y Robinson", en Robert B. Ekelund y Robert F. Hébert, *Historia de la Teoría Económica y de su Método* (Madrid: Mc Graw Hill, 1992), pp. 513 y ss.

elaborada argumentación para explicar cómo es posible que a mayor concentración de mercados, menor resulta la competencia: Los modelos de economía positiva pasaron de expresar situaciones ideales "límite" (esto es, la competencia perfecta y el monopolio puro, respectivamente), a "explicar" todas las variantes y situaciones intermedias más o menos monopolísticas entre ambos extremos.[27]

El error de esta perspectiva teórica no está tanto en el hecho de intentar comprender en términos positivos el comportamiento de la economía y de los mercados, mediante el aislamiento de ciertas variables, método este útil para comprender en alguna medida ciertas tendencias. El error consistió en atribuir gratuitamente propiedades normativas a los modelos de equilibrio, particularmente el de competencia perfecta y el de monopolio, haciendo aparecer las variantes intermedias como expresión fidedigna de lo sucedido en la realidad. Dejaron pasar por alto el carácter estático impreso a estos modelos "intermedios", que también los separaba de la realidad. Los economistas neoclásicos asumieron la realidad como una variopinta de mercados constantemente en "falla", incapaces de reproducir la "perfección" de la competencia perfecta.[28]

En efecto, como claramente lo ha indicado Demsetz, se pasó por alto que la función de estos modelos no era establecer un patrón de referencias con la realidad, ejercicio éste por lo demás inútil, sino un mero recurso analítico que permitiera predecir, con algún grado de aproximación, la conducta de las fuerzas que integran los mercados.[29] La

---

27 Todos ellos quedaron reflejados convenientemente en el llamado "Paradigma S-C-P" (*Structure-Conduct-Performance*) o "Estructura-Conducta-Desempeño", el cual postulaba una causalidad entre la estructura del mercado en cuestión y el comportamiento de las empresas en el mismo, lo que en última instancia habría de afectar su desempeño económico (eficiencia). A pesar de que inicialmente los economistas asumieron una causalidad unidireccional, la evidencia empírica los llevó a desechar la estructura concentrada como causa probable de las prácticas restrictivas. En su lugar, se intentaron explicaciones alternativas "dinámicas", en el sentido de sugerir que las estrategias empresariales de mercado podían incidir en su estructura, lo que habría de afectar los índices de competitividad.

28 Eventualmente, la desilusión de los teóricos neoclásicos por ajustar los mercados reales a las exigentes premisas del modelo de competencia perfecta los obligó a reducir sus aspiraciones y conformarse con esperar de ellos "competencia efectiva". Bajo este nuevo nivel, basta con que los mercados permitan un grado razonable de competencia, no obstante su estructura se encuentre más o menos concentrada.

29 H. Demsetz, "Information and Efficiency: Another Viewpoint", *Journal of Law and Economics*, vol. 12 (1969), pp. 1-22.

comparación de la realidad con estados ideales no considera los costos necesarios para alcanzar tal estado ideal.[30] En otras palabras, el enfoque de políticas públicas debería ser, no la comparación de los mercados reales con un nivel inalcanzable de perfección, sino la comparación de reglas e instituciones que mejoran o empeoran las condiciones bajo las cuales los agentes económicos se ven motivados para competir y rivalizar. El error de enfoque normativo ha impedido a los proponentes de políticas antimonopolios apreciar el papel central que en la vida real tienen las expectativas de los agentes económicos en el entramado de relaciones que conforman los mercados. Son estas expectativas las que inducen a las empresas a rivalizar por mercados y clientes.

VI. EL CONCEPTO DE "EXPECTATIVAS" (TIEMPO REAL E IGNORANCIA INERRADICABLE) Y SU IMPORTANCIA EN EL ANÁLISIS DE LOS MERCADOS REALES.

En efecto, contrariamente al análisis estático y omnisciente (por asumir conocimiento perfecto de los agentes) que caracteriza los modelos neoclásicos, en el mundo real los individuos carecen de información perfecta sobre las condiciones que habrán de regir en sus actividades económicas; por el contrario, su actividad se encuentra inmersa en una densa penumbra de incertidumbre la cual los obliga a tener una aproximación meramente especulativa sobre sus actividades a futuro. A lo sumo, los individuos actúan basados en su experiencia pasada, así como en las expectativas que pueden desarrollar a partir de un conjunto de suposiciones, inquisiciones, conjeturas y asunciones, las cuales pueden en definitiva estar ajustadas a la realidad, tal como ésta se va presentando, o pueden por el contrario chocar con ella. Como señala G. B. Richardson, esto los obliga a buscar mecanismos para obtener información suficiente que los anime a invertir, a pesar de tal incertidumbre.[31]

¿De qué manera ocurre ésto? Constantemente los empresarios se ven forzados a pensar cuántos insumos deben invertir hoy de manera tal que puedan cubrir un nivel de demanda agregada que ellos esperan será requerido abastecer en cierto momento futuro. El problema está en que

---

30 Israel M. Kirzner, *Competition and Entrepreneurship*, (Chicago: University of Chicago Press, 1973), pp. 231-234.

31 G.B. Richardson. *Information and Investment*, (Oxford: Oxford University Press, 1960).

cualquier determinación de ese nivel de demanda agregada no será sino meramente especulativa: Nadie puede conocer con certeza el futuro.

Con todo, es posible aproximarse razonablemente a ese nivel de manera tal de motivar hoy las inversiones requeridas. El proceso de encontrar el nivel óptimo de inversiones, de ensayo y error, puede atenuarse de diversas maneras; todas ellas reducen el grado de especulación y permiten a los empresarios escudriñar en el futuro. Algunas de estas formas son basadas en su experiencia pasada sobre las condiciones y cambios "exógenos" existentes en el mercado que laboran; otras, en los cambios "endógenos" en el comportamiento de las empresas con quienes interactúan. Para lo primero, es posible elaborar cálculos actuariales que les permitan descifrar las probabilidades de que un determinado acontecimiento se produzca en el futuro; ello conduce a establecer los riesgos de sus operaciones. Para lo segundo, esto es, precisar en el futuro la conducta de las empresas con quienes interactúan, Richardson distingue aquellas empresas con quienes la nuestra desarrolla actividades competitivas de aquellas con quienes desarrolla actividades complementarias.[32]

En el caso de actividades competitivas, se trata de precisar cuál es el nivel óptimo de inversiones que permiten cubrir, *pero no exceder*, un nivel determinado de demanda agregada futura. Si las empresas que desarrollan actividades competitivas exceden en conjunto sus inversiones presentes, tendrán en el futuro un excedente de producción, y por tanto, pérdidas. Se requiere de mecanismos que permitan conocer el monto total de inversiones, a fin de colocar la producción futura en un nivel óptimo. De igual manera, en caso de inversiones complementarias (esto es, aquellas que se requieren conjuntamente para estimular la venta o disminuir los costos de producción), el empresario requiere conocer el nivel *mínimo* de producción que aquellos que realizan tales actividades están hoy dispuestos a ejecutar. El dilema en uno y otro caso es el

---

32 Según este autor, en caso de actividades competitivas las posibilidades de ganancias resultantes de la inversión efectuada por una empresa se verán reducidas como consecuencia de la ejecución de los planes de inversión de las demás empresas, cuya actividad es sustituta efectiva de la primera. Por el contrario, para el caso de actividades complementarias, los planes de una empresa refuerzan los planes de inversión de las demás, quienes por tal motivo se benefician de un aumento en la demanda de los bienes o servicios que producen o de una disminución en sus costos (Richardson, *Id.* at 30-31).

mismo: Cómo reducir (nunca es posible eliminar) el nivel de incertidumbre?

Las vías posibles generalmente chocan con las disposiciones antimonopolios, pues la visión estructural que informa esta política las considera inexorablemente formas de restricción a la competencia "estructural". Olvida este enfoque que sólo a través de cooperación pueden los empresarios asegurar sus expectativas a futuro en el mercado. Esto es claramente visible, no sólo en el caso evidente de un acuerdo de precios para limitar la producción entre empresas que desarrollen actividades competitivas, supuesto éste condenado de manera unánime en las legislaciones antimonopolios. También lo es en todas aquellas circunstancias donde las empresas de alguna manera se relacionen activa o pasivamente para circular información sobre los niveles de producción. Estos casos van desde relaciones muy cercanas (pero no iguales) a las de "competencia perfecta", como por ejemplo, el desarrollo de una reputación comercial, la promoción de la lealtad de los consumidores o la diferenciación de productos, hasta la fusión o adquisición de empresas, mecanismo éste de consolidación de expectativas a futuro de las empresas intervinientes, pasando por la celebración de acuerdos expresos de largo plazo para coordinar planes y expectativas de producción. Bajo esta perspectiva temporal, realista y dinámica, la competencia existe en el mercado por el hecho de no existir impedimentos legales a terceros para ingresar en el mismo. Como quiera que se trata de una visión dinámica, no importa cuán concentrado esté el mercado en un determinado momento de su evolución. Lo esencial será que en términos dinámicos a las empresas no se les prohiba ofrecer sus productos o servicios. Las tesis sobre la existencia supuesta de "barreras al ingreso", que las empresas que ya se encuentran dentro del mercado colocarían sobre potenciales rivales, pierde toda su significación estructural. En efecto, vistos a la luz de esta perspectiva dinámica, tales impedimentos declarados como barreras por los partidarios de las políticas antimonopolios aparecen más bien como limitaciones naturales del mercado.

Como consecuencia, las legislaciones antimonopolios irremediablemente caen en el desatino de condenar prácticas que siendo instrumentos necesarios para asegurar el funcionamiento de los mercados (habida cuenta de ellas aseguran las expectativas de las empresas a futuro) son calificados como lesivos de la competencia, pues limitan la inde-

pendencia de acción de las empresas. Confunden así la causa con la consecuencia, pues olvidan que lo que lleva a las empresas a limitar su independencia de acción no es tanto su potencial o actual interés por sustraer rentas monopólicas de los consumidores (ejercicio éste imposible de sostener ante la libertad de ingreso de nuevos rivales) como el hecho de que a pesar de la incertidumbre de hechos futuros, las empresas deben continuar operando, para lo cual deben tratar de establecer si tales condiciones futuras exigen de ellos hoy incrementar su capacidad productiva o abstenerse de ello.

VII. INCONSISTENCIA DE LAS POLÍTICAS ANTIMONOPOLIOS CON EL ESTADO DE DERECHO: LA AUSENCIA DE CONTROL JUDICIAL.

La incompatibilidad de las políticas antimonopolios con los procesos reales de interacción económica en los mercados y, particularmente, con la competencia, son aún más visibles en el ámbito de lo jurídico. Esto es particularmente chocante, si se considera que las políticas antimonopolios son frecuentemente bienvenidas como "la Carta Fundamental del Sistema Económico", o como instrumentos tuitivos de la integridad de los derechos económicos. El argumento, en esencia, es que las políticas antimonopolios aseguran la realización efectiva de los derechos económicos que, de otro modo, se verían supuestamente perjudicados por la realización de conductas tipificadas como restrictivas de la competencia. Como hemos visto, lo "restrictivo de la competencia" depende del concepto de "competencia" *asumido*, el cual, en su versión neoclásica tiene que ver con teorías acerca de situaciones y estructuras de mercado antes que procesos reales de rivalidad empresarial.

Las inconsistencias son claras en la determinación formal de supuestos restrictivos de la competencia con la que se nos presenta en el mundo real: Como hemos visto, los acuerdos, conductas paralelas, limitaciones de mercado, de producción y otras semejantes, pueden ser instrumentos útiles para conciliar montos globales de producción de actividades competitivas entre diversas empresas; en tanto que la reputación comercial, acuerdos de distribución o de compra exclusiva, de desarrollo de operaciones conjuntas, joint ventures, e incluso, la compra de empresas "aguas arriba" o "aguas abajo", pueden ser vías idóneas para

asegurar la estabilidad en la realización de actividades complementarias necesarias para acrecentar la venta del producto elaborado por nuestra empresa o disminuir los costos. Sin embargo, las legislaciones antimonopolios condenan estas prácticas sujetando a las empresas que participan en ellas a una presunción de culpabilidad por restringir la competencia.

Sin embargo, la teoría neoclásica de monopolios no es clara en establecer una causalidad económica entre la concentración de mercados (o desde una perspectiva opuesta, la ausencia de independencia corporativa) y la supuesta restricción de la competencia. El análisis económico basado en el paradigma S-C-P ha sido objeto de innumerables críticas fundadas en *las aportaciones* empíricas de casos que demuestran cómo la rentabilidad y obtención de ganancias no *está atada* a la estructura concentrada de un sector, o cómo la aparente obstaculización de empresas no es consecuencia de intentos monopólicos por quienes están ya en el mercado, sino simplemente niveles de eficiencia superiores que no deberían ser objeto de penalización.

El análisis económico neoclásico ayuda poco para encontrar el nivel óptimo de eficiencia social (Pareto superior) en un caso específico: No en vano Demsetz calificó estos esfuerzos como la "falacia de Nirvana", la realización quimérica de un mundo ideal que ninguna situación del mundo real, por eficiente que parezca, es capaz de reproducir. De manera que el análisis de la "regla de la razón", tradicionalmente empleado por la doctrina y práctica antimonopolios para "separar" las "restricciones eficientes" de las "socialmente ineficientes" luce artificiosa y engañosa, por decir lo menos. Esto es particularmente evidente cuando se examina el tipo de evaluación requerida para considerar la existencia de una posición económica dominante en el mercado capaz de habilitar una empresa para imponer condiciones monopólicas. ¿Qué datos permiten establecer el tamaño del mercado, a fin de conocer si la empresa examinada goza de una posición dominante en el mismo? ¿Cuál es el porcentaje de cuota de mercado suficiente para asegurar tal posición frente a las demás competidoras? ¿Cómo deben valorarse los datos representativos? Por ejemplo, en un caso donde se discuta la posición de dominio de unas empresas fabricantes de gaseosas, ¿cuál debe ser considerado el mercado relevante? ¿Acaso el de refrescos? ¿O bien el de

bebidas de cualquier tipo? ¿Cómo apreciar los gustos y preferencias de los consumidores? Son demasiadas las preguntas que quedan sin respuesta.

La doctrina jurídica administrativista, merced a su marcada inspiración positivista, es incapaz de aclarar de qué manera puede controlarse adecuadamente la discrecionalidad administrativa que invita la legislación antimonopolios. Si bien la forma legal de los actos administrativos que recubre la manifestación de voluntad administrativa en estos casos es posible sujetarla a ciertas reglas formales propias del llamado *due process*, ellas distan con mucho de proveer un verdadero Estado de Derecho (*rule of law*), el cual se refiere más bien al contenido sustantivo de esa voluntad; *pues tal sustantividad se basa en última instancia en meras hipótesis o teorías económicas, o lo que es igual, especulaciones u opiniones de la Administración sobre los posibles efectos de los actos que realicen las empresas cuando los mercados tengan ciertos niveles de concentración.* No en balde la evidencia económica que soporta los reclamos de quienes atacan empresas supuestamente monopolizadoras del mercado está constituida por hechos relativos, no a las empresas acusadas, sino a condiciones externas imperantes en el mercado; son éstas las que confieren el carácter supuestamente nocivo a la actividad de aquéllas.[33]

VIII. CONSECUENCIAS INSTITUCIONALES DE LA APLICACIÓN DE POLÍTICAS ANTIMONOPOLIOS.

Como resultado de la discrecionalidad incontrolada, los derechos individuales, lejos de verse protegidos (como cándidamente lo señalan los partidarios de estas políticas) se ven menoscabados. En términos de economía neo-institucional, la indeterminación de las empresas en la apropiabilidad efectiva sobre sus recursos genera una situación donde éstos son asignados, no conforme a las decisiones eficientes de sus titulares formales, sino por la interacción compleja del componente político, que constantemente vigila que las empresas no alcancen cuotas "indeseables" de participación en el mercado. Lamentablemente, la esen-

33 Para un análisis más detallado de esta limitación, ver Robert Bocking Stevens y B. S. y Yamey, *The Restrictive Practices Court: A study of the Judicial Process and Economic Policy*, (Londres: Weidenfeld and Nicolson, 1965).

cia de la competencia real, esto es, ganar más cuota de mercado a costa de competidores, es contradicha por la apreciación política subjetiva, convenientemente habilitada por esta legislación. Se hace indispensable conocer de qué manera se integran los factores de poder en el mercado político en el área antimonopolios, para estimar cómo puede resultar mermada la capacidad empresarial para competir eficazmente.

Sobre este particular, ya hemos señalado que la doctrina de la Escogencia Pública (*public choice*) ha puesto de relieve el interés privado que defienden las políticas antimonopolios, distante del pomposo "interés público" pregonado por quienes la promueven como la "Carta Magna de la Constitución económica".[34] En el caso de políticas antimonopolios, tales fallas son particularmente notorias en su origen, asociado al "interés privado" de grupos de poder político con alto poder de cabildeo,[35] así como en su continuación, la cual se explica por el interés privado de lograr prebendas, disciplinar competidores agresivos,[36] obstaculizar la competencia a través del uso de mecanismos públicos, perjudicando a competidores más eficientes,[37] o cobijar una

---

34 Como ha sido observado por la jurisprudencia norteamericana: " Las leyes antimonopolios ... son la Carta Magna de la libre empresa. Ellas son tan importantes para la preservación de la libertad económica y nuestra libre empresa como lo es la Carta de Derechos ("Bill of Rights") para nuestras libertades fundamentales." (Vid., caso *U.S. v. Topco Associates Inc.* 405 U.S. 596,610 (1972). Este principio de vieja prosapia en antimonopolios, ya había sido enunciado en *Northern Pacific Railways v. United States.* 356 U.S. I, 6, 8-9, 10 N.8 (1958).

35 Véase, T. Di Lorenzo, "The Origins of Antitrust: An Interest-Group Perspective", *International Review of Law and Economics*, vol. 5 (1985): pp. 73-90. También, D. Boudreaux, T. DiLorenzo y S. Parker, "Antitrust before the Sherman Act", en McChesney y Shughart, *The Causes and Consequences of Antitrust*, op. cit., nota 24, pp. 255-270. En tal sentido, Rodríguez y Coate observan que la demanda de políticas antimonopolios en países en vías de desarrollo tiene además de los componentes indicados, una razón adicional (y particularmente chocante) en el interés de ciertos Estados por mantener una *ascendencia* política sobre países en vías de transición. A. Rodríguez y M. Coate, "Antitrust Policy for Reforming Economies", *Houston Journal of International Law*, vol. 18 (1996), pp. 311-358.

36 Rodríguez y Coate, "Antitrust Policy for Reforming Economies", op. cit., nota 35: p. 337.

37 Sobre este uso de las políticas de competencia, véase particularmente, W. Baumol y J. Ordover, "Use of Antitrust to Subvert Competition", *Journal of Law & Economics* , No. 28 (1985), pp. 247-266. Esto es lo que Bork llama "Depredación a través de mecanismos gubernamentales". Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, (Nueva York: Basic Books Publisher, 1978), pp 347-349).

amalgama de intereses privados que poco tienen que ver con los objetivos declarados de esta política.[38]

Tales fallas gubernamentales, de monta superior a las supuestas fallas de mercado que en teoría justifican la aplicación de correctivos antimonopolios, asumen una variedad notable de formas y efectos.[39] Sin embargo, quizás la más interesante tiene que ver con el uso proteccionista que tales instrumentos podrían suponer en el comercio internacional. En tal sentido, Rodríguez y Coate señalan: "Las políticas antimonopolios pueden tener numerosos usos políticos posibles si asumimos que las barreras no arancelarias son un substituto cercano de las barreras arancelarias. Un grupo de interés que controle la [formulación y ejecución de la] política gubernamental puede permitir la liberalización arancelaria, permitiendo al gobierno argumentar ante sus socios comerciales que ha satisfecho sus compromisos asociados con la condicionalidad de préstamos internacionales. A continuación, el gobierno puede erigir barreras no arancelarias para aplacar la oposición interna, ignorando las recomendaciones de su propia agencia antimonopolios."[40] A pesar de la prudencia con la que los autores se expresan, al asumir que puesta en la coyuntura, una agencia antimonopolios asumiría la defensa del interés público en mantener los mercados domésticos abiertos a la competencia internacional, nosotros

---

38 Esta tesis la desarrolla Peltzman, quien argumenta que la regulación de una actividad, no sólo se explica por el interés de un grupo definido (por ejemplo, productores) en controlar al ente regulador, bajo la tesis inicial de "captura" propuesta por Stigler, sino que puede obedecer a motivaciones más complejas provenientes de distintos grupos dirigidos a captar las "rentas" generadas por la regulación. S. Peltzman, "Toward a More General Theory of Regulation", *Journal of Law and Economics*, No. 19 (1976), pp. 211-240. G. Stigler, "The Theory of Economic Regulation", *Bell Journal of Economics and Management Science*, No. 2 (1971), pp. 3-21. En el caso de *antitrust* estos intereses comprenden los de firmas de abogados, asesores económicos, abogados de las agencias antimonopolios en procura de nombre, fama y experiencia, peticiones de competidores menos eficientes y otras semejantes. En este sentido, véase Susanne Weaver, *The Decision to Prosecute: Organization and Public Policy in the Antitrust Division* (Cambridge: MIT Press, 1977).

39 Sobre aspectos específicos asociados con la aplicación de tales políticas, véase G. Bittlingmayer, "Did Antitrust Policy Cause the Great Merger Wave?", *Journal of Law and Economics* , No. 28 (1985), pp. 77-118. Los efectos de tales políticas, ha señalado la doctrina, trascienden incluso los linderos de su objeto formal, siendo indirectos, aún cuando no menos significativos. En tal sentido, véase W. F. Shughart y R. Tollison, "The Employment Consequences of the Sherman and Clayton Acts", *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, No. 147 (1991), pp. 38-52.

40 Rodríguez y Coate, "Antitrust Policy for Reforming Economies", op. cit., nota 35: p. 337.

creemos que la lógica gubernamental, tal como la describe la teoría de Escogencia Pública, siempre tendería a imponerse sobre cualquier aspiración idealista de ejercer la política de competencia de manera "objetiva" y "aséptica" de influencias indebidas de grupos de interés privados. Baste con imaginar el cúmulo de casos de competidores foráneos acusados de "depredar" los mercados domésticos; de cartelizarse, bien por sí o por medio de la legislación de sus países de origen; o de realizar prácticas restrictivas cuyos efectos se habrían de registrar en el mercado del país de importación. Por esta razón, creemos que es más probable que el proteccionismo comercial encuentre un nuevo asidero no arancelario en la discrecionalidad no controlada que habilitan las normas antimonopolios.

IX. UNA PROPUESTA INSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN A LA COMPETENCIA EN EL COMERCIO INTERNACIONAL.

Las anteriores consideraciones pretenden hacer ver que paradójicamente, las actuales políticas de "promoción" a la competencia, basadas en la persecución de conductas pretendidamente monopólicas, lejos de promoverla, la regulan, y por tanto, la extinguen. Sin embargo, tal comprobación no debería llevar a la pesimista conclusión de que la acción publica es ontológicamente incapaz de instrumentar políticas de promoción a la competencia. En esta sección abordaremos esta cuestión.

Una postura alternativa de acercamiento al problema de promoción de la competencia en el comercio internacional es la que ofrece el análisis del marco institucional bajo el cual sus participantes (Estados y empresas) actúan y su amenabilidad con el libre comercio.[41]

---

41 La necesidad de abordar el tema antimonopolios bajo una perspectiva alternativa a la convencional, ha sido planteada, entre otros, por Boarman, quien hace un interesante recuento de las iniciativas desplegadas en este sentido, las cuales se extienden hasta la época de Nixon. Véase P. Boarman, "Antitrust Laws in a Global Market", *Challenge* (enero-febrero de 1993), p. 31. Este ensayo evalúa la necesidad de introducir una perspectiva diferente en la ejecución de políticas antimonopolios a la luz de la globalización de la economía mundial. Lamentablemente, a pesar de que el autor critica de alguna manera las deficiencias que ofrece la caracterización tradicional de la competencia (competencia perfecta, según el modelo neoliberal), no presenta una alternativa a este modelo, con lo que sus conclusiones son limitadas a una mera adaptación de los conceptos tradicionales a las nuevas situaciones del comercio internacional.

En efecto, esta propuesta se fundamenta en el objetivo final que se persigue en toda esta discusión: El libre comercio de bienes y servicios requiere la eliminación o control de las tendencias proteccionistas que impiden su realización. Son estas tendencias las que impiden actuar a las empresas, y por tanto, competir en el mercado internacional.

Esta propuesta alternativa parte, por tanto, de afirmar que la transparencia de los mercados internacionales y la promoción de la competencia empresarial depende del control de la discrecionalidad administrativa de las autoridades nacionales que favorece el neo-proteccionismo comercial. Esta discrecionalidad se presenta por imperfecciones en el sistema de reglas institucionales concebido para normar tal fenómeno, dejando vacíos o lagunas normativas que son aprovechados por los Estados para ganar una ventaja estratégica a costa de los demás participantes del comercio internacional. Como ya ha sido señalado,[42] el proteccionismo comercial se genera en la ausencia de normas multilaterales que comprometan la conducta de las autoridades nacionales y gobiernos en su respaldo del libre comercio.

El contexto internacional, como es evidente, está integrado por un conjunto de actores que actúan estratégicamente, intentando maximizar su utilidad. Tales actores determinan nacionalmente las políticas que los Estados resuelven llevar al terreno de las negociaciones internacionales, las cuales asumen por esta vía un carácter marcadamente mercantilista. Ejerciendo un balance entre los intereses de empresas y consumidores nacionales y extranjeros, los Estados diseñan sus políticas comerciales y de promoción a la competencia. En este cálculo, y dado el mejor poder negociador del cabildeo empresarial, es de esperar que los Estados tiendan a favorecer los intereses del sector empresarial frente al consumidor, y los de sus nacionales frente a los extranjeros. Por esta razón, los intentos de proteccionismos son tan frecuentemente asociados con políticas de corte "nacionalista" (aun si con ello se perjudica a los "nacionales" consumidores del país respectivo).

---

42 Véase., I. De León y M. Morales, "From Aid to Trade: A New Appraisal in the Economic Relations between the European Union and Latin America", *European Foreign Affairs Review*, vol. 2 (1997), pp. 63-96. También, Janusz Ordover, Alan O. Sykes y Robert D. Willig, *Unfair International Trade Practices*, PP-19, (Nueva York: C.V. Starr Center for Applied Economics, New York University, Department of Economics, septiembre de 1982), pp. 10-16.

Entre los Estados, el modelo empleado tradicionalmente es aquel que identifica las situaciones en este contexto con la que presenta en "teoría de juegos" el llamado "dilema del prisionero". En tales situaciones, se *asume* que los Estados, obedeciendo a los intereses locales que determinan en última instancia sus respectivas políticas comerciales, cederán a la tentación de establecer medidas proteccionistas, y de tratar de ganar ventaja con sus socios comerciales.

Bajo esta perspectiva, los Estados se benefician mutuamente si pueden imponer normas multilaterales que restrinjan los impulsos proteccionistas, por hacer más costosas las consecuencias de su incumplimiento, por medidas de "retorsión" debidamente autorizadas por el marco multilateral.

Es aquí que el acento debería ponerse sobre la fortaleza o debilidad del marco multilateral vigente (esto es, el sistema GATT/OMC) para prevenir y condenar proteccionismos que den lugar a restricciones de acceso a mercados. Sobre este particular, es preciso recordar que lejos de asumir una direccionalidad clara que comprometa el respaldo hacia el libre comercio, el GATT es ante todo un instrumento producto del compromiso y las concesiones. Su forma es por tanto lo suficientemente flexible como para permitir interpretaciones divorciadas del libre comercio. Por esta razón, debe procurarse su fortalecimiento mediante políticas institucionales, antes que favorecer la discrecionalidad administrativa, tan fácilmente proclive a transformarse en fuente de nuevas barreras no arancelarias al comercio.

Idealmente, pudiera concebirse dar acceso a los beneficiarios de derechos económicos a la jurisdicción del GATT para asegurar sus derechos directamente. Esto permitiría una solución efectiva y más probable que el recurso actual de recurrir a las jurisdicciones nacionales.

En conclusión, el desideratum no consiste en establecer, sobre la base de teorías económicas cada vez más cuestionadas, un supuesto carácter nocivo sobre conductas empresariales cuya existencia puede permitir un funcionamiento más eficiente y fluido de los mercados. En lugar de ello, la clave está en distinguir cuáles estructuras de derechos o reglas institucionales facilitan tal funcionamiento, bien porque ellas asignan adecuadamente derechos de propiedad sobre recursos sociales, impi-

diendo así problemas de "oportunismo", o bien porque *no traban la iniciativa de los particulares para resolver estos problemas cuando ellos subsistan.*[43]

En este sentido, es claro que la indefinición de derechos genera "costos de transacción" que dificultan y, en el extremo, imposibilitan el comercio. Imposibilitado el comercio, es difícil imaginarse como podría florecer la competencia empresarial, fin último éste de las legislaciones de competencia.

Desde una perspectiva sustantiva, tales reglas deben reducir los conflictos en la asignación o transmisión de derechos; por definición ello implica un sistema de solución de controversias eficaz. Pero además se requiere de un conjunto de iniciativas positivas dirigidas a impedir o resolver los problemas de tales indefiniciones de derechos en casos *difíciles.* Piénsese, por ejemplo, en la asignación precisa de derechos de propiedad sobre las ideas, objeto de la legislación de propiedad intelectual, o sobre la persona del empresario, su reputación comercial, y otras áreas semejantes, que dan origen a políticas correctoras de oportunismos como lo es la legislación de "competencia desleal".

Como puede verse, una política de competencia alternativa no supone la inhibición del Estado, sino la reformulación de sus funciones para hacerlas corresponderse con la lógica de los mercados, y de la competencia.

En el ámbito de las relaciones comerciales internacionales, el problema consiste en cómo prevenir el constante surgimiento de tendencias proteccionistas en el comercio internacional debido a vacíos y lagunas normativas. Es aquí que se presentan los efectos reales de normas antidumping, de lagunas interpretativas que facilitan a los Estados impedir los flujos comerciales, y probablemente, de los problemas que surgirían de adoptarse normas antimonopolios, las cuales posiblemente sustituirían las actuales antidumping como instrumento de proteccionis-

43 Como señala Langlois, "esta perspectiva comparativa-institucional está en franco contraste con la perspectiva de la economía neo-clásica (tal como se la practica frecuentemente), la cual persigue derivar sus conclusiones normativas a partir de los teoremas de bienestar del análisis de "equilibrio". R. Langlois, *Economics as a Process,* Introductory Paper for a Liberty Fund symposium, (15 de octubre de 1982), p. 41.

mo comercial, alcanzando con ello un objetivo totalmente contrario al pretendido de abrir mercados y promover la competencia.

En la evaluación de las fortalezas y debilidades que el marco multilateral del GATT ofrece a sus miembros para establecer normas que permitan la competencia internacional, es preciso comprender el contexto en el cual tales normas se desarrollan y aplican.

X. CONCLUSIONES

La comprensión del problema que supone la aplicación de políticas que promuevan la competencia en el ámbito internacional va más allá de la simple identificación de los regímenes regulatorios que pudieran verse afectados por una reforma del régimen actual centrado en las prácticas de "dumping" para introducir los supuestos normativos propios de la política antimonopolios. El problema, en efecto, no es simplemente un problema operativo donde debe procurarse ordenar la aplicación de las normas antimonopolios con miras a "igualar las reglas de juego", o sustituir las normas antidumping, como crecientemente se propone en foros latinoamericanos e internacionales.[44] Esta es una apreciación superficial y exegética (positivista) que da por sentado ciertos valores y fundamentos teóricos cuya consistencia está muy distante de la solidez que requiere el análisis objetivo y realista de toda política pública. Está claro que la solución no es aplicar un maquillaje jurídico para paliar las aparentes dificultades del régimen antidumping. Ello sería equivalente a ignorar la direccionalidad semejante y el origen común de las políticas antidumping y antimonopolio, ambas fundadas en la premisa de que los mercados fallan.[45]

Se requiere, pues, un acercamiento a la esencia del problema debatido. Esto es, cuál es el origen de las restricciones que impiden el comercio y de qué manera proscribirlas.

---

44 Vid., *Los Nuevos Temas del Comercio. SP/CL/XXI.O DT No. 13,* XXI Reunión Ordinaria del Consejo Latinoamericano, Sistema Económico Latinoamericano (San Salvador, 10-13 julio de 1995).

45 En este sentido, Finger observa cómo el surgimiento de legislación antidumping reproduce el mismo espíritu de ataque contra los *trusts*, que inspiró la aprobación de normas antimonopolios a fines del siglo XIX. Finger, "The Origins and Evolution", op. cit., nota 11, pp. 9-10.

En este análisis sustantivo, es claro que las políticas actuales de regulación a la competencia son precisamente eso: regulaciones que en lugar de agilizar, entorpecen el comercio, logrando precisamente el efecto contrario de aquello que dicen promover.

El problema es más complejo que la existencia de empresas "desleales", y se relaciona más bien con la debilidad o fortaleza del marco institucional internacional para atacar las causas del proteccionismo comercial. Este proteccionismo está presente, tanto en aquellos espacios no normados entre los Estados, como en aquellos que estándolo, permiten a las autoridades comerciales ejercer poderes discrecionales absolutos. El primer caso, corresponde a la legislación de competencia; el segundo, a la de prácticas comerciales "desleales". La contención de este ensayo es que contrariamente a lo que se supone, la adopción de normas antimonopolios internacionales, lejos de aclarar la vaguedad de los supuestos de aplicación de la legislación antidumping, la preserva intacta, pues la naturaleza del modelo económico sobre el cual se funda aquella legislación favorece la aplicación de un modelo por definición *irreal* cuya interpretación, al aplicarse a situaciones reales, termina siendo aquella de quien detenta el poder de vigilancia, esto es, la autoridad pública.

Por esta razón, la respuesta es preciso buscarla en el fortalecimiento del marco institucional, en el respeto de los derechos individuales económicos que dan sentido jurídico al tráfico mercantil. Es ahí donde se precisa aunar esfuerzos.

Esta tarea, desde luego, no es fácil. Como indicamos anteriormente, el GATT no es un instrumento que por sí asegure el funcionamiento abierto de mercados, ya que al ser producto del compromiso, contempla numerosas excepciones que permiten legalizar conductas de los Estados cuya esencia atenta contra el libre comercio.

Las reflexiones anteriores han de aclarar la verdadera naturaleza de las normas regulatorias de la competencia, más allá de las meras declaraciones formales de voluntad legislativa. Esto es indispensable para identificar su conveniencia y conocer abiertamente sus consecuencias. Si la intención del Poder Público es consistente con la apertura económica y liberalización de los mercados, las normas antimonopolios

definitivamente no ofrecen una alternativa viable a este propósito. Por el contrario, como señala Godek, "la preocupación por temas antimonopolios revela una ansiedad poco saludable sobre el ilusorio padecimiento del capitalismo".[46]

De manera que es preciso proceder con sumo cuidado y no dejarse influenciar por la opinión convencional (particularmente, aunque es justo decirlo no sólo, la de juristas), que adopta estas políticas sin considerar ni las posibles limitaciones de la teoría económica en la cual se fundamentan, ni las consecuencias que derivan de su ejecución. En ello, no puede uno sino convenir con Ackerman, cuando al considerar este problema señaló: "Cuando hablan de manera tan resonante acerca de 'política e interés público', ¿tienen acaso los abogados la más remota idea de lo que están hablando?"[47]

46 P. Godek, "One U.S. Export Eastern Europe doesn't need", *International Merger Law*, (septiembre de 1991), p. 3.

47 Bruce A. Ackerman, *Reconstructing American Law*, (Cambridge: Harvard University Press, 1984), p. 22.

Una introducción al análisis de convergencias entre las leyes de competencia en América

Claudia CURIEL LEIDENZ*

Este trabajo tiene por objeto presentar un análisis de las convergencias y divergencias entre las normas y leyes internas que en materia de competencia rigen actualmente en los países del continente americano. La motivación para realizar un trabajo de esta naturaleza surgió a raíz de los debates que se han producido en el seno del Grupo de Trabajo de Políticas de Competencia en el marco del Area de Libre Comercio de las Américas. De esta forma, se han seleccionado algunos elementos referentes en su mayor parte a aspectos sustantivos de la legislación, orientando los señalamientos de tal forma que pueda apreciarse de qué manera la estructura y alcance de las legislaciones definen el concepto más amplio de "política de competencia".

Este objetivo resulta interesante de explorar en la medida que se ha comprobado, por medio de numerosos foros y discusiones, que la política de competencia presenta enfoques diferentes en los distintos países americanos, y que esas diferencias surgen a partir de las influencias recogidas en las legislaciones y en el desarrollo doctrinal de las agencias encargadas de su administración. Sin embargo, las herramientas y conceptos establecidos dentro de los cuerpos legales mismos significan restricciones respecto a los alcances que puede cumplir la política de competencia, y este es un aspecto muy poco explorado hasta la fecha por la literatura que, respecto de este tema, se ha producido hasta la fecha.

El propósito de esta reflexión no es presentar una comparación entre los aspectos que distinguen la política de competencia en los dis-

---

* Economista en el estudio Travieso, Evans, Hughes, Arria, Rengel & Paz. Profesora de Economía Política regulatoria en la UCAB y de Análisis Económico del Derecho en la UCV. Fue Superintendente Adjunto de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia.

tintos países,[1] sino tratar de examinar disposiciones dentro de las legislaciones que pudieran explicar esas diferencias. En ese sentido, los elementos que se presentan a continuación están dirigidos estrictamente a la comparación entre legislaciones de competencia. Por lo tanto, el alcance y manejo de regulaciones relacionadas con el funcionamiento del mercado, que están vigentes en países que no cuentan con una ley especial en la materia -como es el caso de Bolivia, Guatemala y República Dominicana-, no son abarcados por el tratamiento propuesto.

Hasta la fecha, trece países americanos cuentan con legislaciones en materia de competencia:[2] Argentina (1919), Brasil (1994), Canadá

---

1 Referencias completas en cuanto a los fines de las políticas de competencia en países con procesos recientes de apertura pueden encontrarse en: R. Shyam Khemani, "Cambios en los paradigmas de la economía industrial y desarrollo de la política de competencia", capítulo 1 en *Políticas de Competencia y el Proceso de Reformas Económicas en América Latina* (Lima: INDECOPI, 1998); Roger Alan Boner y Reinald Krueger, *The Basics of Antitrust Policy: A Review of Ten Nations and the European Communities*, World Bank Technical Paper Number 160 (Washington, DC: World Bank); Robert. D. Anderson y Dev. Khosla, *Competition Policy as a Dimension of Economic Policy: A comparative perspective*. Economics and International Affairs Directorate. Bureau of Competition Policy, (Canada: Bureau of Competition Policy, mayo 1994); Ana Julia Jatar, *Implementing Competition Policy on Recently Liberalized Economies: The Case of Venezuela* (Caracas: Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, 1993); R. Shyam Khemani y Mark Dutz, "The Instruments of Competition Policy and their relevance for Economic Development", en *Regulatory Policies and Reform in Industrializing Countries*, ed. Claudio R. Fristak (Washington, DC: The World Bank, 1995); Phyllis D. Altrogge y Rusell Pittman, "Some Principles for an Effective Competition Policy in Developing and Transforming Economies" (agosto de 1993, consultado en fotocopia); Claudia Curiel, *Diseño de un Modelo de Abogacía de la Competencia en el Contexto de la Implantación de las Políticas de Competencia en Latinoamérica*, (Ginebra: Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, octubre de 1996).

2 Hasta hace un par de años era un esfuerzo realmente costoso consultar las legislaciones vigentes en materia de competencia en América. Sin embargo, la Dirección General de la Competencia de la Comisión de las Comunidades Europeas ha realizado una "Compilación de legislación de la competencia en América Latina & Caribe" (Bruselas: Dirección General IV de la Comisión Europea, 1996). Asimismo, la Unidad de Comercio de la Organización de Estados Americanos ha elaborado un "Inventario de leyes y normas referidas a las Políticas sobre Competencia en el Hemisferio Occidental" (Washington, DC: OEA/BID/CEPAL, 1998), en lo adelante "Inventario de la OEA", como apoyo a las discusiones del Grupo de Trabajo del ALCA sobre Políticas de Competencia. Por otra parte, existen varios intentos analíticos interesantes, entre los cuales destacan los papeles de trabajo que se han ido construyendo a lo largo del Grupo de Trabajo del ALCA, y otros trabajos como por ejemplo: Malcom Coate, René Bustamante y Armando Rodríguez, "Antitrust in Latin America: Regulating Government and Business" (papel presentado en el simposio organizado por la *Agricultural Economics Association*, "Law, Institutions and Economic Transformation in Developing Countries: A Comparative Perspective" (10 de agosto de 1992); Luis Tineo, "Una interpretación del Derecho de la Competencia en América Latina", capítulo IV en

(1889), Chile (1959), Colombia (1959), Costa Rica (1994), Estados Unidos (1890), Jamaica (1993) México (1934), Panamá (1996), Perú (1991), Venezuela (1991). Las fechas de aprobación de estas legislaciones son distintas, y el desarrollo doctrinal y jurisprudencial que se ha registrado en estos países no es uniforme. En el siguiente cuadro se resumen estos instrumentos, indicando para cada país la fecha de promulgación de las legislaciones vigentes.

Cuadro N° 1

Argentina	Reforma de 1994 de la Constitución Nacional, artículos 42 y 43. Ley Nº 22.262 sobre Defensa de la Competencia de 01 de agosto de 1980. Decreto Nº 2.284 de 1991 sobre Desregulación del Comercio Interior de Bienes y Servicios.
Brasil	Constitución de la República Federativa del Brasil, promulgada en 1988, artículos 170, 173 y 174. Ley Nº 8884 del 11 de junio de 1994, modificada por la Ley Nº 9069 de 29 de junio de 1995, Prevención y Represión contra el orden económico.
Canadá	Federal Competition Act. R.S.C., 1985, c. C-34, la cual entró en vigencia el 19 de junio de 1986.
Colombia	Constitución Política de 1991, artículos 333 y 334. Decreto Ley Nº 2153 de 1992 por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio. Decreto Nº 1302 de 1964 por el cual se reglamenta la Ley 155/59 sobre Prácticas Comerciales Restrictivas.

Políticas de Competencia y el Proceso de Reformas Económicas en América Latina , op. cit., nota 2; Ana Julia Jatar y Luis Tineo, "Competition Policy in the Andean Region: The Ups and Downs of a Policy in Search of its Place", capítulo 12 en eds. Miguel Rodríguez Mendoza, Patricia Correa y Barbara Kotschwar, *The Andean Community and the United States: Trade and Investment Relations in the 1990s* (Washington, DC: Organización de Estados Americanos, 1998).

Cuadro N° 1 *(Continuación)*

Costa Rica	Constitución Política de la República, artículo 46. Ley Nº 7472 de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor del 20 de diciembre de 1994, publicada en el Diario Oficial La Gaceta el 19 de enero de 1995. Rige para lo imprevisto, supletoriamente, la Ley Nº 6227 General de la Administración Pública del 2 de mayo de 1978, publicada en el Diario Oficial La Gaceta el 30 de mayo de 1978. Decreto Ejecutivo Nº 24234-MEIC, contentivo del Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor del 25 de enero de 1996, publicado en el Diario Oficial La Gaceta el 1 de julio de 1996.
Chile	Constitución Política de la República, artículo 198, números 21 y 22. Decreto Nº 511, de 17 de septiembre de 1980, publicado en el Diario Oficial Nº 30.80, 27 de octubre de 1980, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley Nº 211 de 1973 que estableció Normas para la Defensa de la Libre Competencia.
Estados Unidos	Ley Sherman, 15 U.S.C. Secciones 1-7. Ley Clayton, 15 U.S.C. Secciones 12-27. Ley de la Comisión Federal de Comercio, 15 U.S.C. Secciones 41-51. Estatutos federales que rigen el trato antimonopólico de sectores particulares de la economía. Cuarenta y nueve estados han promulgado leyes antimonopolio similares a las leyes federales.
Jamaica	Ley de Competencia Equitativa, aprobada y sancionada el 9 de marzo de 1993.
México	Constitución Política de 1917, artículo 28. Ley Federal de Competencia Económica, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 24 de diciembre de 1992.

Cuadro N° 1 *(Continuación)*

Panamá	Ley Nº 29 de 1 de febrero de 1996, por la cual se dictan normas sobre la Defensa de la competencia y se adoptan otras medidas.
Perú	Constitución de 1993, artículos 58, 60 y 61. Decreto Legislativo Nº 688 sobre Medidas Destinadas a Garantizar la Libertad de Comercio Exterior e Interior. Decreto Legislativo Nº 757 sobre principios y normas para el crecimiento de la inversión privada. Decreto Ley Nº 25.868 sobre organización y funciones del INDECOPI. Decreto Legislativo Nº 701 Contra Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia, publicado en el Diario Oficial El Peruano del 7 de noviembre de 1991. Decreto Legislativo 788 modificatorio del Decreto Legislativo 701. Decreto Legislativo 807 modificatorio del Decreto Legislativo 701.
Venezuela	Constitución de la República, artículo 96. Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 34880 del 13 de enero de 1992. Reglamento N° 1 relativo al Régimen de Excepciones, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela, N° 35202 del 3 de mayo de 1993. Reglamento N° 2 relativo al Régimen de Concentraciones Económicas, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 35963 del 21 de mayo de 1996. Resolución N° 036-95 Excepción Global para Acuerdos de Suministros y Compra Exclusiva, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 35801 del 21 de septiembre de 1995.

A partir de esta información puede observarse que en los años noventa y ocho legislaciones vigentes han sido aprobadas o han sufrido modificaciones, a lo cual habría que agregar las modificaciones a las legislaciones que actualmente se discuten en los Congresos de Argentina y Chile.[3] Esta información puede dar una idea acerca del grado de modernización de los instrumentos que rigen el sistema de competencia en los países americanos.

I. MARCO REGULATORIO

Un elemento previo a observar en la estucturación de los marcos regulatorios, se refiere a la existencia de regímenes basados en el sistema de la *Common Law*, como es el caso de los sistemas canadiense y estadounidense. Estos dos sistemas, además de ser los más antiguos de las tradiciones *antitrust*, contemplan una doble interpretación de las prácticas englobadas bajo estas legislaciones, enfocándolas tanto desde el punto de vista civil como criminal. Estos elementos configuran sistemas bien diferenciados respecto al resto de los desarrollos que en materia de competencia se presentan en el continente. En los casos de Argentina, Canadá, Estados Unidos y Jamaica, la determinación de sanciones de naturaleza criminal por violación a las leyes de competencia se verifica a nivel de los tribunales, previa investigación a cargo de los organismos de competencia.[4]

Lo primero que destaca respecto a la estructura de los marcos regulatorios es la existencia de disposiciones relacionadas con la defensa de la competencia y de la libertad económica, y sobre las conductas

3 Países tales como Guatemala, República Dominicana, Bolivia, Ecuador, Nicaragua, El Salvador y Trinidad y Tobago, se encuentran actualmente en proceso de elaboración y discusión de los cuerpos legales en esta materia.

4 Para profundizar en este punto puede revisarse J. J. Garret, *World Antitrust Law and Practice. A Comprehensive Manual for Lawyers and Businesses* (Boston: Little, Brown and Company, 1995). Asimismo, entre los materiales producidos por la Unidad de Comercio de la OEA en el marco de las reuniones del Grupo de Trabajo sobre Política de Competencia del ALCA, se encuentra, además del Inventario de la OEA que ha sido referido anteriormente (op. cit., nota 2), un "Inventario sobre Desarrollos y Aplicación de las Políticas y Leyes de Competencia en el Hemisferio Occidental". Este último inventario contiene un resumen ordenado y sistemático acerca de las principales áreas de actuación de las agencias de competencia de todo el continente, así como una exposición de los casos y elementos más importantes que han formado parte del desarrollo doctrinal que han producido las agencias de competencia hasta la fecha.

monopolísticas dentro de los mercados, contenidas en las constituciones políticas de diferentes países. Tal como puede apreciarse en el Cuadro N° 1, los regímenes de competencia vigentes en Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, México, Perú y Venezuela, se desarrollan a partir de preceptos constitucionales.

Un elemento que podría estudiarse en este análisis comparativo, es la unificación de las disposiciones sustantivas dentro de un único texto legal. En el caso de Colombia, por ejemplo, las tipificaciones referentes a las prácticas restrictivas de la competencia y la autorización de algunas de esas conductas están desarrolladas en leyes diferentes. En ese sentido, el Decreto 2153 viene a desarrollar lo contenido en la Ley 155 de 1959. Por otra parte, ocurre que coexisten disposiciones en materia de concentraciones desarrolladas en la Ley 155 de 1959, en el Decreto 1302 y en el Decreto 2153 de 1992. En el caso de Estados Unidos, las secciones 1 y 2 de la Ley Sherman contienen disposiciones referentes a las prohibiciones generales sobre conductas que limiten la competencia, y en el *Federal Trade Commission Act* se regula la parte sustantiva relacionada con la utilización de métodos desleales en el comercio.

Se distinguen otras estructuras para estos sistemas legales en cuanto a regulaciones en materia de competencia que son aplicadas por distintos órganos reguladores. En ese sentido, en el sistema peruano, el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones está encargado de mantener y promover una competencia efectiva y justa entre los prestadores de servicios portadores, finales, de difusión y de valor añadido. Existe otra división en la estructura legal, en materia de concentraciones, las cuales, en tanto se produzcan dentro del sector eléctrico, están reguladas por el Decreto Supremo N° 27-95-ITINCI.

Otras legislaciones comprenden dentro de un texto único los aspectos sustantivos, adjetivos y de conformación de los órganos administradores.

En algunos casos estas reglamentaciones son complementarias en el aspecto sustantivo, por lo que se considera que el cuerpo de la ley no es suficiente para regular la ocurrencia de conductas restrictivas de la competencia. Este caso es distinto al de las reglamentaciones complementarias necesarias para la aplicación de esas normativas, como es el

caso de disposiciones procedimentales, estructuración de los organismos encargados de aplicar la normativa y aspectos administrativos.

II. OBJETIVOS DE LA LEY

Este aspecto es importante y constituye el punto de arranque para identificar hasta dónde convergen las leyes. Precisamente en esta sección de los cuerpos normativos se establece la posibilidad de interpretar las funciones de las agencias de competencia.[5] La perspectiva bajo la cual se analiza este tópico se refiere primordialmente a la posibilidad de ejecutar actividades de promoción de la competencia, de inserción de los principios de eficiencia dentro de ramas de actuación del propio Estado, más allá de la detección de prácticas anticompetitivas que pudieran verificarse en los mercados.[6]

En buena medida, la capacidad de actuación de las agencias viene dada por la autonomía funcional que se les confiere, y por la interpretación amplia que pueda hacerse acerca de los objetivos y ámbitos de aplicación contenidos en los cuerpos legales. Si bien este punto en particular es abordado en la siguiente sección, es pertinente afirmar que la mayor parte de las legislaciones latinoamericanas de competencia contienen mandatos amplios, que van más allá de la persecución de prácticas violatorias de la libre competencia. En el Cuadro N° 2 se han procesado los objetivos de estas legislaciones, ya sea que estén contemplados

---

5 Es importante notar que en este punto se está trabajando acerca de objetivos que pudieran dibujar el alcance de las actuaciones de las agencias, más allá de la discusión acerca de los objetivos mismos que la política de competencia puede plantearse desde el punto de vista del *enforcement*. Existe una extensa literatura que se refiere a estos puntos en forma más conceptual, ya sea que se trate de estudiar el enfoque de las legislaciones con tradición norteamericana, o el enfoque europeo. A modo general, pueden trabajarse referencias como Boner y Krueger *The Basics of Antitrust Policy*, op. cit., nota 1; *Antitrust Law Developments*. 3era. Ed.(Washington, DC. American Bar Association, Section of Antitrust Law, 1992); Christopher Bellamy y Graham Child *Derecho de la Competencia en el Mercado Común*, (Editorial Civitas, 1992); E. T. Sullivan y J. L: Harrison, *Understanding Antitrust and Its Economic Implications* (Matthew Bender, 1994).

6 Los elementos trabajados en este aparte han sido tomados del trabajo de Curiel "Diseño de un Modelo de Abogacía de la Competencia", op. cit., nota 1. Para referencias más generales respecto a los objetivos que deben observar los organismos encargados de implementar las políticas de competencia pueden consultarse los trabajos de Khemani y Dutz, "The Instruments of Competition Policy and their relevance for Economic Developments", op. cit., nota 1; y C. Conrath, *Practical Handbook of Antimonopoly Law Enforcement for an Economy in Transition*, (C Conrath 1995) .

en la exposición de motivos de las leyes, o dentro del cuerpo de su articulado. Se han seleccionado solamente aquellos marcos que contienen disposiciones generales y diferentes a la persecución de prácticas monopólicas.

En buen número de oportunidades, a partir del texto de estos encabezados se configuran los elementos que pasan a formar parte de la actividad de las agencias de competencia. Sin embargo, y esto es parte del mensaje que quiere dejarse sentado, estas oficinas están llamadas a hacer un papel regulador mucho más amplio que viene dado por el carácter transversal de la política de competencia. En la medida en que se quieran conformar esas reglas para fomentar el mercado, y no solamente para detectar cuándo se realizan conductas prohibidas, se conforma un rango de actuación más amplio para definir la actividad de las agencias.

Como ya se ha mencionado, esta interpretación no es expresa en el texto de las leyes. En la práctica, recién en los últimos tres años es un objetivo común para casi todas las agencias trabajar en función de principios de abogacía de la Competencia. Para algunas agencias este tipo de actividades se fundamenta en el enunciado mismo de las leyes, mientras que otras trabajan en función de elementos que se van identificando en discusiones a nivel teórico, y exceden en sus actuaciones los límites que suponen los objetivos fijados en las leyes.

Cuadro N° 2
Objetivos de las legislaciones latinoamericanas sobre competencia[7]

Argentina	Asegurar el correcto funcionamiento de los mercados, garantizando la libre competencia y sancionar las conductas que limiten, restrinjan, o distorsionen la competencia o que constituyan abuso de una posición de dominio en el mercado, de modo que puedan resultar en perjuicio para el interés económico general.

7 Los textos transcritos fueron extraídos ya sea directamente de las leyes, o de los textos incorporados en el "Inventario de Leyes y Normas Nacionales Referidas a las Políticas sobre Competencia en el Hemisferio Occidental" elaborado por la Unidad de Comercio de la OEA, op. cit. nota 2.

Cuadro N° 2 *(Continuación)*

Brasil	Prevenir y reprimir el uso indebido del poder económico, las infracciones al orden económico determinado por las disposiciones constitucionales de libertad de iniciativa, libre competencia, función social de la propiedad y protección de los consumidores.
Canadá	Mantener o fomentar la competencia en el Canadá con el fin de promover la eficiencia y la adaptabilidad de la economía canadiense y así incrementar las oportunidades de participación de Canadá en los mercados mundiales, y al mismo tiempo reconocer el papel de la competencia extranjera en el Canadá...
Chile	Garantizar la libre concurrencia previniendo la existencia del monopolio y de las prácticas monopólicas y sancionando drásticamente su ejecución, toda vez que el monopolio y las prácticas monopólicas son contrarios a una sana y efectiva competencia en el abastecimiento de los mercados (ya que mediante el control de la oferta y la demanda es posible fijar precios artificiales y lesivos al interés del consumidor).
Colombia	Mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional; que los consumidores tengan libre competencia y acceso a los mercados de bienes y servicios; que las empresas puedan participar libremente en los mercados; y que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios
Costa Rica	En materia específica de competencia, tutelar y promover el proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención y la prohibición de monopolios, las prácticas monopolísticas y otras restricciones al funcionamiento eficiente del mercado.

Cuadro N° 2 *(Continuación)*

Estados Unidos	"...preservar el ejercicio de una competencia libre e irrestricta como norma de comercio. La Ley se fundamenta en la premisa de que la libre interacción de las fuerzas competitivas generará una mejor asignación de nuestros recursos económicos, precios más bajos, mejor calidad y el máximo progreso material [...]" Corte Suprema, "Nothern Pacific Railway Co. Vs. United States", 356 U.S. 1,4 (1958).
Jamaica	Facilitar el mantenimiento y reforzamiento de la competencia en el desarrollo del comercio, de los negocios y en el suministro de servicios en Jamaica con miras a ofrecer a los consumidores precios competitivos y opciones de productos.
México	Proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención y eliminación de monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios.
Panamá	Proteger y asegurar el proceso de libre competencia económica y la libre concurrencia, erradicando las prácticas monopolísticas y otras restricciones en el funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios, para preservar el interés superior del consumidor.
Perú	Eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, permitiendo que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores.
Venezuela	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, falsear o limitar el goce de la libertad económica.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN

La primera aproximación en cuanto al estudio del ámbito de aplicación de las leyes se refiere a las personas sujetas a la norma. En ese sentido, si bien el texto de las leyes varía, existe consenso en que éstas rigen para todas las personas naturales o jurídicas que realizan actividades económicas.

Si bien esta condición entra en el campo de la interpretación, en cuanto más precisas son estas definiciones dentro de las leyes, tanto mejor a la hora de defender su aplicabilidad. Pues en muchos casos, son las cortes quienes en definitiva han tenido que decidir, por ejemplo, si es posible aplicar las tipificaciones contenidas en la norma a sujetos residenciados en territorios foráneos pero que realizan actividades que afectan el territorio local, y en otros casos qué tipos de sujetos pueden ser considerados en el ámbito de aplicación de la ley, particularmente en el caso de entidades que no realizan directamente actividades económicas, y de entes vinculados o que forman parte del Estado.

Por otra parte, el ámbito de aplicación es un punto importante de análisis en tanto define las características de extraterritorialidad, y además permite examinar la posibilidad de que los organismos del Estado sean sujetos de aplicación de la ley. El primero de esos supuestos es relevante en la medida en que la consolidación de procesos de apertura implica que la actuación de empresas con presencia en mercados internacionales puede tener efectos en terceros países. El segundo supuesto también tiene relevancia porque el Estado a través de su capacidad reguladora puede actuar en forma restrictiva de la competencia, o bien estructurar marcos o normativas que resulten en situaciones de competencia limitada.

En cuanto al primer campo planteado, todas las leyes contemplan el tratamiento de los efectos que ocurran dentro de los territorios nacionales. Yendo más allá, en Estados Unidos se especifica que "bajo la doctrina de los efectos existe jurisdicción para el comercio de importación cuando existen efectos reales posibles sobre el mercado estadounidense; para el comercio de no importación, cuando existe un 'efecto directo y significativo razonablemente previsible' sobre el comercio e intercambio de exportación estadounidenses". Es decir, que el desarrollo normativo y

jurisprudencial en el caso de Estados Unidos también analiza las actuaciones de empresas estadounidenses que operan en otros países y que tengan efectos sobre la actividad de las firmas ubicadas en su territorio.

Los temas relativos a la extraterritorialidad tienen varias aristas, y el nivel de discusión respecto a la necesidad de normas supranacionales que rijan el tema de la competencia, es un aspecto que apenas comienza a trabajarse a nivel de la Organización Mundial del Comercio.

En relación con el tratamiento de los órganos del Estado como sujetos de aplicación de las leyes de competencia, en el sistema chileno se expresa que la Ley es aplicable a toda persona nacional o extranjera, incluyendo al propio Estado. En la legislación mexicana también se hace mención expresa de tal consideración al señalar: "Están sujetos a lo dispuesto por esta ley todos los agentes económicos, sea que se trate de personas físicas o morales, dependencias o entidades de la administración pública federal, estatal o municipal, asociaciones, agrupaciones de profesionistas, fideicomisos o cualquier otra forma de participación en la actividad económica".

En función de estos elementos que constituyen la discusión en cuanto al ámbito de aplicación, a nivel de las legislaciones puede observarse que existen divergencias en cuanto al tratamiento de los efectos fuera del territorio que puedan afectar las exportaciones o el comercio internacional. Sin embargo, el tema de la "teoría de los efectos" es un punto de agenda obligatorio en las discusiones actuales sobre el alcance de las leyes de competencia. El otro punto dentro del cual se plantean diferencias se refiere al tratamiento del Estado como sujeto de aplicación de estas normativas, pues solamente en el caso de Panamá parece asomarse la posibilidad de que los órganos del Estado puedan ser vigilados bajo estas leyes. Por otra parte, en legislaciones como la canadiense, la chilena y la peruana se establecen funciones consultivas para los organismos encargados de administrar las leyes de defensa de la competencia.

IV. EXCEPCIONES AL ÁMBITO DE APLICACIÓN

Este es uno de los puntos más controvertidos para poder evaluar el grado de convergencia de las legislaciones, sobre todo porque muchas veces los criterios para exceptuar el ámbito de aplicación de las

leyes de competencia responden a razones muy disímiles. Por una parte, tales criterios pueden estar relacionados con políticas sectoriales o compromisos del Estado con objetivos de equidad, empleo, balanza de pagos, consideraciones estratégicas y otros. Por otra parte, podrían ser establecidos marcos de excepción que respondan a criterios de eficiencia o a elementos que pueden ser evaluados desde el punto de vista de la política de competencia.[8]

Un ejemplo importante de excepciones ocurre en el caso canadiense, dentro del cual, de acuerdo con lo establecido en la Sección 4 de la Ley, lo estipulado en la Ley de Competencia no se aplica para: a) combinaciones o actividades de trabajadores o empleados para su propia protección; b) contratos, acuerdos o convenios entre pescadores o asociaciones de pescadores y personas o asociaciones de personas que se desempeñen en la compra o procesamiento de pescado en relación con la fijación de precios, remuneración u otras condiciones similares bajo las cuales los peces serán capturados y suministrados a aquellas personas por parte de los pescadores; c) contratos, acuerdos o convenios entre dos o más patronos de un comercio, industria y profesión que se realicen directamente entre los patronos o a través de una corporación o asociación de la cual los patronos sean miembros, en relación con la negociación colectiva con sus empleados en cuanto a salarios o sueldos y los términos o condiciones de empleo. También se exceptúan bajo esta legislación los convenios realizados entre personas que desempeñan actividades de negociación de títulos valores, y aquellos convenios o acuerdos suscritos entre equipos, clubes y ligas en relación con la participación en un deporte aficionado.

En el caso colombiano, la excepción al ámbito de aplicación de la Ley es más amplia y se refiere, más allá de las figuras de convenios y acuerdos vistas en el caso canadiense, al sector de servicios públicos domiciliarios (Ley 142 de 1993) y al sector financiero y asegurador (Decreto Ley 663 de 1993).

---

8 Un elemento que dificulta la construcción de este análisis es que la mayor parte de las disposiciones referentes a esos criterios de excepción se encuentran en instrumentos adicionales o diferentes a las leyes de competencia propiamente dichas. Por esta razón, se ha recurrido al "Inventario de Leyes y Normas Nacionales Referidas a las Políticas sobre Competencia" que ha sido compilado por la Unidad de Comercio de la OEA.

En el caso estadounidense, existen excepciones a ciertas actividades en sectores como: cooperativas agrícolas, cooperativas de pescadores, bancos y otras instituciones financieras, industrias de títulos valores y bolsas de productos, seguros, prensa escrita, deportes profesionales, transportistas interestatales terrestres, ferroviarios y marítimos, transporte oceánico, fuerza laboral organizada y transporte aéreo. En muchos casos, un ente regulatorio especializado con responsabilidades en sectores específicos aplica normas análogas a las leyes antimonopólicas federales. Por otra parte, el alcance jurisdiccional de las leyes antimonopolio no abarca las actividades de exportación, a menos que las mismas tengan un "efecto directo, significativo y razonablemente previsible" sobre el comercio o intercambio en Estados Unidos, sobre el comercio o intercambio de importación de Estados Unidos o sobre el comercio de exportación de los exportadores de Estados Unidos.

El enfoque para este tipo de excepciones, como se ha visto, varía entre países. La Ley vigente en Jamaica exceptúa las asociaciones y convenios referidos a relaciones laborales, los contratos y demás instrumentos que tengan relación con algún área de propiedad intelectual, las actividades de asociaciones profesionales dirigidas a desarrollar normas de competencia de legitima necesidad para la protección del público. Hasta este punto, puede apreciarse una coincidencia importante con los casos mencionados anteriormente, en cuanto a profesiones liberales y relaciones laborales. Es de hacer notar que la ley jamaiquina contiene una disposición que exceptúa de su aplicación a "cualquier otro asunto o actividad que el Ministro declare por decreto sujeto a resolución afirmativa", lo cual es un supuesto ausente del resto de legislaciones.

La Ley mexicana contiene un planteamiento diferente. En esta ley ciertas situaciones aplicables en diferentes mercados no serán consideradas como monopolios. Tal es el caso de las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva; las asociaciones de trabajadores constituidas conforme a la legislación en la materia para defender sus propios intereses; los derechos de propiedad intelectual; y las asociaciones o sociedades corporativas que vendan directamente sus productos en el extranjero (bajo determinadas condiciones). Por oposición a la Ley pana-

meña, sólo se señalan las actividades económicas que sean reservadas exclusivamente al Estado por la Constitución y las leyes.

Por último, en Venezuela están exceptuados de la aplicación de la ley las asociaciones de productores agrícolas a los efectos de concertar condiciones de comercialización de sus productos.

En función de los elementos que se han señalado, puede apreciarse que no existe un criterio uniforme para la selección de las actividades y sectores que estarían exceptuados de la aplicación de las leyes de competencia. Vale la pena señalar adicionalmente que las leyes vigentes en Argentina, Brasil, Chile, Panamá y Perú no mencionan la excepción de sectores específicos.

Otro tema de discusión que es importante, se refiere a los argumentos que están detrás del diseño de estos sistemas legales, pues a partir de allí se establecen los criterios de excepción y en todo caso, será a ese nivel donde pueda debatirse, al menos en parte, cuáles son los conceptos de restricción a la competencia y de eficiencia, implícitos en la regulación de la actividad económica en estos países.

V. EXISTENCIA DE PROHIBICIONES GENERALES

El tema de la existencia de prohibiciones generales es quizás uno de los más importantes para el estudio de la parte sustantiva de las diferentes legislaciones. Este tema permite un marco de desarrollo para la regulación de las conductas prohibidas, y en caso de que las autoridades administrativas y los tribunales interpreten los conceptos y los bienes que se quieren proteger, estos marcos generales abren espacios para flexibilizar los supuestos de restricción a la competencia. De esa manera, la existencia de prohibiciones generales, es un elemento diferenciador importante entre los marcos legales. Aquellos países que cuentan con un mandato global respecto de cualquier restricción a la competencia pueden moldear la interpretación acerca de lo que se entiende como prohibido, no estando sujetos solamente al marco definido por las prácticas restrictivas más usuales. En el Cuadro N° 3 se presentan extractos de las distintas leyes de los cuales se puede interpretar el tratamiento general al que se ha hecho alusión.

Cuadro N° 3
Prohibiciones Generales de prácticas

Argentina	"Están prohibidos y serán sancionados... los actos o conductas relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia..."
Brasil	"La legislación brasileña prohibe cualquier práctica encaminada a restringir, limitar o perjudicar la libre concurrencia, dominar el mercado pertinente de bienes o servicios, aumentar arbitrariamente las ganancias o ejercer en forma abusiva una posición dominante (tomado textualmente del Inventario de la OEA, ver Artículo 20 de la Ley de Brasil).
Chile	"El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que tienda a impedir la libre competencia..."
Colombia	"Quedan prohibidos... en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia..."
Costa Rica	"Se prohiben y deben sancionarse... las prácticas monopolísticas que impidan o limiten la competencia, el acceso de competidores al mercado o promuevan su salida de él..."
Estados Unidos	"Todo contrato, combinación bajo forma de monopolio o de otra índole, o confabulación que restrinja el comercio o el intercambio entre los diversos estados o con otros países es considerado ilegal."
Jamaica	"Esta sección aplica a todos los acuerdos que contengan disposiciones que tengan como propósito limitar de forma considerable la competencia, o tienen la posibilidad de tener el efecto de limitar substancialmente la competencia en un mercado."
México	"Quedan prohibidos los monopolios y estancos, así como las prácticas que, en los términos de esta ley, disminuyan, dañen o impidan la competencia..."

Cuadro N° 3 *(Continuación)*

Panamá	"Esta Ley prohibe cualquier acto, contrato o práctica que restrinja, disminuya, impida o que, de cualquier otro modo, vulnere la libre competencia económica y la libre concurrencia..."
Perú	"Están prohibidos y serán sancionados... los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de posición de dominio en el mercado, o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia..."
Venezuela	"Se prohiben las conductas, prácticas, acuerdos, convenios, contratos o decisiones que impidan, restrinjan, falseen o limiten la libre competencia."

Si bien el cuerpo de las leyes y las interpretaciones jurisprudenciales serán los elementos que en definitiva definirán el alcance de estas prohibiciones, en principio es un elemento importante que la mayor parte de las leyes de competencia del continente contengan disposiciones de esta naturaleza. Se presenta una salvedad solamente en el caso canadiense, cuyo texto legal incorporado en el Inventario de la OEA, se refiere expresamente a las prácticas específicas que se consideran limitativas de la competencia, no observándose posibilidad de desarrollos más amplios.

VI. LAS CONDUCTAS PROHIBIDAS, INCLUYENDO SUS DEFINICIONES

Para el tratamiento de las prácticas prohibidas, se abordarán las definiciones de las leyes, de acuerdo con los tipos de restricciones utilizados con mayor frecuencia, es decir: prácticas colusorias u horizontales, prácticas abusivas de posición de dominio, prácticas verticales, *boicot* y prácticas de exclusión.

A. Prácticas colusorias

Prácticas concertadas: Aquí se incluyen las prácticas colusorias, bajo la premisa de que las mismas implican el concierto de voluntades entre competidores en relación con alguna variable de competencia, independientemente de la forma bajo la cual se realice. Se incluyen dentro de esta denominación lo que comúnmente se denomina acuerdos, así

como las prácticas conscientemente paralelas. Las diferenciaciones que se señalen se harán, más que en función de la distinción entre acuerdos formales o informales, según la flexibilidad que el diseño de la norma permita para el universo de prácticas horizontales.

Esto último amerita exponer un ejemplo acerca de este tratamiento. Existen algunas legislaciones que diferencian entre prácticas conscientemente paralelas y prácticas concertadas, siendo que las dos se diferencian en la medida que para probar la primera se requiere demostrar que no puede explicarse un fenómeno de paralelismo a través del comportamiento normal del mercado en ausencia de colusiones, mientras que en el caso de las prácticas concertadas se exige la prueba de elementos consensuales. Esta distinción no es establecida en todas las legislaciones, y siendo que será a partir de la interpretación de los órganos administrativos y de la jurisprudencia que podrán asimilarse ambos conceptos, es importante señalar este tipo de diferencias en el marco de un estudio de convergencias entre las leyes de distintos países.

A partir de estas consideraciones, el análisis en este punto se hará a través de una exposición país por país, para facilitar la exposición.

Argentina

La legislación argentina prohibe los acuerdos o prácticas restrictivas bajo el encabezado de "acciones concertadas", sin introducir distinciones ulteriores para distinguir las diferentes formas en las cuales pueden presentarse estas conductas en el mercado. Antes bien, la ley argentina diferencia las prácticas en función del objeto o la finalidad de tales acciones concertadas.

Los tipos de acciones prohibidas son aquellas dirigidas a los siguientes fines: fijar, determinar o hacer variar, directa o indirectamente, los precios en un mercado; limitar o coordinar el desarrollo técnico de las inversiones destinadas a la producción de bienes o servicios; establecer las condiciones de venta o comercialización; distribuir o aceptar entre competidores, zonas, mercados, clientelas o fuentes de aprovisionamiento; impedir el acceso al mercado de uno o más competidores; negarse a satisfacer pedidos concretos para la compra o venta de bienes

o servicios; imponer condiciones discriminatorias para la compra o venta de bienes o servicios; destruir productos en cualquier grado de elaboración o producción, o los medios destinados a extraerlos, producirlos o transportarlos; abandonar cosechas, cultivos, plantaciones o productos agrícolas o ganaderos, o detener u obstaculizar el funcionamiento de establecimientos industriales o la exploración o explotación de yacimientos mineros; comunicar a empresas competidoras los precios u otras condiciones de compra, venta o comercialización, bajo las cuales deberán actuar dichas empresas.

Brasil

En el caso brasileño, las prácticas colusorias están implícitas en el encabezado del cuerpo de prohibiciones. De esta forma, las prácticas horizontales que se prevén incluyen: la fijación de precios de venta de los bienes o del suministro de los servicios; ejercer influencia para que los competidores adopten una conducta comercial uniforme; dividir los mercados o fuentes de abastecimiento; limitar o impedir el acceso de nuevas empresas al mercado; concertar precios con antelación o convenir ventajas con licitantes públicos o internos; valerse de artificios para provocar la oscilación de los precios de terceros; regular los mercados de bienes y servicios; llegar a acuerdos para limitar o controlar la investigación y el desarrollo de tecnología, y la producción de bienes o el suministro de servicios, o para obstaculizar las inversiones destinadas a la producción o a la distribución de bienes o servicios.

Existen importantes diferencias entre la legislación brasileña y la argentina, las cuales, como se verá, también son observables en relación con los demás marcos legales. En principio, la ley brasileña se refiere a conductas "entre competidores", sin entrar a estudiar formas específicas bajo las cuales éstas se materializan. Este elemento es importante en la medida en que da una mayor flexibilidad para perseguir este tipo de prácticas. Por otra parte, se especifican tipos de conductas colusorias que no están expresamente prohibidas en otros marcos, como los acuerdos en licitaciones, valerse de artificios para provocar la oscilación de precios de terceros y la limitación a la entrada de nuevas empresas al mercado. Esta última conducta no necesariamente es resultado de una colusión, así que habría que revisar el tratamiento o la interpretación

que el organismo de competencia ha hecho a esta prohibición, toda vez que las prácticas de exclusión o de boicoteo pueden presentarse entre no competidores -según el desarrollo de la doctrina española, por ejemplo,- y que en algunos cuerpos se diferencian las prácticas dirigidas a *impedir la entrada* de aquellas que tienen por objeto *afectar la permanencia* de empresas en el mercado.

Canadá

En esta legislación se consideran como delitos penales las confabulaciones, combinaciones, acuerdos o convenios para disminuir indebidamente la competencia en relación con el suministro, la fabricación o la producción de un bien. Dentro de los casos civiles se prevén los acuerdos de especialización. Como se puede observar, se presenta una prohibición en términos generales para las prácticas entre competidores que impliquen una disminución de la competencia, sin especificar por tipo de conducta o por el objeto de las mismas. Eso es un elemento diferenciador importante respecto a las leyes que ya se han analizado. Por otra parte, el carácter penal atribuido por la legislación canadiense a ciertas prácticas, establece diferencias importantes respecto a la mayor parte de los países cuyos regímenes de competencia están basados en sistemas administrativos.

El hecho de que no se especifiquen los tipos de prácticas horizontales que desarrollan ese mandato general, obliga a una revisión del desarrollo jurisprudencial para poder establecer la convergencia del sistema canadiense con el resto de los países en materia del tratamiento de las prácticas colusorias.

Adicionalmente, la prohibición referida a acuerdos de especialización también prevé un régimen autorizatorio, para aquellos acuerdos de especialización que generen eficiencias. Esto es un rango distintivo, respecto a los otros tipos de acuerdos, en la medida que estos acuerdos prevén la posibilidad de incrementos en la eficiencia como resultado de los mismos, lo cual no es posible en el resto de los tipos de acuerdos entre competidores. Probablemente esa posibilidad de ganancia en eficiencia y el sistema de autorización determina que se incluyan dentro de las prácticas civiles.

Colombia

El sistema colombiano entiende bajo esta categoría todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresarios. Con esto, abarca toda la gama de prácticas horizontales que son abordadas por el resto de las leyes. Vale la pena mencionar que en este cuerpo se distingue entre las conductas conscientemente paralelas y las prácticas concertadas, lo cual no ocurre expresamente en la mayor parte de los casos.

En cuanto al objeto de tales prácticas, el sistema colombiano prevé diversos tipos de conductas incluyendo la fijación de precios, la determinación de condiciones discriminatorias para la venta, la repartición de mercados, la asignación de cuotas de producción o de suministro, la limitación de desarrollos técnicos, la subordinación del suministro a la aceptación de obligaciones adicionales, la abstención de producir un bien o servicio, y la colusión en licitaciones o concursos. Esta enumeración de tipos de acuerdo abarca todos los géneros prohibidos en otros sistemas, a excepción de la prohibición existente en la ley brasileña, referente a propiciar las oscilaciones de precios de terceros.

Costa Rica

En este caso se presentan distinciones importantes respecto a lo que se ha observado para el resto de los países, pues se hace una separación entre las prácticas monopolísticas absolutas y las prácticas monopolísticas relativas, además de los temas de concentraciones y de competencia desleal. Las prácticas monopolísticas absolutas corresponden a los actos, contratos, convenios o combinaciones entre competidores. Vale decir, se establece la prohibición absoluta para conductas colusorias. La introducción de la tipología "absoluta" tanto en Costa Rica como en México, implica la no aplicabilidad de sistemas autorizatorios o de excepciones, en la medida en que estas prácticas no se asocian con la generación de eficiencias que compensen a la sociedad del daño causado por la restricción a la competencia. En ese sentido, se establece como pena para estas prácticas la nulidad de pleno derecho.

En cuanto a los tipos de prácticas, sólo se establecen aquellos que tienen por objeto la fijación de precios, restricción de la producción, reparticiones de mercados y acuerdos en licitaciones. Como hemos indicado, el hecho de eliminar cualquier posibilidad de excepción a estas conductas se encuentra plasmado también en la legislación mexicana. Es importante señalar que si bien no se hace mención a los otros tipos de acuerdos entre competidores, que sí son previstos en los marcos de otras legislaciones, en aquellos casos se establecen regímenes de excepción para las categorías diferentes a las cuatro que son clasificadas en esta legislación como absolutas. Debido a lo anterior, ambos marcos legales entienden los mismos tipos de conductas como restricción a la competencia, sin posibilidad de compensaciones, aunque los sistemas que los establecen difieran entre sí.

Estados Unidos

En el caso estadounidense no existe el desarrollo de prohibiciones particulares, razón por la cual los elementos de comparación en cuanto a cada tipo de práctica sólo pueden establecerse a través del estudio de la jurisprudencia. Siendo que no se encuentran especificados estos desarrollos parciales en el texto del Inventario de la OEA, se omitirán nuevas referencias a este tratamiento, en tanto implicarían referencias a bibliografía y jurisprudencia que no se reflejan en dicha recopilación.

Jamaica

La prohibición en esta Ley está encabezada por una prohibición de acuerdos en forma general, sin hacer especificaciones en cuanto a sus formas. En relación con el objeto de tales acuerdos se establecen cinco categorías: fijación de precios; limitación o control de la producción, partes de mercado o fuentes de aprovisionamiento; licitaciones; aplicación de condiciones diferentes para la prestación de servicios equivalentes; y sometimiento de la aprobación de contratos a la aceptación de obligaciones complementarias.

Un encabezado con esta estructura guarda similitud respecto a las especificaciones desarrolladas por el resto de las legislaciones.

México y Panamá

Tanto la ley mexicana como la ley panameña, establecen la distinción entre prácticas monopolísticas absolutas y relativas, al igual que en el caso costarricense. Siendo que el texto de estas prohibiciones es similar al de la Ley de Costa Rica no se incluirán nuevos comentarios al respecto.

Perú

Las prohibiciones de prácticas horizontales en la ley peruana se presentan bajo la forma de "fijación concertada". Esta ley incluye las cinco formas usuales de estas prácticas, en cuanto a su objeto, y además incorpora algunos otros presupuestos que no son contemplados por las restantes legislaciones analizadas. Estas formas son las siguientes: precios y otras condiciones comerciales y de servicios, repartición de mercados y fuentes de aprovisionamiento, reparto de cuotas de producción, concertación de la calidad de los productos, aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes de servicios, subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias, limitación de la producción y del desarrollo técnico o de las inversiones, acuerdos en licitaciones, y otros casos de efecto equivalente.

En comparación con el resto de los cuerpos normativos analizados, en la ley peruana destacan dos diferencias. Primero, es el único cuerpo que prohibe la concertación de la calidad de los productos, y segundo, establece la figura de "otras prácticas de efecto equivalente". Ambos elementos son únicos para el caso peruano. Llama la atención el hecho de que al prohibir "otras prácticas de efecto equivalente", se deja una disposición residual que puede ser desarrollada según la interpretación del órgano administrativo y que podría acercar esta disposición a las de carácter general que se observaron en las legislaciones de Estados Unidos y Canadá.

Venezuela

El articulado venezolano prohibe varias formas de prácticas horizontales. El texto se refiere a las nociones de acuerdos, convenios, deci-

siones o recomendaciones colectivas, y las prácticas concertadas. De allí se observa que no hay disposición expresa acerca de las conductas conscientemente paralelas. Así mismo, se encuentra la disposición relacionada con las recomendaciones colectivas, la cual no es examinada en la mayoría de las leyes analizadas.

La ley venezolana prevé los cinco tipos de conductas más frecuentes, que han sido revisados en casi todas las leyes, haciendo la salvedad de que no hay disposiciones expresas en relación con los acuerdos en licitaciones.

B. Prácticas de abuso de posición de dominio

Bajo este concepto se ha trabajado el aspecto conductual de mercados con características estructurales de muy alta concentración. Este tipo de práctica es conocido bajo la denominación de abuso en casi todos los cuerpos normativos, y es tipificado como monopolización en el sistema norteamericano.

El concepto de posición de dominio es de carácter estructural, en cuanto trata de determinar en qué medida los factores de estructura y las barreras a la entrada permiten el comportamiento independiente de los actores en el mercado. No todos los cuerpos normativos contienen en su texto qué se va a entender como posición de dominio en cada legislación, al menos en el alcance que son presentados en el Inventario de la OEA. Para organizar el análisis de este supuesto se trabajará en primer lugar el concepto de posición de dominio y luego se establecerá un paralelo acerca de los supuestos de abuso prohibidos por las diferentes legislaciones. Vale la pena mencionar que en algunos casos, como el brasileño, no existe un encabezado separado para este tipo de prácticas, sino que se ha presentado un encabezado común para todas las conductas prohibidas. Sin embargo, se pueden distinguir los supuestos de hecho que corresponden con situaciones de abuso. Éste será el tratamiento que se seguirá en todos los casos.

En cuanto a la diferenciación de prácticas *per se* y de la *regla de la razón*, se señalará caso por caso la convergencia acerca del entendimiento de las conductas como anticompetitivas, sin entrar a valorar el tratamiento en cuanto a la determinación del supuesto restrictivo. Por

ejemplo, en los casos de Costa Rica, México y Panamá, la posición de fuerza en el mercado constituye un prerrequisito de las prácticas restrictivas relativas. En consecuencia, se trabajará este supuesto como la figura de abuso de posición de dominio, en tanto se refiere a la ocurrencia de situaciones similares en el mercado, que aquellas prescritas en cuerpos que no tienen la diferenciación de prácticas en absolutas y relativas.

Concepto de posición de dominio

Argentina

Si bien en el texto del Inventario de la OEA no se recogió esta definición, el artículo 1° de la ley argentina prohibe los actos o conductas que constituyan abuso de una posición de dominio en un mercado. En ese sentido, dicha ley define que una persona goza de una posición de dominio en un mercado cuando es la única oferente o demandante dentro del territorio nacional o, cuando sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial. También se entiende que dos o más personas gozan de posición dominante en un mercado, cuando no existe competencia efectiva entre ellas, o sustancial por parte de terceros, en todo el mercado nacional, o en una parte de él.

Brasil

La legislación brasileña, en su artículo 20 ordinal 2°, establece que existe posición dominante, cuando una empresa o grupo de empresas controla una proporción sustancial del mercado relevante, como oferente, intermediario, adquirente o financiador de un producto, servicio o tecnología relacionada. El ordinal 3° del mismo artículo indica que se presumirá esa posición dominante cuando una empresa o grupo de empresas controle al menos el 20 por ciento del mercado relevante (este porcentaje puede ser alterado en función de distintos sectores de la economía).

En la legislación brasileña se observa una clara diferencia con respecto al concepto contemplado en el sistema argentino, en tanto este último se refiere a la presencia de competencia sustancial o de competencia efectiva, en tanto que en el caso brasileño solamente se hace referencia a la participación significativa del mercado, como criterio para

definir legalmente la existencia de posición de dominio. Sin embargo, vale la pena señalar que en el caso brasileño se hace la acotación de que la posición de dominio está en referencia al mercado relevante. Por otra parte, en el caso argentino no se establecen baremos para fijar a partir de cuál participación de mercado se entra dentro de la definición estructural que esta figura implica.

Canadá

En el texto correspondiente al caso canadiense dentro del Inventario de la OEA, el abuso de posición de dominio se define como una situación en la cual una o más personas controlan significativa o completamente una clase o especie de negocio y han aplicado o están aplicando una política de actos anticompetitivos, que tienen por efecto evitar o disminuir sustantivamente la competencia. De esta definición puede desprenderse que se tendrá como posición de dominio aquella situación en la cual una o más personas controlan significativa o completamente una clase o especie de negocio, dejando la otra sección del encabezado para abarcar los aspectos conductuales. Se tiene entonces que la figura de control significativo es el elemento definitorio de cuándo una firma está en posición de dominio. Puede interpretarse que la posibilidad de comportarse bajo un esquema de control, viene dada por factores estructurales del mercado que determinan la ausencia de competidores, por lo que este concepto es similar a aquellos que se refieren a la ausencia de competencia efectiva en el mercado. También merece la pena señalar que esta definición no hace ningún tratamiento de la figura de competencia efectiva ni del concepto de mercado relevante.

Chile

En el texto del Inventario de la OEA se recoge que en el caso chileno se considera como restricción a la competencia el abuso de posición monopólica en el mercado, entendiendo como tal no sólo aquella que detenta un monopolista en el mercado, sino toda aquella posición dominante ejercida por una o más empresas. En virtud de que no se han identificado conceptos más esclarecedores en el texto refundido de los Decretos Leyes Nos. 211 de 1973 y 2760 de 1979, no se identifican elementos que permitan comparar esta definición con las desarrolladas en el caso de otras legislaciones. Asimismo, es de hacerse notar que la

legislación chilena no contiene disposiciones en cuanto a las situaciones que describen las conductas abusivas de esta posición.

Colombia

En el texto del artículo 45 del Decreto 2153 se define la posición de dominio como la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado. Se aprecia una definición dinámica, a la par que poco precisa, en tanto serán los instrumentos y metodologías aplicados por el órgano administrativo los medios a través de los cuales será posible hacer corresponder la capacidad de determinar las condiciones de mercado con criterios o elementos de estructura y análisis de mercado que hacen posible esa situación. En ese sentido, aun cuando no se prescribe directamente la acotación al mercado relevante, esta definición puede ser trabajada implícitamente, pues es un punto de referencia común para diagnosticar situaciones de competencia.

Otro elemento que vale la pena comentar es que no se hace referencia a competencia efectiva, solamente se hace referencia a las condiciones de un mercado. Aquí podrían interpretarse elementos que han sido trabajados largamente en Europa en relación con que un actor en posición de dominio puede influir sobre el precio o cualquier variable de competencia al hacer ejercicio de su poder de mercado. Por último, es menester introducir que el tratamiento de la posición de dominio ha sido enfocado en la tradición europea como una situación extrema de poder de mercado, entendiendo como tal la posibilidad de una firma de influenciar alguna variable de competencia, lo cual corresponde con la definición de posición de dominio establecida en la norma colombiana. En consecuencia debe tenerse presente las definiciones de poder de mercado que estén incluidas en los sistemas desarrollados en otros países, de forma que esta coincidencia no haga parecer que las prácticas abusivas que se prevén en esta legislación no contemplan el prerrequisito de la existencia de una posición de dominio, bastando para su materialización la existencia de poder de mercado.

Costa Rica

Dentro de la definición de prácticas monopolísticas relativas, se establece que para constituirse éstas en violatorias de la Ley, debe com-

probarse que el agente económico que incurre en ellas tiene un poder sustancial en el mercado relevante, y que la práctica se da con respecto a bienes o servicios correspondientes o relacionados con el mercado relevante. Es de hacer notar que el articulado de la Ley establece los elementos que deben ser considerados para determinar la existencia de tal poder sustancial: la participación de mercado y la posibilidad de fijar precios unilateralmente o de restringir, en forma sustancial, el abastecimiento en el mercado relevante, sin que los demás agentes económicos puedan contrarrestar ese poder; la existencia de barreras a la entrada; la existencia y poder de los competidores; las posibilidades de acceso a las fuentes de insumos, y su comportamiento reciente.

Constituye por tanto un elemento novedoso, al menos en comparación con los marcos hasta este momento revisados, la introducción de los elementos considerados en la determinación de poder sustancial en el mercado. Si bien no puede decirse nada concluyente sin el consenso de los organismos que han llevado la interpretación de estos criterios, los elementos que se han enumerado corresponden en buena medida con aquellos establecidos en el campo de la economía industrial para determinar cuándo una estructura de mercado presenta situaciones de poder de mercado. No puede decirse nada terminante en la medida que los supuestos de prácticas restrictivas relativas se corresponden con supuestos de exclusión del mercado, que no necesariamente equivalen a la descripción de situaciones abusivas contempladas en otros marcos normativos.

Para poder avanzar en esta discusión, puede recurrirse a la clasificación de prácticas ejercidas por empresas en situación de dominio, en prácticas de exclusión y prácticas de explotación. El primer grupo engloba las situaciones descritas en las leyes que expresamente contemplan la figura de posición de dominio, en concordancia con el sistema europeo de protección de la competencia. Los ordinales que se relacionan con prácticas monopolísticas relativas no equivalen a esos supuestos, y se refieren básicamente a supuestos de relaciones entre no competidores, particularmente a las relaciones entre productores y distribuidores. Estas figuras de relación vertical, se prevén en otros cuerpos legislativos sobre competencia, y pueden encontrarse regímenes de excepción para los mismos. En esos supuestos, la aproximación en cuanto al tratamiento de los casos verticales respecto a las legislaciones que no tienen diferenciación en

cuanto prácticas absolutas y relativas, está basada en que la detentación o no de un poder de mercado sustancial en el mercado es incluida dentro de los criterios de no autorización en todos los sistemas.

Adicionalmente, en los ordinales referidos a prácticas relativas, se prevén situaciones que impliquen la invitación a sujetos económicos por parte de otros para ejercer presión contra clientes o proveedores, la producción o comercialización de bienes a precios inferiores a su valor normal, y en general todo acto que induzca a la salida de competidores del mercado o evite su entrada. Si bien se trata de supuestos de exclusión o de levantamiento de barreras a la entrada o a la salida, no corresponden con los preceptos de abuso presentes en otras legislaciones, sino con las figuras particulares de prácticas exclusionarias que se establecen fuera de los encabezados de posición de dominio, como es el caso de las figuras de boicot y exclusión presentes en el sistema venezolano. Por otra parte, es importante rescatar que en el caso de ese tipo de prácticas, es claro el prerrequisito de un poder de mercado sustancial para que se verifique la restricción a la competencia.

De acuerdo con los elementos analizados, el tratamiento de prácticas relativas no corresponde con las previsiones de abuso de posición de dominio presentes en otras legislaciones. Si bien esto es un argumento bastante fuerte, no debe perderse de vista el hecho de que ambos conjuntos de legislaciones están vigilando las conductas que se presentan en estructuras de mercado altamente concentradas.

Estados Unidos

En numerosas oportunidades, al revisar la literatura que comenta las interpretaciones norteamericana y europea de derecho de la competencia, se asimila el concepto de *monopolization*, al tratamiento de las conductas que se desprenden del ejercicio de posiciones de dominio.[9] En ese sentido, dentro del Inventario de la OEA se presenta que la legislación estadounidense considera que es contra la ley el monopolizar, combinarse o confabular con otra persona o personas para monopolizar

9 Se hace esta acotación en la medida que se ha trabajado el concepto de posición de dominio, que es europeo, como punto de partida en cuanto a las prohibiciones que regulan las conductas de las empresas con poder de mercado sustancial en el mercado.

cualquier parte del comercio o intercambio entre los diversos estados o con otros comercios.

Dentro de la sección de definiciones relacionadas con conductas prohibidas dentro del Inventario de la OEA, se presentan elementos que desarrollan el tratamiento del delito de monopolización. Así, dentro de este concepto se incluyen dos elementos: la posesión de poder de mercado, y la adquisición voluntaria o mantenimiento de dicho poder. En función de esto, se define como poder de mercado la capacidad para controlar precios o excluir a la competencia. En este punto, se observan algunas diferencias en cuanto a las definiciones de poder de mercado que hasta ahora se han manejado, en tanto delimita el precio como variable a ser afectada por la empresa en situación de poder de mercado, mientras que otros sistemas son más amplios en cuanto a que la posibilidad de afectar cualquier variable de competencia determina la presencia de ese tipo de estructura.

Asimismo, se expresa en esta sección del Inventario de la OEA, que la participación de mercado es el factor más importante para medir el poder de mercado, y por lo general si ésta es superior al 70 por ciento se considera elemento suficiente para determinar qué es poder de mercado, mientras que el 40 por ciento se considera insuficiente, en este caso las cortes exigen otras evidencias para probar prácticas anticompetitivas, entre las cuales se encuentran la asignación de precios inferiores a los costos, introducción de demandas improcedentes contra la competencia o la negación de acceso a un bien o servicio esencial.

En este sistema se diferencia otra práctica que es el delito de *intento de monopolización*. El mismo está conformado por tres elementos: intención específica de controlar los precios o destruir a la competencia, conducta predatoria o anticompetitiva dirigida hacia un objetivo ilegal y una "peligrosa probabilidad de éxito" en el logro de un monopolio en el mercado correspondiente. Si bien esta enumeración podría llevar un análisis muy extenso, de momento se rescatará únicamente un señalamiento importante que diferencia este concepto de los observados en el resto de los sistemas, y es el tratamiento de los elementos de intencionalidad para configurar el supuesto de hecho que se juzgará como restrictivo de la libre competencia. Esto es relevante porque denota la

necesidad de conectar la definición de las prohibiciones con los elementos conductuales que las configuran en supuestos de hecho.

Jamaica

Se define en el texto de la ley que una empresa detenta una posición de dominio en el mercado si por sí misma o en conjunto con otra empresa vinculada, ocupa una posición de fuerza económica tal que le permite operar en el mercado sin limitaciones efectivas por parte de sus competidores o de sus competidores potenciales. Allí, se aproxima en buena medida a los conceptos que se basan en la ausencia de competencia efectiva como elemento definitorio de la existencia de una posición de dominio.

México

Si bien no está recogido en el Inventario de la OEA, el articulado de la ley mexicana en cuanto a las prácticas monopolísticas relativas es similar al expuesto en el caso de Costa Rica. El análisis presentado en su oportunidad se considera pertinente al respecto.

Panamá

Si bien las disposiciones de la Ley panameña introducen el tema de las prácticas monopolísticas relativas en la misma forma que se ha descrito para los casos de Costa Rica y México, la enumeración de los supuestos de prácticas relativas es más amplia.[10]

Perú

Si bien no se encuentra recogido en el Inventario de la OEA, el artículo 4 del Decreto 701 define la posición de dominio: se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, de-

10 Este punto se desarrollará con mayor detalle en el siguiente aparte.

bido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como a redes de distribución. Los términos bajo los cuales se establece esta definición se corresponden con los de las señaladas en los casos de Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Jamaica, en la medida que apuntan hacia la posibilidad de actuación unilateral o independiente de la empresa analizada. Asimismo, los elementos utilizados para determinar las características del mercado que conceden viabilidad a esa actuación independiente, también corresponden con aquellos utilizados para determinar la existencia de un poder de mercado sustancial, por lo que se observa una amplia convergencia en cuanto a este concepto.

Venezuela

La legislación venezolana establece que existe posición de dominio cuando determinada actividad económica es realizada por una sola persona o grupo de personas vinculadas entre sí, y cuando existiendo más de una persona para la realización de determinado tipo de actividad, no haya entre ellas competencia efectiva. Se observa la proximidad de esta definición con las trabajadas en otras legislaciones, haciendo la salvedad de que se enfoca la posibilidad de actuación unilateral bajo la inexistencia de competencia efectiva en el mercado.

Si bien no está plasmado en el Inventario de la OEA, la ley venezolana prevé los elementos que deben ser considerados para evaluar el grado de competencia efectiva en un mercado. Estos requisitos son similares a aquellos previstos en otras legislaciones en cuanto a considerar las participaciones de mercado, la existencia de competencia potencial, el acceso a insumos y fuentes de aprovisionamiento, y la naturaleza y magnitud de las barreras a la entrada. Por otra parte, a través del desarrollo del Reglamento N° 1, se establece el concepto de mercado relevante, de forma tal que en la interpretación del articulado que se ha referido, el sistema venezolano guarda una aproximación a las situaciones y prácticas de posición de dominio bastante cercana al resto de los países que incorporan este dispositivo.

Situaciones de abuso de posición de dominio

A continuación se presenta un análisis comparativo de las figuras de abuso de posición de dominio contenidas en las leyes que expresamente contienen este concepto. Se presentarán aparte los supuestos de prácticas monopolísticas relativas, toda vez que se ha concluido que no se trata de supuestos equivalentes.[11]

Brasil

Aunque en el encabezado del artículo 21 de la Ley no se diferencian las situaciones que corresponden con los supuestos de restricción a la competencia identificados en el artículo 20, entre los cuales se encuentra el ejercicio de una posición de dominio, a partir de esa enumeración se puede identificar aquellas que corresponden con las conductas tipificadas en otros marcos normativos. Esta correspondencia se establece por una interpretación de aquellas situaciones que resultan anticompetitivas en aquellos casos en que se presenta una estructura de posición de dominio en el mercado, y que no corresponden con conductas horizontales. En ese sentido se han identificado las siguientes conductas: limitar o impedir el acceso de nuevas empresas al mercado; obstaculizar la constitución, el funcionamiento o el desarrollo de una empresa competidora, o del proveedor, comprador o financiador de bienes o servicios; impedir a los competidores el acceso a fuentes de insumos, materias primas, equipos o tecnología, y a canales de distribución; ejercer discriminación entre los compradores o proveedores; rehusar la venta de bienes o el suministro de servicios en condiciones de pago normales conforme a las prácticas y tradiciones comerciales; dificultar o que-

---

11 Dentro de la literatura especializada existen numerosos trabajos que explican el supuesto de abuso de posición de dominio incluido en las legislaciones de competencia. Como se ha comentado en varios apartes, este tipo de situaciones de pérdida de eficiencia económica es enfocado bajo diversas perspectivas dentro de los sistemas vigentes en el continente, sea que sean vistos como abuso, como prácticas de monopolización, o bien, que se adopte la división referente a conductas monopolísticas absolutas y relativas. Una referencia que recoge en buena medida la amplitud del tratamiento que pudiera tener este tema, se encuentra en el trabajo de Robert Anderson, Timothy Daniel, Alberto Heimler y Thinam Jacob, *Abuse of Dominant Position in a Market* (octubre de 1996, trabajo preparado como borrador preliminar para un texto del Banco Mundial tentativamente denominado "Operational Manual on the Design and Implementation of Competition Law", Comité de Competencia de la OCDE).

brar la continuidad o el desarrollo de relaciones comerciales de plazo indeterminado por negarse la otra parte a verse sujeta a cláusulas y condiciones comerciales injustificadas o anticompetitivas; destruir, inutilizar o acaparar materias primas, bienes intermedios o terminados, o la operación de equipos utilizados para la producción, distribución o transporte; cesar las actividades de la empresa, en su totalidad o parcialmente, sin justa causa comprobada; subordinar la venta de un bien a la adquisición de otro; imponer precios excesivos, o aumentar sin causa el precio de un bien o servicio.

Puede apreciarse que estos enunciados pueden englobarse dentro de los tipos de prácticas de abuso por exclusión o que pretenden obstaculizar la entrada o la permanencia de empresas en el mercado, que se han definido con anterioridad. Esto, a excepción del último ítem, el cual corresponde claramente a situaciones de explotación. En ese sentido, este considerando no se encuentra en el resto de las legislaciones que vigilan las conductas de empresas en posición de dominio.

Por otra parte, los enunciados en relación con ventas por debajo de costos (precios predatorios), y destrucción e inutilización de equipos, que tienen por efecto la obstaculización de entradas en el mercado, no son establecidos en el resto de las leyes. Por último, los enunciados relacionados con la limitación del acceso de empresas y de prácticas predatorias son abordados en otros sistemas, fuera de los prerrequisitos de la estructura de posición de dominio en cuanto a la configuración del supuesto de restricción a la competencia.

Canadá

Se presentan los tipos de conductas abusivas bajo los encabezados de rehusarse a negociar, venta condicionada, restricciones de mercado en los que pueden actuar los clientes, y negación de entregas. La descripción de estos tipos es similar a las que se encuentran en otros enunciados. El tratamiento de venta exclusiva se entenderá como incorporado en el tratamiento de las prácticas verticales. No es expreso, al menos en el texto del Inventario de la OEA, que estos supuestos de prácticas desarrollen la figura de posición dominante, pero por homologación con otros enunciados se mantiene esta aproximación.

Colombia

Los tipos incluidos en la legislación colombiana corresponden en buena medida con los listados en relación con el dispositivo canadiense. En ese sentido, se tienen como prohibidas las siguientes conductas: precios predatorios,[12] la aplicación de condiciones discriminatorias que coloquen a unos compradores o consumidores en situación desventajosa frente a otros; los que tengan por objeto o efecto subordinar el suministro a la aceptación de obligaciones adicionales; la venta a un comprador en condiciones diferentes a las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado; aplicar un precio diferente al que se ofrece en otra parte del territorio colombiano, cuando tenga la intención o el efecto de disminuir la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda con la estructura de costos de la transacción.

Aquí destaca el elemento de que los supuestos contemplados abarcan las situaciones que tengan por intención o por efecto la disminución de la competencia. Esto abre la posibilidad de que puedan ser perseguidas estas prácticas sin que se requiera comprobar los efectos nocivos para el mercado, bastando la demostración de que se ha tenido por intención la restricción de la competencia. En cuanto a este último elemento, valdría la pena abordar la discusión acerca de cuándo se entiende que se ha restringido la competencia, y en todo caso, qué elementos en el mercado permiten comprobar que se han materializado "efectos" anticompetitivos.

Jamaica

En esta norma se entiende que una empresa abusa de su posición de dominio si impide el mantenimiento o desarrollo de una competencia efectiva en el mercado, en especial si restringe la entrada de otra empresa; disuade a otras empresas de emprender conductas competitivas; elimina o remueve a un participante del mercado; si directa o indirectamente impone precios desleales de compra o de venta u otras prácticas

12 Se entenderá por precios predatorios aquellos casos de disminución de precios por debajo de los costos, cuando tengan por objeto eliminar uno o varios competidores, o prevenir su entrada al mercado.

anticompetitivas;[13] limita la producción de bienes en perjuicio de los consumidores; subordina el suministro a la aceptación de obligaciones adicionales.

En términos generales, estos supuestos se aproximan en forma importante a los identificados en los anteriores análisis. Sin embargo, llama la atención que esta disposición se complementa con el criterio de cuándo una empresa no está abusando de su posición de dominio, para lo cual se utilizan dos criterios: si se demuestra que el comportamiento estaba orientado a mejorar la producción o distribución de bienes, o a promover el desarrollo técnico o el progreso económico, y si los consumidores disfrutarían de los beneficios resultantes; si se ejercen derechos de autor, patentes, diseños o marcas registradas.

Perú

Se consideran casos de abuso de posición de dominio: la negativa injustificada a satisfacer demandas de compra u ofertas de venta; la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros; la subordinación de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias; otros casos de efecto equivalente.

En este caso, más que señalar similitudes, destaca esta última consideración que incluye conductas de efecto equivalente, con lo cual se puede interpretar que se abre espacio a un conjunto de prácticas de carácter residual que serán consideradas anticompetitivas según este artículo en la medida en que cumplan dos condiciones básicas: que sean realizadas por empresas en situación de dominio, y que el efecto sobre la dinámica de competencia, en cuanto al levantamiento de barreras a la entrada y a la permanencia en el mercado, corresponda con los efectos identificados para los otros ordinales.

Venezuela

La ley venezolana prohibe el abuso de posición de dominio a través de las figuras de imposición discriminatoria de precios y otras

13 Este punto podría asimilarse al concepto de precios predatorios que se ha venido trabajando.

condiciones de comercialización o de servicios; limitación injustificada de la producción, de la distribución o del desarrollo tecnológico en perjuicio de las empresas o de los consumidores; la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios; la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación de desventaja frente a otros; la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos del comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos; y otras de efecto equivalente. Puesto que cada una de estas disposiciones ha sido trabajada en otros casos, no se entrará en mayores análisis.

C. Prácticas monopolísticas relativas

Existe un importante paralelo entre los supuestos de prácticas monopolísticas relativas contenidas en las legislaciones de Costa Rica, México y Panamá. Todas ellas coinciden en prohibir las siguientes conductas:

1. Entre agentes no competidores, la imposición o establecimiento de distribuciones exclusivas.
2. La imposición del precio o demás condiciones que un distribuidor o proveedor debe observar al expender o distribuir bienes o prestar servicios.
3. Venta condicionada a la adquisición de un bien o servicio adicional.
4. La venta condicionada a no usar o adquirir productos procesados o distribuidos por un tercero.
5. Acción unilateral de rehusarse a vender a personas determinadas, bienes normalmente disponibles a terceros.
6. La concertación entre varios agentes o la invitación a éstos, para ejercer presión contra algún cliente o proveedor.
7. En general, todo acto que indebidamente dañe o impida el proceso de competencia.

En el caso de Panamá, existe un ordinal adicional que expresa: cualquier otro acto predatorio realizado unilateral o concertadamente por un agente económico, tendiente a causar daños o perjuicios o a sacar del mercado pertinente a un competidor, o a prevenir que un potencial

competidor entre a dicho mercado, cuando de tal acto no puede esperarse razonablemente la obtención o incremento de ganancias, sino por la expectativa de que el competidor o potencial competidor, abandonará la competencia o saldrá del mercado, dejando al agente con un poder sustancial o con una posición monopolística sobre el mercado pertinente. Este artículo contiene elementos novedosos que no están presentes en ninguna otra disposición, en tanto que revela la racionalidad que debe buscarse en la práctica para poder demostrar su carácter anticompetitivo.

D. Otras prácticas restrictivas de la competencia

Este documento no presentará un desarrollo de los demás tipos de prácticas anticompetitivas, bajo el mismo enfoque con que se han trabajado los supuestos de prácticas horizontales y de abuso de posición de dominio, sino que se harán señalamientos generales en cada caso.

A partir de estos elementos, el análisis de convergencia debería contribuir a esclarecer, si ya sea a partir de normas explícitas o a través del desarrollo de prohibiciones generales, o de la interpretación del articulado de las leyes, estas situaciones anticompetitivas son perseguidas y castigadas efectivamente en todos los países, pues allí habría una diferencia difícil de conciliar entre los diferentes marcos legales.

1. El boicot

Esta práctica se refiere a la acción tendiente a incitar a terceros a no aceptar la entrega de bienes o a impedir su adquisición. Este supuesto se encuentra implícito en aquellas prohibiciones de forma general que incluyen conductas que impidan el acceso o la permanencia en los mercados, aunque no se tipifique esta figura de boicot como tal. Ocurre también el caso de la Ley de Costa Rica, la cual dentro de las prácticas monopolísticas relativas incluye los acuerdos para ejercer presión y disuadir el comportamiento de ciertos participantes del mercado.[14] Otra figura bajo la cual se presenta esta práctica dentro del Inventario de la OEA, es en el caso de Estados Unidos, que al describir las prácticas *per se*, hace referencia a los boicots de grupos o acuerdos para no negociar. Cercana a esta posición, la legislación de Jamaica prevé estas situacio-

14 Para completar este análisis, debe volverse sobre los elementos analizados dentro de la sección de prácticas monopolísticas relativas, pues allí se han señalado las coincidencias con estos otros supuestos.

nes dentro de figuras de acuerdos. Por último, esta disposición está presente en la legislación venezolana, dentro de la cual aparece desarrollada como un supuesto particular de práctica anticompetitiva.

2. Prácticas exclusionarias

Las prácticas de exclusión del mercado, se encuentran implícitas en la mayoría de los casos, en el encabezamiento de las prácticas abusivas de posición de dominio, así como en la aproximación de las prácticas monopolísticas relativas. Por ejemplo, en el caso de Brasil se presenta como una cláusula general en el encabezado de abuso de posición de dominio. En cambio, la Ley venezolana contempla la exclusión expresamente como un supuesto de práctica. La diferencia fundamental, es que para que se configure la práctica en la mayoría de los casos la existencia de un poder de mercado sustancial o de una posición de dominio en el mercado, es una condición necesaria para que ocurra la restricción a la competencia contemplada en la norma.

3. Competencia desleal

Antes de entrar a analizar si existen diferencias en cuanto al contenido sustantivo de las leyes en materia de prácticas de competencia desleal, se introduce una consideración metodológica referida a lo siguiente: en los casos de aquellas leyes que diferencian sus estatutos en cuanto a protección al consumidor y protección de la competencia, solamente se considerarán elementos de competencia desleal que se tengan como restrictivos a la competencia. Siendo que por definición este tipo de conductas pueden incluirse en los articulados de ambos cuerpos legales, solamente se hace referencia a la parte de competencia. En este caso, el estatuto colombiano de competencia prohibe las prácticas que violen el estatuto de protección al consumidor, y hace referencia a las prácticas de comercio desleales. Los otros cuerpos que les prevén son los de Estados Unidos, que de acuerdo con el texto del Inventario de la OEA persigue los métodos desleales de comercio, Jamaica y Venezuela.

VII. CONCENTRACIONES ECONÓMICAS

Si bien este tema puede llevar un análisis equivalente al presentado en el caso de las prácticas, el elemento central para poder analizar la convergencia de las leyes en esta materia es la existencia o no de un

régimen de evaluación. A partir de allí, se encontrarán diferencias en cuanto a los estándares fijados para proceder a evaluar, el sistema de notificación, los procedimientos, entre otras. En esta parte, el elemento diferenciador más importante sobre el que hay que trabajar para acercar la interpretación de los regímenes de evaluación de fusiones, es el conjunto de criterios en función de los cuales se determina el carácter restrictivo de las operaciones. Es decir, aquellos cuerpos que prevén como prohibidas las operaciones de concentración que lesionen significativamente la competencia, dan lugar a un espectro de argumentos más amplio, que los que podrían desprenderse de una norma que solamente expone como causal la conformación de una posición de dominio. De tal forma que habría que acordar este tipo de criterios pues la definición acerca de cuándo se restringe la competencia no puede aceptar diferencias si se pretendiera alinear las interpretaciones.

El alcance de este estudio no incluye trabajar el tema de las operaciones de concentración en forma amplia, en la medida que los elementos que conforman estos sistemas de control son de una complejidad tal que ameritan un trabajo particular, el cual será realizado en un futuro cercano.

VIII. CONCLUSIONES

La lectura y análisis comparado de la parte sustantiva de las legislaciones nos ha llevado a una serie de conclusiones, ya no acerca de la proximidad en las disposiciones de las leyes referentes a la restricción de la competencia, sino respecto a cómo podría diseñarse el proceso de discusión de convergencias y divergencias, y cuáles son las hipótesis de trabajo que deberían guiar esta labor en modo productivo.

El primer elemento que se plantea, es que merece la pena revisar qué cosas están prohibidas, si lo están en todos los países y bajo qué tipo de consideraciones. Sobre estos puntos se ha visto que existen coincidencias importantes en cuanto al ámbito de aplicación de las leyes nacionales, pero no ocurre igual en cuanto al establecimiento de sectores con excepciones a la aplicación de estas normativas.

Más allá de la forma como se ataquen estos puntos, hay que examinar si una empresa realizando una determinada conducta, sería san-

cionable en un país, cuando en otro podría realizar esa conducta con toda legalidad. Es decir, en qué medida las normas están entendiendo en la misma manera cuándo se está restringiendo la competencia. En consecuencia el primer paso es observar si el mapa de situaciones descritas como anticompetitivas es igual en todos los sistemas. Esto también conduce a una conclusión de fondo: no importa si se está bajo un sistema de *per se* y regla de la razón, o de prácticas absolutas y relativas, o de sanciones penales y civiles, o bajo el enfoque de prácticas autorizables y no autorizables. En contraste, lo relevante de la discusión está sobre las prohibiciones; está en cómo puede plasmarse en las legislaciones la forma de entender que el interés público se está viendo afectado por la conducta de los agentes económicos. Las leyes prevén distintos supuestos en ese sentido, y eso constituye una diferencia fundamental sobre cómo cada país concibe la regulación del ejercicio de la actividad económica. Es en este plano donde se pueden identificar los objetivos y alcances de las políticas de competencia, en la medida en que sus objetivos sean incorporados dentro de la concepción misma del Estado respecto a las reglas según las cuales debe desenvolverse la actividad económica.

Tras este primer experimento, quedan abiertos campos de discusión ineludibles. Un trabajo a nivel de la política de competencia como instrumento regulatorio del Estado, otro tanto en relación con la proximidad de estos instrumentos en cuanto a las situaciones previstas en estos marcos legales, y probablemente, una discusión que terminaría resolviéndose en el plano político, en relación con la convergencia de estas normas.

Evidentemente, este último punto estará en las agendas en la medida que los procesos de integración señalen y refuercen la necesidad de acercar estos instrumentos y adoptar normas para situaciones que ocurran en más de un país. Sin embargo, las situaciones que se prevean en relación con restricciones a la competencia que afecten mercados localizados en más de un país no necesariamente coinciden con aquellas que deben ser previstas por una norma de carácter nacional.

Por último, vale la pena señalar que así como los instrumentos que se han analizado presentan más puntos de divergencia que líneas

coincidentes, es de esperar que se observe una mayor distancia en caso de que se analizara la experiencia en la aplicación de las políticas de competencia en estos países.

POR INVITACIÓN

El Derecho de la Competencia en Colombia

Margarita ALARCÓN CARRILLO*

I. LA LIBERTAD ECONÓMICA

La Constitución Política de Colombia consagra la libre competencia económica como un derecho de todos. Al Estado le corresponde impedir que se restrinja la libertad económica así como controlar los abusos que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. El alcance de la libertad económica lo delimita la ley cuando así lo exija el interés social, el medio ambiente y el patrimonio cultural de la Nación (Constitución Política, artículos 333 y 334).

A la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia le corresponde velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia por parte de todo aquel que desarrolle una actividad económica en los mercados nacionales, sin perjuicio de las funciones sobre el particular asignadas a otras autoridades como la Superintendencia Bancaria (sector financiero y asegurador) y la Superintendencia de Servicios Públicos (servicios públicos domiciliarios). También le corresponde autorizar las fusiones, integraciones, consolidaciones y adquisiciones de control de empresas (Ley 155 de 1959, artículo 4).

II. PRÁCTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS

En la legislación colombiana -Ley 155 de 1959-, se prohibe de manera general toda clase de práctica tendiente a limitar la libre competencia.

Esta disposición de carácter general es indispensable puesto que "tipificar en detalle cada conducta que pudiere tener un efecto dañino

* Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia, de la Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia.

sobre la competencia es prácticamente imposible, no sólo por el gran número de casos que se presentan, sino también por que la evolución constante de las conductas comerciales implicaría que la ley estuviera siempre retrasada con respecto a esta evolución".[1]

El Decreto Ley 2153 de 1992 "por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones" enuncia, de una parte, los acuerdos y actos anticompetitivos y, de otra, los abusos de posición dominante que son más comunes; designa las autoridades administrativas que deben conocer de las prácticas de que se trata y establece las sanciones que pueden imponerse a los infractores de la ley de promoción de la competencia. Igualmente establece aquellas conductas que, además de las consagradas en el parágrafo del artículo 1 de la precitada Ley 155, no constituyen prácticas comerciales restrictivas.

A. Acuerdos contrarios a la libre competencia

Se entiende por *acuerdo* "todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas" (Decreto Ley 2153 de 1992, artículo 45).

Se estiman contrarios a la libre competencia, entre otros, cualesquiera acuerdos que tengan por objeto o como efecto:

- Fijar precios, directa o indirectamente;
- Determinar las condiciones de venta o comercialización discriminatorias para con terceros;
- Repartir el mercado entre productores o entre distribuidores;
- Asignar cuotas de producción o suministro;
- Repartir o limitar las fuentes de abastecimiento de insumos productivos;
- Limitar los desarrollos técnicos;
- Suministrar un producto condicionado a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituyan el objeto del negocio;
- Abstenerse de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción;

1 Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo, documento TD / RBP / CONf 4/3 UNCTAD.

- La colusión en las licitaciones o concursos; o,
- La distribución de adjudicaciones de contratos, de concursos o la fijación de los términos de la propuesta.

B. Actos contrarios a la libre competencia

Se consideran contrarios a la libre competencia los siguientes comportamientos de quienes ejerzan una actividad económica:

- Infringir las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor (Decreto 3466 de 1982, artículos 14, 15, 16 y 17);
- Influenciar a una empresa para que incremente los precios o para que desista de su intención de rebajar los precios; y,
- Negarse a vender o prestar servicios a una empresa o discriminar en contra de la misma como una retaliación a su política de precios.

C. Abuso de posición dominante

Se entiende por posición dominante la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado (Decreto Ley 2153 de 1992, artículo 45, numeral 5).

La posición dominante permite a una empresa actuar "en una medida apreciable independientemente de sus competidores, clientes, y, finalmente, de los consumidores".

Cuando exista posición dominante, las siguientes conductas constituyen abuso de la misma:

- Determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado;
- La disminución de precios por debajo de los costos, cuando tenga por objeto o efecto, eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos;
- Aplicar condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor en condiciones análogas;

- Las que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituyen el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones;
- La venta a un comprador en condiciones diferentes a las que le ofrecen a otro comprador, cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado; y,
- Vender o prestar servicios en alguna parte del país a un precio diferente al que se ofrece en otra parte del territorio, con la intención o efecto de disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país, si el precio no corresponde a la estructura de costos de la transacción.

III. COMPETENCIA DESLEAL

La competencia desleal, entendida como aquella conducta deshonesta asumida por un determinado agente económico en perjuicio de su competidor, no es de conocimiento de la Superintendencia de Industria y Comercio. Su conocimiento está atribuido a los jueces especializados en Derecho Comercial, y donde éstos no existen, a los jueces civiles del circuito.

Se distinguen dos ámbitos en el concepto de competencia desleal. A saber, "un ámbito subjetivo representado por la intención de aquel que utiliza la competencia desleal con la finalidad de lograr un descrédito en el competidor, es decir, referido a la ética que debe imperar en la conducta comercial de los competidores, y un ámbito objetivo que no estaría referido a parámetros morales, sino a las conductas que atenten contra el libre desenvolvimiento de los agentes en el mercado, las cuales se manifiestan a través de sus actos que acarrean el desplazamiento del competidor en el mercado".[2]

La reciente ley de origen parlamentario sobre competencia desleal -256 de 1996- señala que constituye competencia desleal "todo acto o hecho contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la

---

2 Faustino Flamarique, *Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia*, Colección Textos Legislativos No. 14 (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1996).

buena fe comercial, a los usos honestos en materia comercial o industrial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado", además hace una enumeración de los principales actos y hechos que constituyen competencia desleal.[3]

La finalidad última de las legislaciones sobre competencia desleal y sobre libertad de competencia es que la institución de la competencia funcione, que sea "el mercado quien proceda a la asignación de los recursos en función de una libre y leal competencia" pero la finalidad mediata de la libre competencia "atiende al interés general" y la de la competencia desleal persigue "la defensa de *intereses más particulares* como lo son los de los empresarios en competencia o los de los consumidores afectados".

La normativa sobre prácticas comerciales restrictivas prohibe ciertos comportamientos en la medida en que limiten el acceso de los operadores económicos en el mercado o distorsionen la eficiencia o estructura del mismo. En cambio, la prohibición de los denominados actos desleales se hace con prescindencia de que afecten la eficiencia o estructura del mercado.

Conforme lo anteriormente expuesto, cuando un acto de competencia desleal falsea de manera sensible la libre competencia, en todo o parte del mercado nacional, cuando afecta el interés público,[4] habilita a la Superintendencia de Industria y Comercio para conocer de tal situación, en virtud del artículo 1° de la precitada Ley 155 de 1959.

IV. EXCEPCIONES

No se consideran contrarias a la libre competencia, según el parágrafo 1, artículo 1° de la Ley 155 de 1959, los acuerdos o convenios

3 Desorganización (desviación de la clientela, explotación de la reputación ajena, inducción a la ruptura contractual), confusión, engaño, descrédito, comparación, imitación, violación de secretos, violación de normas y pactos desleales de exclusividad. Ley 256 de 1996, artículos 8 a 19.

4 Ricardo Alonso Soto (Vicepresidente Tribunal Español de Defensa de la Competencia), "¿Es satisfactoria la relación actual entre el Derecho de la libre competencia y el derecho de la competencia desleal?"

que el gobierno autorice cuando tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general y el bienestar social. Para los anteriores efectos, se consideran sectores básicos de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general y el bienestar social, todas aquellas actividades económicas que tengan o llegaren a tener en el futuro importancia fundamental para estructurar racionalmente la economía del país y abastecerlo de bienes o servicios indispensables al bienestar general.

Asímismo, consagra el artículo 49 del Decreto 2153 de 1992 como no contrarias a la libre competencia las siguientes conductas (actos o acuerdos):

- Las que tengan por objeto la cooperación en investigaciones y desarrollo de nueva tecnología.
- Los acuerdos sobre cumplimiento de normas, estándares y medidas no adoptadas como obligatorias por el organismo competente, cuando no limiten la entrada de competidores.
- Los que se refieren a procedimientos, métodos, sistemas y formas de utilización de facilidades comunes.

V. CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES ECONÓMICAS

Consagra el artículo 4° de la Ley 155 de 1959 la obligación a cargo de "las empresas que se dediquen a la misma actividad, cuyos activos brutos individualmente o en su conjunto asciendan a $20.000.000 o más, de informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre las operaciones que proyecten llevar a cabo para el efecto de fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí cualquiera que sea la forma jurídica de dicha consolidación o integración".

Al Superintendente de Industria y Comercio, le corresponde pronunciarse sobre la fusión, consolidación, integración y adquisición del control de empresas, con excepción de las operaciones que correspondan al sector financiero y asegurador.

Aquellas concentraciones que tiendan a producir una indebida restricción a la libre competencia deben ser objetadas. No podrán objetarse aquellas operaciones en que los interesados demuestren que

puede haber mejoras significativas en eficiencia, de "manera que resulten en ahorro de costos que no pueden alcanzarse por otros medios y que se garantice que no resultará en una reducción de la oferta en el mercado" (Decreto 2153 de 1992, artículo 51).

El término para resolver las solicitudes es de treinta (30) días desde la fecha en que la respectiva solicitud sea presentada. Vencido este plazo sin que haya pronunciamiento, se entiende autorizada la operación (Decreto 1302 de 1964, artículos 6° y 7°).

VI. ORGANOS ENCRAGADOS DE LA APLICACIÓN DE LA LEY

1. El Superintendente de Industria y Comercio

Al Superintendente de Industria y Comercio, le corresponde decidir e imponer las sanciones a que haya lugar por prácticas comerciales restrictivas; decidir la terminación anticipada de las investigaciones; pronunciarse sobre las operaciones de concentraciones económicas.

2. El Superintendente delegado para la Promoción de la Competencia

Al Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia, le corresponde resolver sobre la admisibilidad de las denuncias; tramitar la averiguación preliminar e instruir la investigación correspondiente; así como velar por el cumplimiento de las normas vigentes y proponer nuevas disposiciones.

3. La División de Promoción de la Competencia

A la División de Promoción de la Competencia, le corresponde atender las quejas formuladas y proponer la iniciación del procedimiento correspondiente cuando la importancia de la conducta o de la práctica así lo amerite; apoyar al Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia en la tramitación de las averiguaciones preliminares y la instrucción de las investigaciones; y atender consultas, obtener información relevante sobre los diferentes mercados, y elaborar estudios económicos.

4. Consejo Asesor para la Promoción de la Competencia

Organo auxiliar de carácter consultivo. Su concepto no es vinculante, integrado por cinco (5) expertos en materias empresariales, económicas o

jurídicas; de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República. Debe ser convocado en los eventos en que se sancione y cuando se adopten medidas cautelares por prácticas comerciales restrictivas.

VII. PROCEDIMIENTOS, SANCIONES Y RECURSOS

Procedimiento. Para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia, se inicia actuación de oficio o por solicitud de un tercero. Según dispone el numeral 1 del artículo 2 del Decreto 2153 se dará trámite a aquellas reclamaciones que sean significativas para alcanzar, en particular, las siguientes finalidades: mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional; que los consumidores tengan la libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios; que las empresas puedan participar libremente en los mercados; y que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios.

Realizada la verificación preliminar correspondiente el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia, inicia una investigación propiamente dicha, o se archiva según el caso.

Ordenada la investigación, se notifica al investigado y se establece un término prudencial para que solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer. Instruida la investigación se presenta al Superintendente un informe motivado respecto de si ha habido una infracción. De dicho informe se corre traslado al investigado. En lo no previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, se aplica el Código Contencioso Administrativo.

La Superintendencia está facultada para solicitar o recibir suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que requiera, practicar visitas de inspección e interrogar bajo juramento a cualquier persona cuyo testimonio pueda resultar útil para el esclarecimiento de los hechos.

Durante el procedimiento, el Superintendente de Industria y Comercio podrá ordenar la clausura de la investigación cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se investiga.

La actuación que desarrolle la Superintendencia es de carácter reservado, (Ley 155 del 1959, artículo 13). Además, las conductas que afecten la libre competencia en los mercados, se consideran objeto ilícito (Decreto 2153 de 1992, artículo 46).

Sanciones. Le corresponde al Superintendente ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas que sean contrarias a las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, así como imponer sanción pecuniaria hasta por dos mil (2000) salarios mínimos legales mensuales, y de trescientos (300) a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales que autoricen, ejecuten o toleren tales conductas.

Recursos. Agotada la vía gubernativa mediante la interposición del recurso de reposición ante el Superintendente o Superintendente Delegado, según el acto de que se trate, existe la posibilidad de acudir a la jurisdicción contencioso administrativa mediante el ejercicio de las acciones correspondientes (de nulidad y restablecimiento del derecho, Código Contencioso Administrativo, artículos 84, 85).

Para finalizar, valga anotar que se destacan los progresos de liberalización del comercio y los cambios destinados a incrementar la eficiencia económica mediante la desregulación, la privatización y un régimen de inversión más abierto. Para ello es importante que, antes de remover los marcos regulatorios que fomenten las estructuras concentradas, se efectúe un profundo estudio y diagnóstico de los diferentes sectores económicos, así como cuidar que la adopción de las nuevas normas no impidan el libre desenvolvimiento de los agentes económicos. Esto sin omitir que, además de una legislación eficaz y una política activa en materia de competencia, para que ésta cumpla su cometido se requiere el dinamismo de los empresarios y unos consumidores críticos en sus escogencias, tanto desde el punto de vista del precio como de la calidad.

La base fundamental para hacer frente a los importantes retos a nuestro cargo en la Superintendencia de Industria y Comercio, lo constituye el compromiso de lograr servicios de máxima calidad en beneficio tanto de los consumidores como de la industria y las consecuencias favorables que de ello se derivan para nuestra sociedad.

Posibilidades y aspectos para un Acuerdo Multilateral de Inversiones Extranjeras

Omar Enrique García-Bolívar*

I. Introducción

Dentro del derecho internacional, la regulación de la inversión extranjera (IE) ha experimentado un gran crecimiento en los últimos años. Varios de los instrumentos existentes muestran el surgimiento de ciertas reglas que tratan de regular de alguna manera el proceso de la IE. Esta discusión se centrará en determinar si es necesario un acuerdo multilateral de IE, y en caso de ser así, cuáles asuntos deberán ser cubiertos por este acuerdo.

II. Marco General de la Inversión Extranjera

La IE es un proceso mediante el cual se transfiere capital[1] de un país a otro. En este proceso están involucrados intereses, tales como soberanía y derechos sobre la propiedad, así como actores, tales como los Estados y las Compañías Transnacionales (CTN).

En el pasado, como el capital transferido era propiedad extranjera, los países en vías de desarrollo consideraban la IE como instrumento de dominación foránea[2] y gran parte de las inversiones fueron incauta-

---

* El autor es abogado *Cum Laude* (UCAB, 1987), LL.M (Southern Methodist University, 1992), y M.Phil , *Chevening Scholar* (University of Edinburgh, 1997) y candidato a PHD (University of Edinburgh). Actualmente es Profesor de Derecho Mercantil de la UCAB y de Derecho Internacional de Inversiones Extranjeras en el Postgrado de Derecho Internacional.

1 Ver también Graham Bannock y otros, *Dictionary of Economics*, 4ta. Edición (Londres: Hutchinson, 1987), p. 221. En este contexto, se entiende por capital uno de los factores de producción capaces de generar ingresos.

2 Ver Thomas W. Waelde, "A Requiem for the 'New International Economic Order': The rise and fall of paradigms in International Economic Law", en Najeeb Al-Nauimi y Richard Meese, editores, *International Legal Issues Arising Under the United Nations Decade of International Law* (La Haya: Martinus Nijhoff, 1995), p. 1301.

das arbitrariamente. En esos años, los países en vías de desarrollo no se preocupaban por el hecho de oponerse al capital foráneo porque sus economías no necesitaban la IE. Los países podían financiar su desarrollo con el producto de las rentas obtenidas de sus recursos naturales,[3] de los fondos de asistencia para el desarrollo establecidos por los países desarrollados, o del dinero que les prestaban los bancos bajo condiciones sumamente flexibles.[4] Pero aquellos años ya pasaron. En términos financieros, las rentas y los préstamos han disminuido como fuente de capital, al igual que los fondos de asistencia para el desarrollo. Igualmente, el viejo paradigma del control estatal y del aislamiento económico ha fracasado y ha surgido un nuevo ideal a favor de la liberación de las economías, de la desregulación y de la competitividad.[5]

Hoy en día, casi todos los países tienen interés en atraer la IE como medio de promover el desarrollo. La mayoría entiende que la inversión, conjuntamente con otros beneficios, crea empleos, permite entrenamiento de la mano de obra local, transfiere tecnología,[6] y puede servir de medio para el ingreso de capital, todo lo cual activaría la economía producti-

---

3 Según la teoría de la renta de David Ricardo, la renta de la tierra es el exceso de lo que el peor cultivo produce sobre esa tierra. Ricardo pensaba que la renta de la tierra era un superávit. En conclusión, el propietario de la tierra recibiría sumas crecientes de renta que no se ha ganado. De la misma manera, las ganancias obtenidas del capital por medios diferentes a la inversión en actividades productivas son renta. En consecuencia, el dinero que un gobierno obtiene por la venta de petróleo, cobre u oro es considerado como una renta. David Ricardo sostiene que la renta es la porción del beneficio de la tierra que es pagada al propietario por el uso de los poderes originales e indestructibles del suelo. David Ricardo, *The principles of political economy and taxation* (Londres: J.M. Dent, 1992). Véase también Alan Gilpin, *Dictionary of Economic Terms*, 4ta. ed. (Londres: Butterworth, 1977), p. 192.

4 Lall Sanjaya y Paul Streeten, *Foreign Investment, Transnationals and Developing Countries* (Londres: Macmillan, 1977), p. 5. Según los autores, en esos años solicitar dinero prestado parecía ser una fuente barata de fondos.

5 Ver Thomas W. Waelde, "A Requiem for the 'New International Economic Order': The rise and fall of Paradigms in International Economic Law", en Al-Nauimi y Meese, editores, *International Legal Issues*, op. cit., nota 2.

6 Ver H. Peter Gray, *The Economics of Business Investment Abroad* (Londres: Macmillan, 1972), p. 109. Resulta poco probable que, en las naciones pobres en las cuales gran parte de la población sufre desempleo o subempleo crónicos y vive a nivel de subsistencia, el influjo de capital tenga efectos adversos en la distribución del ingreso. Por el contrario, el capital adicional debería tener el efecto de ampliar la necesidad de mano de obra y elevar el número de personas empleadas. Véase también David Zenoff, *Private Enterprise in Developing Countries* (1969), p. 9. También Robert Gilpin, "Political Economy of Foreign Investment" en Benjamin Gomes Casseres y David Yoffie, editores, *International Political Economy of Direct Foreign Investment*, volumen 1 (Aldershot: E. Elgar, 1993), p. 241.

va del país receptor.[7] No obstante, un país tiene que brindar un clima de seguridad para la inversión si ha de atraer inversionistas que se establezcan en su territorio; ofreciendo condiciones económicas, políticas y legales adecuadas, así como una infraestructura apropiada.[8] Ello en sí no garantiza el influjo de capital extranjero al país, pero ofrece alguna certeza y previsibilidad a los inversionistas.[9] No obstante, un clima de inversiones que dependa solamente de la ley nacional es fácil de cambiar y, lo que es peor, el inversionista no tendría derecho alguno de cuestionar dichos cambios. Por ese motivo, para promover el renovado interés en la IE y por el recuerdo de los varios conflictos sobre la inversión,[10] algunos países han solicitado la creación de reglas internacionales que rijan la IE.[11]

III. LA NECESIDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL SOBRE INVERSIÓN EXTRANJERA

A primera vista, parecería que las IEs crecen con éxito a pesar de la ausencia de leyes, o quizás hasta por ello mismo. Visto así, el derecho de IE no tendría el efecto de crear más negocios sino más bien de facilitar las negociaciones y eliminar los obstáculos, tales como el clásico conflicto entre el alcance de la soberanía de los Estados y el derecho de propiedad.[12]

Los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) han representado un intento de sobreponerse a dichos obstáculos.[13] Mediante estos tratados

7 Robert Gilpin, "Political Economy of Foreign Investment", op. cit., nota 6. Ver asimismo, Rachael McCullogh, "New Perspectives on Foreign Direct Investment", en Kenneth Froot, editor, *Foreign Direct Investment* (Chicago: University of Chicago Press, 1993).

8 Ver Ibrahim Shihata, *MIGA and Foreign Investment* (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1988), p. 4.

9 Ver Thomas W. Waelde, "International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty", *Journal of World Trade*, vol. 5, No. 29 (1995), p. 29.

10 Por ejemplo: la nacionalización de la industria petrolera de México. la nacionalización de la industria del cobre de Chile, las reformas económicas socialistas de Cuba y las grandes expropiaciones de Irán.

11 United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *World Investment Report 1996: Investment, Trade and International Policy Arrangements*, UNCTAD/DTCI/32, N.U. Ventas N° E.96.11.A.14 (Ginebra: UNCTAD, 1996), p. 3.

12 Ver Waelde, "International Investment", op. cit., nota 9: p. 68.

13 Un documento del Centro de Naciones Unidas sobre Corporaciones Transnacionales explica que los denominados Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) no son una fuente de dere-

se controla la relación de inversión de los signatarios. Sin embargo, estos tratados constituyen derecho internacional solamente en lo concerniente a las partes y no son prueba de derecho internacional consuetudinario; no brindan soluciones coherentes; no todos los Estados del mundo se ajustan a los TBIs; y gran parte de los principios que conforman los TBIs han sido extensamente rechazados. Además, la IE es un proceso multinacional, por lo cual las soluciones bilaterales no son lo suficientemente útiles como para ofrecer reglas universales y coherentes en esta área.

Otros instrumentos aprobados con el fin de proveer un derecho internacional de IE han declarado expresamente su naturaleza no obligante. Este es el caso de los Lineamientos del Banco Mundial en los que se incluyen la mayoría de los principios de las IEs, aunque no han creado obligaciones para los Estados ni para las Compañías. Lo mismo puede decirse de los Lineamientos de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) para Empresas Multinacionales, la Decisión de Trato Nacional y el Proyecto de Ley de las Naciones Unidas de Conducta Para Compañías Transnacionales.[14]

Otros instrumentos de regulación de IE son obligantes aunque menos amplios. Este es el caso de la Convención del Centro Internacional para el Arreglo de Disputas de Inversión (CIADI)[15] que creó un centro neutral para la resolución de disputas sobre inversiones entre Estados e inversionistas; y la Convención MIGA que creó una agencia de garantías sobre inversiones multilaterales (*Multilateral Investment Guarantee Agency*),[16] para proteger a los inversionistas contra riesgos no comerciales de los países en vías de desarrollo signatarios de la convención.[17]

---

cho internacional. United Nations Center on Transnational Corporations, *Bilateral Investment Treaties*, UN DOC. ST/CTC/65, Ventas N° E.88.11.A.1. (Ginebra: United Nations Center on Transnational Corporations, 1988), pp. 16-29. Ver en general Rudolph Dolzer y Margrete Stevens, *Bilateral Investment Treaties* (La Haya: Martinus Nijhoff, 1995).

14 Ver Franziska Tschofen, "Multilateral Approaches to the Treatment of Foreign Investment", en *CIADI Review*, No.7. (1992), p. 1384.

15 Convención CIADI (1965). I.U.S.T. 1270. Reimpresa en *International Legal Materials*, No 4 (1965), p. 524.

16 Convención MIGA, en *International Legal Materials*, vol. 24 (1985), p. 1605.

17 Ver Shihata, *MIGA and Foreign Investment*, op. cit., nota 8.

A la clasificación de instrumentos de derecho internacional sobre IEs también pueden agregarse documentos más completos, tales como el Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN),[18] que cubre extensamente el asunto de las inversiones en términos muy similares al modelo de los TBI de Estados Unidos. No obstante, el TLCAN solamente incluye las IEs dentro de los territorios de Estados Unidos, Canadá y México. Igualmente podría hacerse mención del Documento del Tratado Energético (DTE) que cubre lo relacionado con las inversiones de sus Estados miembros (50 países, en su mayoría europeos), pero solamente en lo que respecta a las inversiones en energía.[19]

Esto nos lleva a concluir que el derecho internacional de IEs no es satisfactorio para la resolución universal y coherente de todo lo concerniente a las IEs. La posibilidad más lógica y probable de resolver esos asuntos parece ser a través de un acuerdo amplio sobre IEs. A ese fin, se han formulado algunas propuestas para la creación de un acuerdo multilateral sobre inversiones (AMI). Una de éstas es actualmente objeto de discusión dentro de la OCDE. Otros países han propuesto referir el asunto a la Organización Mundial del Comercio (OMC) y comenzar el trabajo investigativo que eventualmente devendría en un AMI.[20] Se desconoce si estos intentos tendrán o no éxito, pero al menos son indicativos de que los países se han percatado de lo necesario que es para las IEs contar con un instrumento legal internacional de aplicación universal.

IV. ASUNTOS DE IMPORTANCIA PARA EL AMI

Los asuntos que revisten mayor importancia en relación con el AMI pueden ser identificados mediante consideración de los conflictos de intereses que surgieron en el pasado; en relación a las IEs, así como

---

18 Tratado de Libre Comercio de América del Norte entre Canadá, México y Estados Unidos (TLCAN, también conocido por su nombre en inglés, *North American Free Trade Agreement, NAFTA*), suscrito el 12 de diciembre de 1992. El texto del Acuerdo puede verse en *International Legal Materials*, No. 32, p. 605.

19 Documento del Tratado Energético (en lo sucesivo DTE), en *International Legal Materials*, No. 33 (marzo 1995). Véase en general Waelde, "International Investment", op. cit., nota 9.

20 Ver UNCTAD, *World Investment Report 1996*, op. cit., nota 11. Ver también Paul Brian Christy III, "Negotiating Investment in the GATT: A Call For Functionalism", *Michigan Journal of International Law*, No. 12 (1991), p. 746.

del estudio de los instrumentos legales mediante los cuales se ha intentado brindar soluciones a dichos conflictos.

A. Cobertura

¿Qué debe cubrir un AMI? Debe cubrir las IEs, y no las inversiones nacionales (que serían controladas mediante las leyes locales, sin implicaciones internacionales). El acuerdo en sí puede ejercer algún impacto en la legislación local respecto a los inversionistas nacionales, pero sería de carácter internacional y crearía obligaciones solamente para los Estados signatarios y sus ciudadanos.

En consideración de los distintos tipos de IE, ¿qué tipo de inversión cubriría el AMI? El AMI debe cubrir la inversión extranjera directa (IED), que es el establecimiento permanente de un negocio en territorio extranjero a fin de reducir los costos de transacción.[21] Sin embargo, existe un gran número de inversiones que no son IEDs. Este es el caso de las inversiones de cartera (ICs), que no persiguen el intercambio de bienes, como es el caso del comercio, sino que buscan utilidades sobre bases especulativas de operaciones de compra y venta en mercados extranjeros de bolsa.[22] Existen también nuevas formas de IE, mediante las cuales el inversionista tiene acceso al país para vender su producto o servicio, pero no tiene la propiedad de los activos ni los financia. Estas nuevas formas de IE se encuentran en acuerdos de licencia, contratos gerenciales, acuerdos de empresa conjunta, acuerdos de servicio y acuerdos para compartir la producción. Por estos medios, existe una transferencia de capital, aunque no se constituya una entidad, ni se ejecute la operación mediante el mercado bursátil.[23]

---

21 Ver Sanjaya y Streeten, *Foreign Investment, Transnationals*, op. cit., nota 4, p. 5. Aunque existan otras razones para la IED, la más común es la creación de utilidades, y no la intención de funcionar como instrumento del imperialismo. Las entidades inversionistas no son organizaciones con fines políticos, sino más bien un medio de negocios.

22 Ver Canada Privy Council, *Foreign Ownership and the Structure of Canadian Industry*, (Ottawa: Canada Privy Council, 1968), p. 24. La inversión de cartera se refiere a las compras de valores extranjeros -obligaciones y participaciones- que no conllevan derechos de control o propiedad de empresas extranjeras). Miltiades Chacholiades, *Interational Economics* (Londres: Macmillan, 1990), p. 268.

23 "La expresión 'Nuevas Formas de Inversión' (NFI) cubre una amplia y heterogénea escala de operaciones de negocios internacionales que tienen un común denominador. Para un proyecto de inversión en un país anfitrión, la compañía extranjera provee los bienes, sean tangibles o intangibles, que constituyen los activos, pero no tiene la propiedad del proyecto

En todas estas formas de IE, los beneficios para el país son los mismos: el ingreso de capital que puede ser de utilidad para financiar el desarrollo y en todo caso estimular el crecimiento de la economía.[24] De esta forma, aunque se considere que las IEDs constituyen la forma más favorable de IE por motivo de sus efectos externos positivos,[25] las demás formas de IE pueden, en mayor o menor grado, generar el dinero que los países en vías de desarrollo buscan tan ansiosamente, sin las desventajas que se relacionan con las IEDs.[26]

Hay, además, casos en áreas 'grises' en los cuales no está claro si la IE es IED o IC. Esto ocurre cuando la IE se relaciona con la adquisición de las acciones de una compañía que puedan adquirirse en el mercado bursátil; por ejemplo: en una situación de toma del control de una empresa,[27] o cuando haya compra de valores (con garantía colateral en activos dedicados a una empresa no constituida) emitidos por una compañía con el fin de financiar ciertas operaciones. En este último caso, el comprador tiene control de la empresa mediante la garantía y no le va a ser agradable saber que su inversión no está protegida.

---

en sí ... la participación accionaria del socio extranjero, si la hay, no constituye control de la propiedad ... esto no implica que la compañía extranjera no pueda ejercer control parcial o total del proyecto por otros medios." Charles P. Oman, "New Forms of Investment in Developing Countries", en Theodore H. Moran, ed., *Inversión y Desarrollo: ¿Nuevas Iniciativas del Capital Privado?* (New Brunswick: Transaction Book, 1986), p. 131.

24 La inversión en el país anfitrión puede activar la maquinaria productiva que, de otra manera, probablemente no se hubiese activado. Así por ejemplo, cuando gracias a esta inversión se generan fuentes de financiamiento local, mediante el establecimiento de competencia y de nuevas entidades dentro del sector financiero. Una sola entidad financiera puede no ser suficiente para cubrir las necesidades de la compañía. Ello redunda en una aceleración del proceso de desarrollo del país anfitrión. Ver Thomas J. Biersteker, *Distortion or Development?* (Princeton: Princeton University Press, 1978), p. 9.

25 Los efectos externos o 'externalidades' son los costos y beneficios ocasionados por las actividades de una industria que no se reflejan en el precio de venta del producto, ni influyen en las cantidades compradas. Costos que no son absorbidos por aquellos que los ocasionan y beneficios que no son pagados por sus beneficiarios. Según esto, los efectos externos positivos son efectos secundarios favorables de la actividad económica, tales que activan la economía sin causar daño a nadie. Gilpin, *Dictionary of Economic Terms*, op. cit., nota 3.

26 Ver Shihata, *MIGA and Foreign Investment*, op. cit., nota 8.

27 Se considerará que esto ocurre cuando en una empresa, bien sea que se haya constituido o no, un solo inversionista (según la definición anterior) tenga control del 10 por ciento o más de las acciones ordinarias o del poder de votación (salvo que pueda establecerse que tal porcentaje no permita al inversionista tener la voz efectiva de las acciones ordinarias con derecho a voto de la empresa).Ver OCDE, *Detailed Benchmark Definition of Foreign Direct Investment*, (París: OCDE, 1983), p. 7.

De manera similar, algunos de los instrumentos legales de las IEs cubren tanto las IEDs como las ICs. Este es el caso de la Convención MIGA,[28] que incluye como inversiones elegibles no solamente las participaciones accionarias, sino también los préstamos a mediano y largo plazo, hechos o garantizados por los titulares de acciones ordinarias de la empresa. La Convención MIGA cubre la reinversión de utilidades y toda transferencia de divisas extranjeras relativas a las inversiones existentes y abarca también las inversiones que no están incluidas en la lista.[29]

Adicionalmente, la Convención del CIADI,[30] al ofrecer la base para llegar a acuerdos en disputas de cualquier tipo de IE y no solamente en las disputas sobre IEDs, ni siquiera define la IE.

Lo mismo puede decirse de la mayor parte de los TBIs,[31] que definen ampliamente las IEs conjuntamente con las IEDs, e incluyen la constitución de una nueva compañía y la adquisición de instalaciones u operaciones mediante una sucursal, las ICs, tales como adquisiciones de bonos o acciones en el mercado abierto y las nuevas formas de IE, tales como acuerdos de licencia y contratos de servicio y administración.[32]

---

28 Ver Convención MIGA, op. cit., nota 16.

29 A diferencia de la mayoría de los programas de garantía de inversiones nacionales, la cobertura del MIGA abarca también las inversiones de cartera, incluyendo las participaciones minoritarias en empresas conjuntas, acciones preferentes y acciones resultantes de la conversión de los instrumentos de deuda. Entre las inversiones de cartera, se da preferencia a aquellas que se relacionan con Inversiones Extranjeras Directas en la misma empresa. Idem, artículo 12. Ver también Shihata, *MIGA and Foreign Investment*, op. cit., nota 8, p. 112.

30 Ver Convención CIADI, op. cit., nota 15.

31 Algunos TBIs comprenden una amplia definición de inversión, abarcando transferencias de capital, reinversión y entidades. Se cubren así algunas formas de cooperación, tales como gerencia, mercadeo y contratos llave en mano. Se mencionan algunas inversiones de cartera. United Nations Center on Transnational Corporations, *Bilateral Investment Treaties*, op. cit., nota 13, pp. 16-29.

32 En el borrador de 1987 del Modelo de TBIs de Estados Unidos, se definía la inversión como "todo tipo de inversión ... que esté bajo la propiedad o control directo o indirecto de los ciudadanos ... de la otra parte"). Véase Kenneth J. Vandevelde, *United States Investment Treaties, Policy and Practice* (Deventer, Holanda: Kluwer Law and Taxation, 1992), p. 46. El acuerdo suizo sobre promoción y protección recíproca de inversiones con países menos desarrollados, define la inversión en términos amplios. Cubre las IEDs y las Ics, así como los derechos y concesiones de propiedad intelectual. Adeoye Akinsanya, "International Protection of Direct Foreign Investments in the Third World", *International & Company Law Quarterly*, No. 36 (1987), p. 58.

El TLCAN sigue la misma tendencia y, no obstante sus reservas, ofrece protección a varios tipos de IE,[33] al igual que lo hace el DTE.[34]

El grueso de la evidencia muestra que los instrumentos existentes en el derecho internacional protegen todos los tipos de IE. Siguiendo esta tendencia, es necesario equilibrar las necesidades de los inversionistas y de los países receptores, a fin de desarrollar un marco legal apropiado para toda la IE, y no para un solo tipo.[35] Si el AMI no protege todas las IEs, no sólo estaría en riesgo el inversionista, sino que los países también perderían una fuente de capital. Más aún, en los casos de reforma económica, se ha visto que la liberación de un solo tipo de IE, y no de todos, puede lograr que la economía de un país se torne vulnerable ante las circunstancias volátiles que rodeen ese tipo particular de IE.[36]

Una solución para el asunto de la cobertura en el AMI podría ser una definición de IED lo suficientemente amplia para cubrir todos los tipos de IE. Otra solución podría ser la de incluir en forma expresa la IC y las nuevas formas de IE en las disposiciones que protejan la IED. Esto se podría lograr de dos maneras. En primer término, mediante una declaración de que la IC y las nuevas formas de IE quedan protegidas de la misma forma que las IEDs; o, en segundo término, mediante una declaración de que algunas de ellas serían protegidas solamente si están relacionadas con una IED. Finalmente, pudiese haber, asimismo, una solución limitativa mediante la cual serían protegidas por el AMI

---

33 Ver TLCAN, op. cit., nota 18, artículo 1139.

34 Ver DTE, op. cit., nota 19, artículo 1(6). Ver en general, Waelde, "International Investment", op. cit., nota 9, p. 25.

35 La cartera es un medio de concentración de capital sin riesgo de control sobre la entidad, ni sobre la economía del país. Shihata, *MIGA and Foreign Investment*, op. cit., nota 8, p. 4.

36 La reciente crisis financiera de México fue ocasionada, en gran medida, porque se privilegió la IC en lugar de la IED. De esta forma, los inversionistas podían mover rápidamente grandes montos de capital, porque no había capital inmovilizado en la inversión. Eso es exactamente lo que pasó cuando explotó la crisis política. De haberse dado el mismo trato a toda la IE, quizás México se hubiese visto más favorecido para aguantar el impacto de la fuga de capital. Enrique R. Carrasco y Randal Thomas, "Encouraging relational investments and controlling portfolio investments in developing countries in the aftermath of the Mexican financial crisis", *Columbia Journal of Transnational Law*, No. 34 (1996), p. 539. Véase también Stephen Fidler, "That sinking feeling", *Financial Times*, 2 de enero de 1995, p. 12.

solamente las IEDs en el más estricto sentido, y no las ICs ni las nuevas formas de IE. Sin embargo, esta última alternativa no parece ser cónsona con el actual proceso de liberación de la economía mundial.

B. Liberación y Admisión

Es probable que los Estados estén en desacuerdo, respecto a la medida en la cual el AMI pueda requerir la liberación de las economías de sus países. Algunos no estarán preparados para permitir la participación plena de extranjeros en sus economías.[37] Otros pueden desear reservarse ciertos sectores de la economía para que sean desarrollados por compañías propiedad del Estado. En este caso, si las áreas reservadas al Estado fuesen demasiado extensas, el inversionista tendría poco espacio para invertir. Conscientes de que pueda justificarse reservar al Estado anfitrión ciertas áreas en razón de necesidad pública, creemos que debe buscarse algún otro mecanismo. No obstante, el objetivo de tal requerimiento debe ser el de mantener al mínimo las áreas de la economía reservadas al Estado.

Sea esto como fuere, los Estados, con razón, argumentarían que su soberanía les permite autorizar o limitar cualesquiera derechos de ingreso o constitución de inversionistas extranjeros. No habría argumento -legalmente hablando- que pudiese imponerles lo contrario. Después de todo, en esta fase, no se habría ocasionado daño alguno al inversionista extranjero.

No obstante este argumento, uno de los objetivos del AMI debe ser el de hacer extensivos los beneficios de la IE a todos los Estados signatarios. Para ello, las economías de los Estados signatarios tendrán que ser liberadas de las restricciones sobre la inversión debe requerirse la liberación de la economía hasta un punto aceptable. Se debe, asimismo, fijar ciertas normas para el establecimiento de una inversión.

Uno de los mecanismos que se puede emplear para garantizar la liberación de la economía y evitar las reservas por parte del Estado anfitrión es requerir que se cumplan ciertas normas mínimas de liberación (NML), conjuntamente con la posibilidad de una lista limitada de las áreas que puedan eximirse. De esta forma, se les pide a los signatarios

37 Hasta Estados Unidos limita la inversión extranjera en la industria militar. Ver M. Sornarajah, *International Law on Foreign Investments* (Cambridge: Cambridge University Press, 1994), pp. 8-20.

desregular áreas de su economía, privatizar empresas propiedad del Estado y reducir el gasto público.[38] De igual manera, es esencial eliminar la aprobación gubernamental para el ingreso de IE y los requerimientos para empresas conjuntas con socios locales.

Una ventaja de requerirle a los Estados signatarios el cumplimiento de NML, es que sus gobiernos estarían obligados a seguir políticas de liberación de la economía, independientemente de que se produzcan cambios de gobierno de diferente afiliación ideológica. En caso de que el nuevo gobierno no continúe el proceso de liberación, estaría expuesto a acciones legales internacionales por violación del tratado.

En todo caso, una vez que se cumplan las NML, se deben establecer normas de ingreso de inversionistas extranjeros. Para ello, el AMI debería contener, como lo tiene el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios de la OMC, una cláusula incondicional de nación más favorecida (NMF).[39] De esta manera, los inversionistas de los Estados signatarios del AMI tendrían la oportunidad de invertir en áreas de la economía del Estado anfitrión en condiciones no menos favorables que las que le corresponderían a un inversionista de cualquier tercer Estado.

En cuanto al ingreso de inversionistas extranjeros, el mejor escenario que puede concebirse es el de NMF.[40] Esto garantizaría trato justo para los inversionistas y soberanía para el Estado, pudiendo éste último reservarse de la participación extranjera -por razones estratégicas- ciertas áreas claves, tales como la seguridad local, la industria militar y los medios de comunicación.[41]

De esta forma, si el Estado X acepta que los ciudadanos (tanto personas naturales, como compañías) del Estado Y inviertan en todos

38 Ver Bannock y otros, *Dictionary of Economics*, op. cit., nota 1, p. 335.

39 Ver Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS, también conocido por sus siglas en inglés, GATS), en *Los Reultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales: Los Textos Jurídicos* (Ginebra: Secretaría del GATT, 1994), pp. 343-67.

40 Ello garantizaría que a los inversionistas tendría que brindárseles el trato más favorable al cual sean acreedores los ciudadanos de otro país. Sin embargo, el tratamiento NMF no es obligatorio, sino que más bien tiene que ser aceptado por el país anfitrión.

41 Véase Sornarajah, *International Law*, op. cit., nota 37, p. 92.

los sectores de su economía, salvo en la industria militar; entonces, en caso de que X y Z sean partes del AMI, los ciudadanos de Z tendrían el derecho de entrar, o sea de invertir, en X en las misma áreas en las cuales pueden invertir los ciudadanos del Estado Y.

Sin embargo, la NMF en sí misma no garantiza mucha liberación de la economía. Los Estados pudieran ser sumamente restrictivos hacia inversionistas extranjeros, aún contra los procedentes de una NMF. Por ello, la firma del AMI debe estar sujeta al cumplimiento, por parte de los Estados signatarios, de las NML arriba señaladas.

C. Tratamiento

1. Normas Generales

Una vez que el inversionista, sea persona natural o CTN, se ha establecido en el Estado anfitrión, ¿qué tratamiento debe dársele?

Una alternativa puede ser la del trato de NMF. Sin embargo, los Estados exportadores de capital deben ser cautelosos respecto a esta norma. El trato de NMF puede implicar que no se discriminará contra un inversionista extranjero, respecto a sus semejantes de otros países, pero no garantiza que se le dará tratamiento equitativo con los inversionistas del Estado anfitrión. Más aún, los extranjeros podrían ser objeto de tratamiento inferior a ciertas normas mínimas y aún así gozar de tratamiento de NMF.

De igual forma, el trato 'justo y equitativo' de un Estado anfitrión carecería de sentido si no estuviese acompañado de otras normas, tales como trato nacional (TN), NMF y disposiciones sobre el mejor empeño para proteger y brindar seguridad a los inversionistas.[42]

El AMI tampoco debe adjudicar mejor trato a extranjeros de países específicos, en comparación con los inversionistas locales. Si se aceptase dicho trato preferencial y el AMI tuviese una disposición de NMF, los extranjeros tendrían privilegios de los cuales no gozan los inversionistas

---

42 P.T. Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law* (Oxford: Blackwell, 1995), p. 504. Ver DTE, op. cit., nota 19, artículo 10(1). Véase también Waelde, "International Investment", op. cit., nota 9, p. 39.

locales. El peligro de esta discriminación en favor de los extranjeros es que más temprano que tarde se provocarían levantamientos nacionalistas que harían peligrar hasta los intereses mismo de las CTNs.

2. Normas Específicas de Tratamiento

La más importante de estas normas específicas de tratamiento probablemente sea la del derecho a la propiedad, entendida como el derecho de usar, disponer y beneficiarse libremente del activo que se posee.[43]

El uso que se pueda dar a la propiedad frente al Estado no es un asunto sobre el cual haya consenso. Por lo tanto, la definición del derecho a la propiedad y los límites impuestos por el Estado anfitrión son asuntos centrales de las expectativas de los inversionistas.

En ese sentido, preocupa a los inversionistas la posibilidad de la privación de la propiedad. Aunque eso parece ser asunto del pasado, el principio de la soberanía no ha desaparecido ni desaparecerá. [44] Es precisamente en virtud de este principio que los Estados tienen la facultad de regular sus economías. Por lo tanto, en este punto el relativo a la autoridad del Estado para regular su economía y garantizar el derecho a la propiedad, se deben acentuar los esfuerzos en el AMI.

Hoy en día, la mayoría de los daños a la propiedad de los inversionistas, tanto locales como extranjeros, son consecuencia de medidas regulatorias.[45] En esos casos, la propiedad no es expresamente incautada sino que, más bien, se inutiliza por la carga de disposiciones normativas.[46]

A fin de evitar esto, se debe definir en el AMI un límite más allá del cual los derechos sobre la propiedad pueden constituir un abuso a

43 Véase en general S. R. Munzer, *A Theory of Property* (Cambridge: Cambridge University Press, 1990).

44 Si el clima político cambia, el mundo pudiera afrontar una nueva ola de expropiaciones. Véase, Sornarajah, *International Law*, op. cit., nota 37.

45 Véase Robert Shanks, "Insuring Investment and Loans against Currency Inconvertibility, Expropriation, and Political Violence", *Hastings International and Company Law Review*, No. 9 (1986), p. 417.

46 Véase Rudolf Dolzer, "Indirect Expropriation of Alien Property", *I CIADI Review: Foreign Investments Law Journal*, No.1 (1986).

los intereses de la Sociedad. Debe establecerse, además, que el Estado, en pos de sus cometidos, puede imponer reglamentos que afecten la propiedad, parcial y temporalmente.[47] Sin embargo, tal autoridad estaría sujeta a ciertos requerimientos que la harían tanto estable, como predecible.[48] Se debería establecer, por ejemplo, que los reglamentos no fueran arbitrarios: o sea, que deben centrarse en propósitos públicos y basarse en la ley vigente, no en la voluntad del gobernante.[49] Tal autoridad tampoco debe ser discriminatoria entre personas o entidades que se encuentren en circunstancias parecidas.[50] Debe, asimismo, establecerse que en caso de que la propiedad sea 'virtualmente' incautada (porque se haya afectado la sustancia del derecho), el propietario deba ser indemnizado por el Estado. [51] Sobre lo último (indemnización), es consabido que la 'fórmula Hull' es un principio establecido de derecho internacional público y debería permanecer como tal.[52] Sin embargo, en la aplicación de esta fórmula para la indemnización, se deben tener

47 Idem.

48 A esto se podría denominar el principio de legalidad (*rule of law*) "... en ocasiones denominado 'la supremacía de la ley', (el cual) estipula que las decisiones deben ser tomadas mediante la aplicación de principios o leyes conocidas, sin que intervenga la discrecionalidad en su aplicación".. *Black's Law Dictionary*, 6ta. ed. (Saint Paul: West Publishing, 1991), p. 925. El concepto de principio de legalidad comprende a su vez dos conceptos: (a) el orden institucional que separa los poderes gubernamentales y asegura la independencia del poder judicial; (b) la seguridad legal, o sea la estabilidad, certeza y predictibilidad de las leyes y fallos de las cortes. Máximo Bomchil, "La Norma Legal en Argentina: ¿Un Problema Pendiente?", *Ley Comercial Internacional*, No. 23, p. 369.

49 Richard A. Epstein, *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain* (Cambridge: Harvard University Press, 1985). El Estado tiene la discreción de determinar el propósito público. Sin embargo, el límite se fija en el sentido de que la incautación, no obedezca al beneficio personal, ni se ejecute en ausencia de reconocimiento legal, ni ocurra en el curso de crímenes contra la humanidad. Véase Muchlinski, *Multinational Enterprises*, op. cit., nota 42, p. 504. Véase también, "Protection of Foreign Direct Investment in a new World Order: Vietnam - A Case Study", *Harvard Law Review*, No. 107 (1995), p. 1997. Por consiguiente, la determinación de lo que es y lo que no es del interés público es de discreción estatal. Y, aunque en cualquier incautación se beneficia indirectamente una porción del público, el principio de incautación para uso público requiere algo más tangible.

50 Véase el caso de la Compañía Petrolera Libia Americana (LIAMCO) contra el Gobierno de la República Arabe Libia, en *International Legal Materials*, No. 20 (1981).

51 Véase Sporrong y Lonnroth, Corte Europea de Derechos Humanos (sentencia del 23 de Septiembre de 1982). Véase también Rosalyn Higgins, "The taking of property by the State", *Recueil Course Academie de Droit Internationale* , No.176 (1982), p. 331.

52 La Fórmula Hull lleva el nombre del Secretario de Estado de Estados Unidos, Cordial Hull, quien intercambió correspondencia con el gobierno mexicano durante las expropiaciones posteriores a la Revolución. Véase Francesco Francioni, "Compensation for Nationalisation of Foreign Property: The Borderland between Law and Equity", *International & Company Law Quarterly*, No. 24 (1975), p. 225.

presente las legítimas expectativas de las partes, al igual que deben considerarse todas las circunstancias relativas al caso.[53]

Igualmente, debe establecerse en el AMI que, de violar el Estado sus contratos u obligaciones con los inversionistas, deberá pagar una indemnización.[54] Además, la indemnización debe ser calculada a partir del día de la pérdida, sin tomar en cuenta el hecho de la expropiación. La valuación debe ser realizada de conformidad con el 'valor justo de mercado' o según el método de 'negocio en marcha' si los intereses incautados son los de una empresa activa.[55]

Se debe, igualmente requerir 'transparencia' en el AMI; *vale decir* que los Estados deben tener el compromiso de ser francos al informar a los inversionistas potenciales de sus facultades normativas. Debe, asimismo, requerirse 'debido proceso legal', mediante el cual los inversionistas tendrían acceso a tribunales imparciales y serían notificados por anticipado de cualesquiera medidas que pudieran afectar sus negocios.[56]

Se podría considerar, asimismo, la inclusión de una 'cláusula paraguas'[57] en el AMI que haría obligantes, de conformidad con el derecho internacional, los compromisos contractuales del Estado. Esta sería una garantía adicional para el cumplimiento de los contratos de inversión, en caso de que el Estado anfitrión no cumpliese voluntariamente. Por lo tanto, si hubiera una 'cláusula paraguas' en el AMI y el Estado anfitrión viola un contrato celebrado con un inversionista de otra parte del AMI, el Estado anfitrión podría verse frente a dos

---

53 Oscar Schachter, "Compensation for Expropriation", *American Journal of International Law*, No. 78 (1984), p. 121.

54 Véase DTE, op. cit., nota 19, artículo 10(1). Véase también, Waelde, "International Investment", op. cit., nota 9, p. 47 (explica la forma en que se incluye la indemnización por violación de contratos y demás obligaciones en el DTE).

55 John A. Westberg y Bertrand P. Marchais, "General Principles Governing Foreign Investment as articulated in Recent International Tribunal Awards and Writings of Publicists", *CIADI Review: Foreign Investments Law Journal*, No.7 (1992), p. 453.

56 El AMI pudiese probablemente ajustarse al modelo utilizado para este aspecto en los TBIs

57 Dolzer y Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, op. cit., nota 13, p. 81. Véase también Vandevelde, *United States Investment Treaties*, op. cit., nota 32.

acciones: una por parte del inversionista por violación de contrato y la otra por parte del Estado sede por violación del tratado.

En el AMI se deben incluir, asimismo, disposiciones en cuanto a la libre transferencia de los fondos derivados de una inversión. Sin embargo, se deben establecer excepciones según las cuales el Estado pueda restringir la transferencia de fondos, cuando la balanza de pagos u otra circunstancia macroeconómica así lo exijan.[58]

Igual que en los TBIs, en el AMI se podría establecer una cláusula de preservación de derechos que garantice que el inversionista se beneficie del mejor trato que brinden otros acuerdos internacionales en los cuales el Estado anfitrión sea parte.[59]

D. Resolución de Disputas

¿De qué forma deben resolverse las disputas?

Cuando surjan disputas relativas a IE, las partes directamente interesadas serían el inversionista y el Estado anfitrión. El Estado sede sólo tendría un interés indirecto y no pérdida del derecho de propiedad. Es el propietario del capital quien correría con las pérdidas que pudieran ocurrir y por este motivo generalmente desea controlar el reclamo. La participación del gobierno sede en la resolución de una disputa podría dar lugar a la presentación de algún alegato que puede no ser del interés del inversionista. Por ejemplo, el peso otorgado a otros reclamos o a negociaciones entre los Estados puede aminorar la importancia del reclamo del inversionista. Igualmente pueden interferir factores políticos en un conflicto que, de otra manera, sería de naturaleza exclusivamente económica.[60] Sin embargo, la fuerza política del Estado sede puede constituirse en factor decisivo para presionar al Estado anfitrión a resolver la disputa de inversión en términos favorables para el inversionista.

---

58 Dolzer y Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, op. cit., nota 13, p. 85.

59 Idem, p. 82.

60 Véase Gilpin, "Political Economy", op. cit., nota 6. Véase también Bruce Kogut, "Foreign Direct Investment as a Sequential process", en Gomes Casseres y Yoffie, editores, *International Political Economy*, op. cit., nota 6, vol. 2, p. 273.

Por lo tanto, el AMI debe centrarse en el asunto de si debe proporcionar, como se hace en los TBIs, dos tipos de solución para disputas. Uno para las disputas del AMI de Estado contra Estado, y otro para disputas de inversión que ocurran entre el inversionista y el Estado anfitrión. En el último caso, se debe considerar en el AMI si el Estado sede puede participar en la disputa sobre inversión.

En lo que atañe a las disputas sobre IE, por ejemplo: inversionista contra Estado anfitrión, el AMI debe aclarar lo que se entiende por el vocablo 'inversionista' cuando no se trate de una persona natural. ¿Debe el AMI emplear los vocablos CTN o compañías multinacionales o empresas transnacionales? [61]

Sea cual fuere el caso, es importante determinar quién tendría cualidad para demandar por indemnización al Estado anfitrión por daños infligidos sobre la compañía inversionista. Si se adopta una visión estrecha del Derecho, según la cual una CTN es un grupo de entidades legales creadas alrededor del mundo,[62] entonces, cuando surgiera un conflicto, la compañía local cuyas acciones sean propiedad de una entidad legal extranjera no tendría derecho a presentar una demanda internacional contra el Estado anfitrión. ¿Sería, entonces, únicamente la 'casa matriz' la que tendría cualidad para demandar al Estado anfitrión? ¿O la subsidiaria? ¿O ambas? ¿O el grupo económico completo? ¿Tendría cualidad para demandar a un Estado signatario del AMI una subsidiaria

---

61 Véase UNCTAD, *World Investment Report 1996*, op. cit., nota 11. Véase, sin embargo, Sidney Rolfe, "The International Corporation in Perspective", en Sidney Rolfe y Walter Damn, editores, *The Multinational Corporation in the World Economy* (1970), pp. 16-17

62 Las compañías transnacionales como grupo de empresas de estructura unificada y control y estrategia comunes no han encontrado aún un régimen que iguale esas características. Desde una perspectiva legal, la compañía transnacional es reconocida solamente como un grupo de compañías nacionales separadas, establecidas bajo las leyes de distintos países. Es por lo tanto imposible tener a la empresa completa como responsable de sus actos. Véase, Peter Hansen y Victoria Aranda, "An Emerging International Framework for Transnational Corporations", *Fordham International Law Journal*, No. 14 (1990), p. 881. Si las CTNs están formadas por un número de empresas separadas, cada unidad respondería a las obligaciones impuestas por el respectivo estado soberano. Si son afiliadas unidas por lazos fuertes que responden a estrategias comunes, los gobiernos tienen que pensar en cómo beneficiarse de tal sistema. En algunos casos, los gobiernos no pueden obligar a la compañía matriz a que asuma las responsabilidades extranjeras de la subsidiaria sino que exigen a las subsidiarias cumplir con las disposiciones legales del país de la casa matriz. Raymond Vernon, "Códigos para Transnacionales: Ingredientes de un Régimen Internacional Efectivo", en A. A. Fatouros, editor, *Compañías Transnacionales: Marco Legal Internacional* (1987), p. 227.

de una casa matriz constituida en un país no signatario aunque condujese sus negocios en un país que sí lo es?[63]

En el *Caso Barcelona Traction* una compañía registrada en Canadá, y cuyas acciones eran propiedad de ciudadanos belgas fue expropiada por España. La Corte Internacional de Justicia indicó que el derecho internacional reconoce la existencia de la entidad corporativa como un asunto de la legislación local generado por la realidad económica, y determinó que Bélgica no podía proteger a la compañía en una acción ante la Corte en contra de España. El dispositivo de la decisión se basaba en que, bajo el derecho internacional consuetudinario, una compañía puede reclamar protección del Estado en el cual se encuentra registrada, pero no la protección del Estado de nacionalidad de sus accionistas.[64] Sin embargo, en *Barcelona Traction*, Canadá rechazó otorgar protección diplomática porque se requería no sólo registro en Canadá, sino también que la compañía hubiese producido un beneficio económico doméstico o que la compañía hubiese tenido algún tipo de interés doméstico de carácter sustancial.[65]

Al analizar los hechos, la Corte Internacional encontró que los accionistas y la compañía eran entidades diferentes, con personalidades jurídicas y derechos distintos. Por lo tanto, una compañía tendría el derecho de propiedad sobre los activos que poseyera y el derecho a protección diplomática por parte del Estado en el cual haya sido constituida. Los accionistas, por otra parte, tienen el derecho de propiedad sobre las acciones y el derecho a protección diplomática por parte del Estado de su nacionalidad. Estos dos Estados pudiesen ser distintos.[66]

---

63 Todos estos asuntos se derivan de la decisión de la Corte Internacional de Justicia en el *Caso Barcelona Traction.* Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Bélgica contra España), 1970. Reportes de la Corte Internacional de Justicia, No.3, (decisión del 5 de febrero), p. 47.

64 Véase Dolzer y Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, op. cit., nota 13, pp. 34-42 (que discurre sobre cómo se resolvió el asunto en los TBIs). La personalidad jurídica de una sociedad no tiene nada que ver con la personalidad de sus socios. Consecuentemente, una cosa es la compañía y sus responsabilidades, y otra cosa es la persona que posee las acciones E. R. Hardy Ivamy, *Dictionary of Company Law*, 2da. ed. (1985), p. 42.

65 Aris Gloves, "Roundtable: toward an adequate diplomatic protection of private claims: Barcelona Traction and beyond", *American Journal of International Law*, No. 65 (1971), p. 333.

66 La personalidad jurídica y la nacionalidad de una compañía nada tienen que ver con la personalidad jurídica de sus accionistas. Ivamy, *Dictionary of Company Law*, op. cit., nota 64, p. 42.

Ciertamente que en los TBIs se ha salvado la diferencia entre la personalidad legal de las compañías y la personalidad legal de los accionistas, indicando que las compañías locales en las cuales hay una participación extranjera sustancial (en forma de participación sustancial y capacidad de ejercer influencia decisoria) tendrían cualidad para demandar protección internacional. [67] Incluso los modelos de TBI de EstadosUnidos y del TLCAN disponen protección para las subsidiarias de compañías de Estados Unidos, constituidas en Estados no miembros. Pero, en ausencia de un tratado que disponga que las entidades bajo control o propiedad extranjera serán consideradas extranjeras, la subsidiaria de una compañía extranjera será considerada una entidad local. Por consiguiente, si el AMI no trata este asunto, los estados anfitriones pueden declarar que las entidades legales constituidas bajo las leyes de esos Estados son inversionistas nacionales, sin consideración de quien tenga la propiedad de las acciones, y negarles acceso al mecanismo de solución de disputas de inversiones dispuesto en el acuerdo multilateral.[68]

Las actuales negociaciones emprendidas por la OCDE parecen olvidar este asunto. El borrador del acuerdo confiere cualidad para demandar sólo a las entidades constituidas en los Estados signatarios extranjeros. Un grupo de países ha propuesto un enfoque distinto, mediante el cual tendrían cualidad las compañías controladas por ciudadanos de los Estados signatarios, dondequiera que ellas se encontraran.[69] Esta propuesta protegería toda la unidad económica organizada por los inversionistas para la conducción de IEs y haría del instrumento algo más realista.

En consecuencia, si se define el vocablo 'inversionista' de manera que incluya más que simplemente la subsidiaria, pueden considerarse

---

67 United Nations Center on Transnational Corporations, *Bilateral Investment Treaties*, op. cit., nota 13. Véase también Vandevelde, *United States Investment Treaties*, op. cit., nota 32. El Modelo de los TBI de Estados Unidos es amplio, en lo que atañe a la definición de inversión y el Departamento de Estado de ese país define control al llegar al 10 por ciento de tenencia accionaria. Christy, "Negotiating Investment in the GATT" op. cit., nota 20.

68 'Barcelona Traction, Light and Power Company Limited' (Bélgica contra España). Véase también, Ignaz Seidl-Hohenveldern, *Corporation in and under International Law* (1987), p. 4.

69 Mariano Baldi, "Ponencia en el Segundo Taller de la OCDE sobre reglas multilaterales sobre la inversión" (París, 4 y 5 de febrero de 1997).

protegidas también las CTNs. En ausencia de la protección del tratado, las CTNs tendrían cualidad para presentar demandas contra el Estado solamente cuando operaran en el mismo, a través de sucursales. A efectos de la ley local, una sucursal no tendría en sí misma una personalidad legal, aparte de la de su casa matriz. Cualquier responsabilidad que surgiera de sus actividades comprometería a la casa matriz sin necesidad de 'levantar su velo corporativo'.[70]

Incluso para el Estado anfitrión, también es importante que se aclare este asunto. Si la CTN pudiera entablar acciones contra el Estado anfitrión por actos injustos, sería justo que el Estado pudiera hacer igual contra el inversionista. Sin embargo, si el Estado considerara cada una de las subsidiarias como entidades legalmente autónomas y separadas, tendría dificultades para poder obtener indemnización ante la 'casa matriz' o la totalidad del grupo económico. Por ejemplo, si se le adjudicaran al Estado anfitrión daños pecuniarios contra una subsidiaria, ¿podría el Estado emprender una ejecución hipotecaria contra la casa matriz si los activos de la entidad local no cubren el monto adjudicado? En esta situación, puede que no sea de utilidad la doctrina del 'velo corporativo' que ha sido aceptada por algunos Estados; porque para su aplicación debe existir intento de fraude contra las partes que obran de buena fe y aceptación de su aplicación por parte del Estado en el cual se encuentra ubicada la casa matriz.[71]

En resumen, los Estados anfitriones pueden también interesarse en definir el vocablo 'inversionista' en términos generales, de manera que incluya no solamente la entidad legal local, sino también la casa matriz, y hasta el grupo económico.[72] De hacerlo, la realidad legal se aproximaría mucho más a la realidad económica.

---

70 Raymond Vernon, "Códigos para Transnacionales", op. cit., nota 62.

71 La esencia misma de la noción de la corporación es el respeto por la existencia del velo corporativo, separando a la compañía de sus accionistas y confiriéndole derechos y deberes propios. Aún así, los principios generales de derecho local admiten que este velo pueda ser levantado, bajo ciertas circunstancias excepcionales. Lo anterior deriva del principio elemental de justicia, que requiere que se haga referencia al fondo y no meramente a la forma legal. Seidl-Hohenveldern, *Corporation in and under*, op. cit., nota 68.

72 La nacionalidad de las compañías es pertinente, a fin de determinar la ley aplicable y el Estado que ejercería la protección diplomática de las mismas. Sin embargo, la producción internacional integrada le resta significación a este motivo central. UNCTAD Division on Transnational Corporations and Investment, *World Investment Report 1993: Transnational*

En el AMI debe, igualmente, tratarse el mecanismo de solución de las disputas de inversión. Uno de los patrones que se puede adoptar es el del modelo de los TBI de Estados Unidos,[73] del TLCAN[74] o del DTE.[75] Según estos instrumentos, se debe inicialmente intentar llegar a una solución de la disputa mediante negociación o conciliación. De fallar estos métodos, el inversionista tendrá entonces la alternativa del arbitraje en distintas jurisdicciones, tales como el CIADI, las instalaciones adicionales del CIADI en caso de que alguno de los Estados (el Estado anfitrión o el Estado de los inversionistas, pero no los dos) no fuese miembro del CIADI, el arbitraje conforme a las reglas de UNCITRAL, o un tribunal de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI).

El modelo utilizado por el DTE establece que no hay necesidad de obtener el consentimiento del Estado para emprender el arbitraje; ni se requiere agotar los recursos locales antes de recurrir al arbitraje. Quizás el AMI debiera ajustarse a este patrón.

Igualmente el AMI debe concentrarse sobre cómo serían ejecutadas las decisiones, tanto en las disputas sobre el tratado, como en las de inversiones. En este asunto, pareciera ser útil el mecanismo de ejecución de la OMC, aunque haya sido concebido para disputas entre Estados. No obstante, a fin de aplicar la maquinaria de la OMC para tal imposición, el AMI tendrá que negociarse y concluirse dentro de esta organización.

V. CONCLUSIÓN

La caída del comunismo, del estatismo y del proteccionismo ha dejado espacio para el crecimiento de la economía internacional. Una

---

Corporations and Integrated International Production, Doc. U.N. ST/CTC/156, U.N. Sales N° E.93.II.A.14 (Ginebra: UNCTAD, 1993), p. 190. El concepto de personalidad corporativa legal propia no refleja la realidad de los vínculos entre las afiliadas, como grupo de negocios, y puede retrasar la atribución de responsabilidades entre las mismas. Con la integración de las actividades de producción, la afiliada puede perder autonomía en los aspectos gerenciales y operacionales. De allí que se debe estudiar el concepto de la "responsabilidad matriz" contra la "responsabilidad de grupo".

73 Vandevelde, *United States Investment Treaties*, op. cit., nota 32, p. 22.

74 David A. Gantz, "Resolution of Investment Disputes under the North American Free Trade Agreement", *Arizona Journal of International Company Law*, No. 10 (1993), p. 335.

75 Véase DTE, op. cit., nota 19, artículo 26. Véase también Waelde, "International Investment", op. cit., nota 9, p. 56.

parte importante de ese crecimiento está determinada por el flujo de capital entre países. Algunos países son más restrictivos que otros a la inversión. Algunos permanecen cautelosos a la IE e intentan usar sus poderes soberanos cuando lo estiman necesario, pero también estos países están interesados en desarrollarse económicamente.

Los inversionistas, por otro lado, buscan ganancias y, a tal efecto, confían en que sus derechos de propiedad serán protegidos. Para esos efectos usan formas sofisticadas de organización de los negocios que se esparcen por todo el mundo. Esto les da suficiente flexibilidad para mover el capital. Pero los Estados tienen diferentes intereses, los que han sido tradicionalmente una fuente potencial de conflictos. Actualmente, a pesar de que las disputas sobre IE parecen remotas, nada garantiza que el conflicto no regresará.

Una manera efectiva de enfrentar estos conflictos es a través del Derecho, lo cual, a su vez también promoverá las inversiones en los países en desarrollo. Sin embargo, el actual marco legal regulatorio de IE es doméstico o está representado en instrumentos insuficientes de derecho internacional. Por un lado, los TBIs (fuente de derecho solamente para los Estados que lo suscriben), y por el otro, acuerdos multilaterales que cubren un sólo asunto de IE o una región, o no son obligatorios, o están referidos a un tipo específico de IE. En consecuencia, se hace necesario un derecho internacional de IE de características universales y verdaderamente comprehensivo y obligatorio. El surgimiento de tal Derecho problablemente implique el nacimiento de una nueva disciplina del derecho internacional, ya que es obvio que los conceptos actuales del derecho internacional público no son suficientes para interactuar con las nuevas realidades económicas. El corolario de este trabajo es que el AMI es un paso fundamental en la dirección de crear un derecho internacional de IE de características globales. Este instrumento no sólo comprenderá el Derecho de globalización sino que también impondrá obligaciones de liberación de las economías de los países signatarios.

Finalmente, es importante señalar que se debe hacer un gran esfuerzo para evitar la reactivación de los rencores de antaño. Si falla la construcción de un AMI entre países desarrollados y países en vías de

desarrollo, los mayores perdedores serían estos últimos, no los primeros. En un mundo de oportunidades comerciales, los países que no forman parte de un sistema obligante de derecho internacional de IEs tendrán menos oportunidades de atraer la inversión necesaria.

POR INVITACIÓN

Tendencias Jurisprudenciales en materia de Protección a la libre competencia

María AMPARO GRAU*

I. INTRODUCCIÓN.

En el marco de la Constitución económica de 1961, la Ley Para Promover y Proteger el Ejercicio la Libre Competencia (LPPELC), de fecha 30 de diciembre de 1991,[1] demuestra cierto cambio en la política económica que hasta entonces venía imperando y que también conforme a expresas disposiciones constitucionales se insertaba en un marcado intervencionismo estatal que se plasmaba en una legislación y normativa interventora y de excesivo control del mercado.

En efecto, la LPPELC regula mecanismos tendentes a favorecer la natural gestión de los agentes económicos y la autoregulación del mercado y a tales efectos crea un organismo de policía administrativa - La Superintendencia Para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (La Superintendencia)- y fomento que en ejecución de la ley produce, fundamentalmente, una actividad sancionatoria y limitativa del actuar de los particulares, cuyo control se halla sometido a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, específicamente, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (CPCA).

El presente estudio analiza los aspectos más resaltantes de la jurisprudencia en esta materia. Fundamentalmente tres temas han sido considerados: la aplicación de los principios generales del procedimiento administrativo a la actividad realizada por la Superintendencia así como los aspectos formales que deben cumplirse y cuya inobservancia

---

* Profesora de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello y Central de Venezuela. ExMagistrado de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo

1 Publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 34.880, de fecha 13 enero de 1992.

puede conducir a la anulación del acto; algunos de los aspectos sustanciales del acto, como son la determinación de la competencia del órgano, mediante el análisis del ámbito objetivo y subjetivo de la Ley y las consideraciones que ha hecho la CPCA acerca del alcance de las normas de la LPPELC y su correcta aplicación; y, finalmente, aspectos procesales relativos al control de la actividad administrativa, mediante el ejercicio del recurso de nulidad, la acción de amparo y la solicitud cautelar, accesoria de amparo, los problemas planteados por la suspensión "automática" prevista en la Ley especial y su incidencia en los poderes cautelares del juez contencioso administrativo y la declaratoria de urgencia y reducción de plazos.

II. COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

A. Aspectos relativos a las formalidades del acto y del procedimiento.

1. Aplicación de los principios que rigen el procedimiento administrativo y sujeción a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

La CPCA ha insistido en la sujeción del actuar de la Superintendencia, como actividad administrativa, a los principios generales que rigen el procedimiento administrativo –y en ausencia de normas especiales, como lo prevé la ley de la materia, en su artículo 41-[2] a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA).

Deben en consecuencia respetarse en estos procedimientos los principios relativos a las garantías jurídicas del interesado: la participación intersubjetiva; el acceso al expediente; la decisión motivada; imparcialidad, igualdad, la impugnabilidad de los actos; la flexibilidad probatoria, respetando la igualdad de las partes; y la notificación de la apertura del procedimiento. También han de observarse los principios relativos a la eficiencia y eficacia del acto: el recibo y registro de los documentos, la formación del expediente, la economía procedimental, la actuación de oficio y la notificación del acto definitivo. Finalmente, debe

---

2 El artículo 41 de la LPPELC dispone: "En todo lo no previsto en este Capítulo, el procedimiento se regirá conforme a las disposiciones de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos."

sujetarse la actividad a los principios especiales aplicables a toda actividad de naturaleza sancionatoria: los derivados del derecho penal (tipicidad exhaustiva, interpretación restrictiva e *indubio pro administrado*); legalidad de las penas y sanciones; garantía de la no retroactividad y preexistencia de las sanciones; culpabilidad; cargos previos; presunción de inocencia; *non bis in idem*; y aquellos inherentes a la sanción (proporcionalidad, racionalidad, prescripción).

Así, el principio de imparcialidad que es uno de estos principios fundamentales del procedimiento administrativo, y que se garantiza mediante la figura de la inhibición, resulta exigible en los procedimientos administrativos que ante la Superintendencia se tramitan. La emisión de opinión previa, por ejemplo, sería una situación que impondría la inhibición del funcionario que debe decidir el caso (el Superintendente), pues de lo contrario se infringiría la necesaria imparcialidad que debe mantenerse en los procedimientos administrativos, especialmente, en aquellos de naturaleza sancionatoria.[3]

2. *La motivación del acto.*

También se ha referido la CPCA a la obligación de motivar debidamente las decisiones sancionatorias, lo cual, por demás, según se evidencia de los actos cuestionados, ha sido profusamente realizado por el órgano administrativo. En este sentido, se ha impuesto nuevamente la precisión jurisprudencial de la conceptual distinción que debe hacerse entre el vicio en los motivos y el vicio en la motivación. Es decir el vicio que afecta al elemento sustancial –la causa del acto- de aquél que se refiere a su elemento formal –la expresión de esa causa- y que puede aparejar indefensión cuando es inexistente, contradictoria o de tal modo incoherente que no permite al interesado el exacto conocimiento de las razones que motivaron la decisión.[4]

---

3 En la sentencia de la CPCA de fecha 20 de mayo de 1994, caso Federación Farmacéutica Venezolana se determinó, por ejemplo, que no era suficiente para establecer causal de inhibición una reseña periodística sobre la supuesta manifestación de opinión previa del Superintendente, porque, en primer lugar, se trataba de la información relativa a la apertura del procedimiento, y en segundo término, contenía una inferencia sobre las declaraciones emitidas por esa autoridad administrativa, por lo que se trataba de un juicio personal subjetivo del periodista.

4 En relación con este aspecto de la motivación del acto se pronuncia, entre otras, la decisión de fecha 20 de mayo de 1994, caso Federación Farmacéutica Venezolana.

3. Alcance de la decisión administrativa.

Al analizar el aspecto de la motivación del acto, la CPCA dejó sentado que no está la Superintendencia sujeta a las defensas que haga la parte investigada y que "...la resolución no tiene porque limitarse a decidir sobre la existencia de la práctica prohibida, cuya presunción de existencia inició el procedimiento, sino que puede extenderse a constatar la existencia de otras prácticas prohibidas por la ley; de haber sido ello así, la norma transcrita (el artículo 38 de la Ley)[5] habría tenido que establecerlo expresamente".

Este aspecto que puede estar referido al elemento objeto del acto, es decir a un aspecto sustancial del mismo y no a las formalidades que le son exigidas, se encuentra sin embargo íntimamente vinculado a ellas. En efecto, denunciaba la parte recurrente la incongruencia –vicio que como categoría es aplicable sólo a los fallos judiciales-, señalando que la Superintendencia habría decidido una cuestión distinta a la establecida al momento de ordenarse la apertura del procedimiento. Se denunciaba de este modo un vicio grave en la tramitación del procedimiento administrativo.

La CPCA decidió que los señalamientos contenidos en el acto de apertura no limitan, salvo disposición en contrario, las facultades sancionatorias que le acuerda la Ley a la autoridad administrativa.

Ahora bien, aun cuando es cierto que ello puede derivarse del principio general de la actuación de oficio, tal conclusión no podría aplicarse en detrimento de otro aspecto del elemento formal del procedimiento que atañe a derechos fundamentales, pues de ningún modo podría decidirse la violación de una norma o el establecimiento de una conducta prohibida que no haya sido debidamente debatida, y respecto de la cual se haya ofrecido al particular el derecho a ejercer plenamente su defensa.

Esta precisión fue recientemente realizada por la propia CPCA,[6] al señalar que siendo el derecho a la defensa de orden público, la constata-

5 Señala el artículo 38 lo siguiente: "En la resolución que ponga fin al procedimiento, la Superintendencia deberá decidir sobre la existencia o no de prácticas prohibidas por esta Ley."

6 Sentencia de fecha 1° de diciembre de 1998, caso Pepsicola, Cocacola y Embotelladoras.

ción de que un aspecto de la investigación administrativa no haya sido comunicado al administrado en el curso del procedimiento, dándole la oportunidad de presentar en su descargo los alegatos y pruebas pertinentes, vicia el acto administrativo sancionatorio de nulidad absoluta.

Tal como lo ha advertido esa CPCA en diversas oportunidades, el derecho a la defensa, consagrado en el artículo 68 de la Constitución, resulta aplicable tanto en los procesos judiciales como en el ámbito administrativo. Especial cuidado y protección merece ese derecho constitucional en los casos en que el procedimiento administrativo reviste carácter sancionador, pues en esos supuestos, a las garantías generales que se deducen del artículo 68 Constitucional se añaden otras que están expresamente consagradas para ser aplicadas en todos los ámbitos en que se desenvuelve la actividad punitiva del Estado.

Una de esas garantías específicas en materia sancionatoria es la contenida en el artículo 60, numeral 5 del Texto Fundamental, según la cual "Nadie podrá ser condenado en causa penal (debe entenderse en procedimiento sancionador de cualquier naturaleza) sin antes haber sido notificado personalmente de los cargos y oído en la forma que indique la Ley".

Por fuerza de la norma constitucional antes indicada, en todo procedimiento –judicial o administrativo- tendiente a imponer penas o sanciones debe cumplirse con una fase formal, en la cual se notifique personalmente al interesado (llamado también indiciado, en estos casos) sobre los hechos que se le imputan y las normas que, de resultar probados tales hechos, le resultarían aplicables. En los procedimientos sancionadores no resulta suficiente la simple notificación de haberse dado inicio al procedimiento, sino que además la autoridad administrativa debe informar personalmente al interesado, que aparece como presunto autor de una actuación ilícita, sobre los hechos indiciarios que sirven de apoyo a su procesamiento y las normas que podrían serle aplicadas en caso de resultar probados tales hechos.

Es obvio entonces que al efectuarse *ex officio* un pronunciamiento sobre hechos en torno a los cuales no se habían levantado cargos previos, se coloca en estado de indefensión al administrado, desde que –producto de esa omisión- no podría éste presentar descargos y producir

pruebas en el procedimiento administrativo de primer grado, circunstancia que vicia el pronunciamiento del acto impugnado respecto de la ilicitud de la conducta de éste así declarada y sancionada.

4. Vicio en el procedimiento. Ilegitimidad del funcionario tramitador o sustanciador.

Otro aspecto relativo al procedimiento resuelto por la CPCA estuvo referido a la determinación de que la incompetencia del funcionario que ha realizado los trámites previos, vicia los actos preparatorios de la decisión definitiva y acarrea su nulidad.

Así lo estableció al conocer la impugnación de un acto sancionatorio en el que se había alegado la incompetencia del Superintendente Adjunto, a cuyo cargo se encuentra la Sala de Sustanciación, sobre la base de que su designación correspondía, de acuerdo a la Ley, efectuarla al Presidente de la República, y en ese caso, ésta habría sido realizada por el Superintendente.

La CPCA señaló que, en efecto, de acuerdo a la Ley de la materia "...el nombramiento del Superintendente Adjunto es una función privativa del Presidente de la República, quien no sólo tiene la facultad de designar al titular del cargo, sino además a quien ha de suplir sus faltas absolutas."[7]

Corresponde entonces –indica la CPCA- a ese funcionario de manera exclusiva ejercer las funciones inherentes al cargo, esto es, las relativas a la sustanciación del expediente, estándole vedado al Superintendente atribuir tales facultades a un funcionario distinto. Al hacerlo, los actos preparatorios por éste realizados se encuentran viciados por carecer el designado de la legitimidad requerida y como consecuencia de ello resulta nulo también el acto definitivo que se ha fundado en estas írritas actuaciones.

De particular interés es el análisis que hace la CPCA respecto de la defensa alegada por los sustitutos del Procurador General de la Repú-

---

7 Sentencia de fecha 29 de junio de 1995, caso Premezclados y Prefabricados de Concreto, S.A. (Premex, S.A.).

blica, quienes invocaron a favor de la autoridad recurrida la tesis del funcionario de hecho, teoría –señala la CPCA- "...destinada a sostener la validez de las actuaciones de determinados funcionarios que, sin embargo, no han sido regularmente investidos para ejercer las funciones del cargo que desempeñan".

Indicó la CPCA que la teoría de los funcionarios de hecho –en períodos de normalidad- está basada en la existencia de un elemento subjetivo que es la convicción de los particulares de que el acto es válido y eficaz (apariencia de legalidad). De lo anterior se deriva que tal teoría se traduce en una garantía para los particulares, pues les asegura "...que no verán burlada su confianza por las actuaciones írritas de la Administración."

Por ello concluye la decisión judicial afirmando que es totalmente contraproducente que la Administración pretenda fundamentar la validez del acto de un funcionario irregularmente designado en la teoría del funcionario de hecho. La apariencia de legalidad del acto "...no puede nunca obrar a favor de la Administración, cuya convicción sobre la legalidad de sus actuaciones no depende de las apariencias, por el contrario, debe estar presidida por un total apego a las disposiciones legales."

Finalmente, se indica que pretender la convalidación del acto bajo el pretexto de la protección de intereses de los particulares "...lejos de preservar la seguridad jurídica, auspiciaría la arbitrariedad, pues le bastaría a la Administración que ha actuado con olvido de las normas que rigen la designación de sus funcionarios, sostener que las actuaciones de éstos, si bien son en principio írritas, pueden considerarse válidas por razones de interés general, razones que a ella misma le corresponderá apreciar."

Se reafirma con esta decisión que el principio de legalidad, en las tendencias modernas del derecho administrativo en el estado de derecho, no sólo atañe al acto definitivo, sino también al procedimiento administrativo, el cual –en garantía de los particulares- limita el actuar de la administración, en el sentido de que ésta se encuentra obligada a su cumplimiento, teniendo en cuenta que ello se traduce –como se ha dicho- en el resguardo de las garantías jurídicas de los administrados, las

cuales configuran uno de los principios fundamentales del procedimiento administrativo.

5. Lapso para decidir.

La aplicación de la LOPA a los procedimientos que corresponde realizar a la Superintendencia también condujo a la jurisprudencia a afirmar que la autoridad, incluso en los procedimientos de naturaleza sancionatoria, no pierde la competencia para decidir, por el transcurso del lapso que la ley prevé para la producción del acto definitivo.[8] Indicó la CPCA que "...las normas de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (...) conducen a pensar en primer lugar que es posible la concesión de la prórroga con las condiciones señaladas en el artículo 60 y que el retardo en decidir acarrea sanciones y responsabilidades para el funcionario moroso mas no existe un fundamento legal para sostener en este caso la incompetencia temporal del funcionario y en consecuencia se desecha el alegato formulado."

6. Declaratoria de Confidencialidad.

Otro aspecto formal con incidencia en los derechos fundamentales y por ende susceptible de producir la anulación del acto administrativo es el relativo al alcance de la declaratoria de confidencialidad regulada en el artículo 31 de la LPPELC. La norma en referencia dispone:

> Todas las personas y empresas que realicen actividades económicas en el país, públicas o privadas, nacionales o extranjeras, deberán suministrar la información y documentación que les requiera la Superintendencia.
>
> Los datos e informaciones suministrados tendrán carácter confidencial, salvo si la Ley establece su registro o publicidad.

Interpretó la CPCA[9] el alcance e inteligencia de esta disposición en relación con el derecho a la defensa en una de sus manifestaciones

8 Sentencia de fecha 29 de junio de 1995, caso Premezclados Avila, C.A.

9 Sentencia de fecha 5 de junio de 1997, caso C.A. Gases Industriales de Venezuela y Aga Venezolana C.A.

fundamentales, como es la del derecho a acceder al expediente administrativo. Para ello se tuvo en cuenta la norma de la LOPA relativa al carácter confidencial que puede otorgarse a documentos que integren el expediente administrativo.[10]

En este sentido, se precisó que la confidencialidad a que se refiere la Ley especial está claramente dirigida a los terceros ajenos al procedimiento, pues no es el producto de una declaración razonada del funcionario, y, como tal, susceptible de impugnación, en la medida en que ella afecte su derecho al ejercicio pleno de la defensa.

Estableció la CPCA que "...sólo a través de la revisión de las actuaciones y alegatos de la Administración en el expediente, puede el particular defenderse plenamente, alegando y probando todo aquello que sea necesario para la mejor defensa de su posición jurídica (...) cualquier conducta de la Administración dirigida a restringir o impedir a los administrados revisar, examinar o realizar cualquier tipo de actuación sobre algún expediente administrativo que contenga un procedimiento en el cual se hallen como interesados –a tenor de lo establecido en el artículo 22 de la LOPA- puede colocar al particular en posición de indefensión, desde que puede imposibilitarle el ejercicio pleno del derecho a la defensa."

Por ello la confidencialidad a que se refiere la Ley sólo debe entenderse aplicable a los terceros distintos a los administrados sujetos del procedimiento administrativo, pues respecto de ellos la disposición aplicable sería en todo caso la norma general prevista en la LOPA, conforme a la cual se requiere una calificación específica de confidencialidad y la expresión de los fundamentos, dando con ello la posibilidad del control de su legalidad por la parte que se sienta afectada por tal declaratoria en su derecho fundamental de la defensa.

"No resulta acorde con los principios que rigen el estado de derecho, negar al interesado la revisión del expediente administrativo invo-

10 El artículo 59 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos expresamente señala: "Los interesados y sus representantes tienen el derecho a examinar en cualquier estado o grado del procedimiento, leer y copiar cualquier documento contenido en el expediente. Se exceptúan los documentos calificados como confidenciales por el superior jerárquico, los cuales serán archivados en cuerpos separados del expediente. La calificación de confidencial deberá hacerse por acto motivado."

cando la confidencialidad de alguna de sus piezas, cuando son estas las que precisamente le sirven de fundamento para abrir el procedimiento y dictar el acto correspondiente, desde que ello pudiera hacer nugatorio el derecho a la defensa del particular al impedírsele el conocimiento preciso y exacto de los hechos y las circunstancias que dan base a la apertura y tramitación del procedimiento en cuestión."[11]

B. Aspectos sustanciales.

1. Competencia.

La LPPELC prevé un ámbito subjetivo y otro de carácter objetivo. El primero se deriva del artículo 4° que establece el sometimiento a esa Ley de "...todas las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas que, con o sin fines de lucro, realicen actividades económicas en el territorio nacional o agrupen a quienes realicen dichas actividades."

Dos categorías pueden distinguirse en la definición del ámbito subjetivo de la ley:[12] (a) Las personas naturales o jurídicas, privadas o públicas, que, con o sin fines de lucro, realizan actividades económicas en el territorio nacional; y (b) Las mismas personas que, sin realizar por sí mismas actividades económicas, agrupan a quienes las realizan.

El ámbito objetivo de la ley, por su parte, se deriva del artículo 1° que establece su objeto, señalando que el mismo es la promoción y protección del ejercicio de la libre competencia y la eficiencia en beneficio de los productores y consumidores así como la prohibición de las conductas y prácticas monopólicas y oligopólicas y demás medios que puedan impedir, restringir, falsear o limitar el goce de la libertad económica.

---

11 No obstante las consideraciones al respecto, la CPCA en la decisión del expediente C.A. Gases Industriales de Venezuela y Aga Venezolana C.A., de la que se extrae la cita, concluyó que en ese preciso caso la conducta de la Superintendencia prohibiendo a la parte la revisión de documentos sobre la base de su confidencialidad no le ocasionó lesión al derecho a ejercer su defensa, "...pues la imputación concreta de la identidad de precios permite conocer exactamente la conducta que se está cuestionando y que se pretende evidenciar con la referida lista, pudiendo la parte desvirtuarlo."

12 Así lo analizó la CPCA en la decisión del 20 de mayo de 1994, caso Federación Farmacéutica Venezolana.

Este análisis del ámbito de la Ley, se hizo con el objeto de definir la competencia del órgano administrativo encargado de ejecutarla, concretamente, cuando sancionó a la Federación Farmacéutica Venezolana por la publicación de un remitido en prensa, mediante el cual se prohibía a todos los farmacéuticos aceptar regencias de farmacias y el cargo de farmacéutico supervisor sin la autorización expresa del Colegio respectivo.

La CPCA consideró que habida cuenta del carácter corporativo-público de la Federación podía concluirse que la misma no realiza propiamente actividades económicas y que a su vez agrupa entes –los Colegios- que tampoco puede estimarse que realicen este tipo de actividades. No obstante consideró que la interpretación del ámbito subjetivo de la Ley no puede hacerse de manera tan literal que se contraríe su finalidad propia –definida al establecerse su ámbito objetivo-, por lo que deben tenerse como sujetos pasivos de aplicación a quienes agrupen a sujetos que realicen actividades económicas en cuyo desarrollo puedan realizar conductas restrictivas de la libertad económica.[13]

Esa relación de agrupamiento debe definirse, más allá de la interpretación literal, en el sentido de que en razón de ella puedan producirse restricciones a la libertad de competencia. De allí que al poder dirigirse las actuaciones de la Federación directamente a los farmacéuticos –quienes si desarrollan actividades económicas- puede concluirse que la Federación es sujeto de la Ley de la materia. Esta relación directa se manifiesta en el carácter coactivo de sus decisiones, a través de la potestad disciplinaria que ejerce la Federación –por intermedio de su Tribunal disciplinario- sobre los farmaceutas.

La afirmación de que los farmacéuticos desarrollan actividad económica,[14] se sustenta en la exposición de motivos conforme a la cual tal

---

13 Dicho carácter se deriva claramente de la definición legal contenida en el artículo 18 de la Ley de Colegiación Farmacéutica que establece: "La Federación Farmacéutica Venezolana es una corporación de carácter profesional y gremial, sin fines de lucro, con personalidad jurídica y patrimonio propio, constituida por los colegios de farmacéuticos de Venezuela, para la defensa de la moral y dignidad profesional de los intereses económicos y gremiales de la profesión farmacéutica y los de la nación, en cuanto atañe al ejercicio profesional y para promover ante la sociedad el reconocimiento de las altas misiones inherentes a la profesión farmacéutica."

14 Definida en la Ley como "...toda manifestación de producción o comercialización de bienes y de prestación de servicios dirigida a la obtención de beneficios económicos." (artículo 3°).

noción no está referida -señala la decisión- "...a las actividades mercantiles, sino que abarca todas las actividades lucrativas..."[15]

También en materia de competencia resulta importante la decisión relativa a la aplicación de la Ley al servicio público. La noción de servicio público, en sentido propio, conforme a la doctrina, resulta de la reserva que hace el Estado en cuanto a la realización de determinadas actividades, generalmente de carácter prestacional, en beneficio de la colectividad. También se ha considerado la existencia de un servicio público en sentido impropio, en el mismo caso de este tipo de actividades de índole prestacional, pero que el Estado no se reserva sino que las controla, mediante autorizaciones y actividad sancionatoria.

En el primer supuesto se trata de una clara excepción al derecho de libertad económica, cuya regulación es el propósito de la LPPELC,[16] "...conforme a lo previsto en el segundo párrafo del artículo 96 de la Constitución, estableciendo para ello los límites dentro de los cuales cualquier persona podrá ejercer la actividad lucrativa de su preferencia y garantizando que no se producirán maniobras abusivas encaminadas a obstaculizar o restringir esa libertad económica. Con ello se asegura el establecimiento y la plena vigencia de un modelo de economía de mercado, donde la libertad individual para acceder, participar e incluso salir del mercado se constituye en la regla de conformación en lo económico que sólo excepcionalmente podrá ser limitada por el Estado a través de los mecanismos establecidos en leyes dictadas por razones probadamente fundadas en la defensa del interés colectivo."

Por tal motivo el servicio público, en sentido propio, como antes fue definido, en el que se encuentra en principio excluida la participación de los particulares salvo que tal derecho sea conferido mediante concesión, estaría fuera del ámbito de leyes como la de Promoción y

---

15 En la exposición de motivos, según se indica en el fallo judicial, se lee: "...es importante señalar que la competencia no es un fenómeno que se produce únicamente en el ámbito mercantil; sino también se puede dar en actividades civiles (p.e. entre sociedades profesionales, productores agrícolas, etc.), por lo que es necesario promover y proteger la libre competencia en todo el ámbito de las actividades lucrativas..."

16 Según los argumentos de la Resolución de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, señalados en la decisión de la CPCA de fecha 24 de septiembre de 1997, en el caso Línea Aeropostal Venezolana, C.A., mediante la cual se declaró su nulidad.

Protección de la Libre Competencia que regulan las actividades económicas desarrolladas libremente, sin limitación alguna, y sujetas a la economía de mercado y a la ley natural de oferta y demanda.

El servicio público, reitera la jurisprudencia de la CPCA, se encuentra sometido a "...las limitaciones de un ente público llamado a controlar y regular la actividad; capaz de determinar las condiciones en el acceso, permanencia y salida de dicha actividad; el cual puede incidir directa o indirectamente sobre las condiciones de la misma, hacer exigencias e incidir directa o indirectamente en ella; y con potestad sancionatoria sobre quien la presta, por no cumplir las condiciones que le han establecido para ello (...) en tales casos no existe libre competencia que proteger, pues no es el mercado sino un órgano público externo el que regula la actividad, y en tal virtud es ese mismo órgano el llamado a vigilar y controlar dicha actividad, la cual queda fuera entonces del ámbito de la referida Superintendencia."[17]

Como puede observarse se señala que la competencia, protegida por la LPPELC está referida a aquellas actividades que se desarrollan en ejercicio del principio de libertad económica, respecto del cual la noción de servicio público en sentido propio es, precisamente, una excepción. Ello no obstaría, sin embargo, para que en el régimen especial regulatorio del servicio se promueva la competencia entre los llamados a prestarlo, pero las reglas derivarían de las normas del servicio y no de este ordenamiento que responde a un principio completamente distinto.

2. *El objeto del acto.*

Por lo que al objeto se refiere, está limitada la Superintendencia por el principio de legalidad administrativa, de allí que sólo puede aplicar las restricciones y sanciones –principio de la legalidad sancionatoria– previstas previa y expresamente por la ley.

En sentencia de fecha 12 de julio de 1995,[18] la CPCA determinó que la obligación impuesta por la Superintendencia a la recurrente de

17 Cita tomada de la sentencia del caso Línea Aeropostal Venezolana, C.A.

18 En el caso en que Merck, Sharp & Dohme de Venezuela, C.A. intentó acción autónoma de amparo constitucional contra el acto de la Superintendencia, entre otros, con base en la violación de los artículos 61 y 68 relativos al principio de la legalidad sancionatoria.

publicar un cartel en la prensa con el texto del acto recurrido, violaba el principio de legalidad y por ende afectaba la garantía que consagran los artículos 60, ordinal 2° y 69 de la Constitución, pronunciando por ende mandamiento de amparo constitucional mediante el cual ordenó al órgano administrativo abstenerse de exigir a la empresa accionante su publicación.

Observó la CPCA que el artículo 38 de la Ley establece todas las determinaciones que constituyen la atribución de potestades de policía administrativa de la Superintendencia y que delimitan el contenido de sus resoluciones que pongan fin al procedimiento administrativo, regulado en los artículos 32 y siguientes de la misma Ley.

Reitera la CPCA la aplicabilidad de los principios desarrollados por el derecho penal a la actividad punitiva de la Administración, y conforme a ello, la legalidad sancionatoria, así como los principios de la seguridad jurídica e igualdad ante la Ley, que imponen la exigencia de una norma previa que determine el tipo ilícito y la sanción aplicable. Asimismo, precisa que la admisión de la delegación del Legislador a la Administración a los efectos de que ésta se encargue de establecer algunos extremos de la conducta típica y la sanción a ser impuesta, que ha venido siendo aceptada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en ningún caso conlleva a la aceptación de que tales determinaciones puedan hacerse mediante actos individuales.

También señala que "...en ningún caso las potestades que la Ley atribuye a la Administración se pueden traducir en la posibilidad de determinar las sanciones aplicables a cada infractor mediante la misma resolución que determine su culpabilidad."

El carácter sancionatorio del acto que impone la publicación lo deduce la CPCA del hecho de que la finalidad de la misma no es el restablecimiento del orden público lesionado, sino, que se trata simplemente de la imposición del deber de hacer pública la decisión de la Superintendencia.

También en relación con el principio de legalidad como limitación y presupuesto de la actividad de la Administración puede men-

cionarse la decisión de la CPCA de fecha 6 de marzo de 1997 en la cual se analizó la competencia de la Superintendencia, específicamente, en materia de concentraciones económicas.[19]

Conforme al artículo 11 de la LPPELC están prohibidas "...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."

Se denunció el vicio de ausencia de base legal debido a que el artículo 11 referido no contendría la especificidad necesaria en materia de cargas, pues no se preveían en él ni en otra norma de la materia los parámetros para medir las concentraciones económicas ni los métodos para determinarlas, dejando a la pura discrecionalidad del órgano administrativo la imposición de una restricción a la actividad económica, en este caso, la prohibición de una compraventa mercantil.

La CPCA señaló que si bien es cierto que el Constituyente ha establecido la garantía de la reserva legal en materia de limitaciones al derecho a desarrollar la actividad económica de la preferencia de los particulares, por razones de técnica legislativa y dentro del marco Constitucional, la jurisprudencia del Supremo Tribunal ha atemperado la postura rigurosa de pretender la regulación legal de todos los aspectos que conciernan a tales limitaciones.

Se acepta en este sentido que la ley pueda socorrerse de conceptos técnicos para la determinación del acto prohibido, produciéndose el deferimiento legal al reglamentista de la regulación de los elementos objetivos que describan su significado. Sólo así se preservaría, mediante esta técnica legislativa, un verdadero respeto a la garantía de la legalidad, pues sólo así los administrados podrían saber de manera cierta cuál es la frontera de su libertad de actuación y conocer las consecuencias sancionatorias a que podrían estar sujetos sus actos.

Se indica en el fallo que se analiza que para lograr, en el marco de un estado de derecho, el propósito perseguido por la LPPELC de impedir

19 Caso CIF, S.A. Consorcio Inversionista Fabril.

maniobras abusivas que obstruyan o restrinjan la libertad económica,[20] es necesario no sólo que se prohiban y sancionen las conductas que se reputen contrarias a la libre competencia, sino además que, por vía normativa, es decir, con carácter general, se establezcan con suficiente claridad los elementos de la conducta prohibida. Debe garantizarse al particular, frente a las sanciones de carácter administrativo, en todo caso y más aún en aquellos en que el Legislador defiere al Ejecutivo ciertas determinaciones del hecho prohibido o de la sanción aplicable, el conocimiento preciso y anticipado de la prohibición y de la consecuencia punitiva, de manera que el poder administrador deba ejercer su acción "...dentro de cauces que no permite posibles arbitrariedades y abusos de poder".[21]

Tal circunstancia es lo que garantiza la norma frente al acto particular, el cual se convierte en la ejecución de aquella, de manera igualitaria, a todos los supuestos que en ella sean subsumibles. Resultaba inaceptable la pretensión del órgano administrativo, quien aceptando la complejidad del concepto y la necesidad de una reglamentación, basaba la legalidad del acto en la circunstancia de que podría esta atribución concretarse mediante el acto particular, hasta tanto se dictasen las normas administrativas que lo precisasen. La sola circunstancia de que estas regulaciones constituyesen elementos definitorios de la tipificación de la conducta prohibida, hacía exigible la existencia de la determinación normativa previa a la concreta limitación de la libertad económica de los particulares.

Como consecuencia de estos criterios, se sostiene en la decisión de la CPCA que el uso del concepto técnico complejo en un precepto sancionador, por imposición del principio de legalidad de las infracciones, debe entenderse "...como una habilitación excepcional al Ejecutivo para que, mediante actos normativos de rango sublegal, establezca su significado; y no como el conferimiento de potestades a la Administración para aclarar los elementos típicos del hecho sancionable en el acto administrativo particular mediante el cual aplique la norma prohibitiva."[22]

---

20 Desarrollando el contenido del artículo 96 de la Constitución.

21 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, de fecha 5 de junio de 1986.

22 El artículo 29, numeral 6 de la LPPELC que otorga a la Superintendencia la facultad de proponer al Ejecutivo Nacional las reglamentaciones que sean necesarias para la aplicación de la Ley, se entiende, según la decisión de la CPCA, como un reconocimiento legislativo a la necesidad de reglamentación para la efectiva aplicación de algunas de sus disposiciones, dentro de las cuales debe incluirse la del artículo 11.

En el caso específico del artículo 11 de la LPPELC son conceptos técnicos la concentración económica, la libre competencia y la situación de dominio, los cuales definen la conducta prohibida. La libre competencia y la situación de dominio, que son requisitos alternativos, se definen en la propia ley (artículos 3, 14, 15 y 16), pero la concentración económica, que es requisito indispensable, no fue precisada sino con posterioridad a la emisión del acto recurrido. El Ejecutivo, en efecto, dictó en fecha 21 de mayo de 1996, el Reglamento N° 2 en cuyo artículo 4 se establecen las diversas modalidades de operaciones de concentración económica.

De allí que el acto particular impugnado se considerase, como en efecto se decidió, viciado por ausencia de base legal y por violar las garantías fundamentales del administrado que sufrió la limitación de su libertad económica.

3. La causa del acto.

La causa del acto administrativo supone la constatación por parte de la autoridad administrativa de los supuestos de hecho y de derecho que permiten la adopción de la providencia administrativa. En este sentido, la Administración se encuentra obligada a establecer los hechos que conforme a la norma atributiva de competencia le habilitan para dictar una decisión que afecta los derechos e intereses de los particulares.

a. La prueba de los hechos.

En esta materia económica se ha insistido en la importancia del indicio y la presunción como medio de prueba para el establecimiento de los hechos que dan lugar a la sanción administrativa. La Superintendencia ha venido afirmando que en los casos de prácticas concertadas que pueden manifestarse de manera informal es imposible probar el acuerdo de intercambio de voluntades por lo que se hace necesario recurrir a la concordancia de los indicios, pudiendo mediante la presunción que de ellos se derive establecer el hecho prohibido. Tal afirmación llevó a la CPCA[23] a precisar su criterio acerca del valor de

23 En la sentencia de fecha 5 de junio de 1997 del caso C.A. Gases Industriales de Venezuela y Aga Venezolana C.A. ya citada.

los indicios y las presunciones como elementos probatorios en el procedimiento administrativo.

Se parte de la existencia de un régimen de libertad probatoria,[24] y conforme a ello se admite cualquier medio de prueba no prohibido expresamente por la ley. Sin embargo, se precisa que el indicio no es en si mismo un medio probatorio sino un "...elemento o dato fáctico, que extraído de un medio probatorio y concordado con otros indicios o pruebas, puede orientar la decisión."[25]

Se invoca la doctrina nacional y extranjera al señalar que no es suficiente que los indicios se presenten de manera plural, sino que en ese caso es necesario además que la concordancia de éstos entre sí produzca una conclusión armónica que converja en la certeza del hecho cuya prueba se pretende efectuar. Debe producirse, por una parte, la concordancia, es decir que los indicios no se excluyan sino que se ensamblen de manera armoniosa, y, por la otra, la convergencia, producida por las inferencias que de los indicios se obtienen con el auxilio de la lógica, de la causalidad, la analogía y las reglas de la experiencia.[26]

En el caso a que se refiere el fallo comentado, la Superintendencia estableció la existencia de una práctica concertada de fijación de precios en base a dos indicios, la conducta paralela y el contacto entre las partes. El primero de ellos, lo consideró evidenciado por las listas de precios y el segundo por el carácter de miembros que tenían las partes sancionadas de la Asociación Nacional de Fabricantes de Gases de Venezuela.

La Superintendencia estimó que la relación de pertenencia a la referida Asociación propiciaba el intercambio de información y las reuniones de alta gerencia sobre temas de comercialización, en las que podrían estar incluidos contactos de las partes referidos a precios.

---

24 Por aplicación del artículo 58 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en concordancia con el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil.

25 La CPCA se fundamenta en una cita tomada del artículo: "Las Presunciones Hominis como medio de prueba y la Técnica para su impugnación en casación", de José Santiago Nuñez Aristimuño, publicado en la *Revista de Derecho Probatorio* N° 2, (Caracas, 1993), p. 226.

26 Al respecto se cita en el fallo la obra *Teoría General de la Prueba Judicial* del autor Hernando Devis Echandía, Tomo II, (Buenos Aires: 1981).

Sin embargo, estimó la CPCA que de la prueba del indicio del contacto, no puede evidenciarse, como lo hizo la Superintendencia, la plena prueba de la concertación. En efecto, asumir que este tipo de grupos de interés promueven la realización de prácticas prohibidas contraría la lógica y el principio de causalidad. Esta clase de asociaciones, que por demás tienen relevancia constitucional (artículos 72, 109) son de carácter absolutamente lícito, y lícitas deben presumirse sus actividades así como la de sus miembros, salvo que exista una prueba que demuestre lo contrario.

Finalmente, se pretendió en el acto impugnado derivar el contacto prohibido de la concordancia del anterior indicio con "el reducido número de agentes participantes en el mercado, la naturaleza y características de las empresas y el carácter homogéneo o poco diferenciado del producto." Al respecto, se estimó que de tales hechos no puede deducirse la concordancia exigida para dar por probado un hecho en base a los indicios, pues es necesario –se afirma en la sentencia- que "...de cada uno de los indicios pueda obtenerse la misma inferencia sobre el hecho o responsabilidad que se investigue. Empero, es el caso que de la consideración aislada de cada uno de estos presuntos indicios económicos no puede, en modo alguno, inferirse la existencia de prácticas concertadas, pues antes bien, ellos lejos de evidenciarla, atienden a características y condiciones específicas del producto y de su mercado y su consideración *per se* como indicativos de prácticas concertadas resulta en extremo infundada y atentatoria del derecho que, dentro de las limitaciones legales, existe para el ciudadano de dedicarse libremente a la actividad lucrativa de su preferencia y así se declara."

Obsérvese que se pretendió derivar de hechos objetivos la intencionalidad –hecho subjetivo- de las partes sancionadas, lo cual es evidentemente contrario a la lógica, por ello no podían tales circunstancias operar como indicios concordantes y convergentes para evidenciar la conducta tipificada como ilícito administrativo.

b. La discrecionalidad.

Asociado al elemento causa puede analizarse el tema de la discrecionalidad. En este sentido resulta muy interesante el caso de la

jurisprudencia en el que la Superintendencia alegó la inadmisibilidad del recurso por cuanto, de acuerdo con la Ley que regula su actuación, ella sería el único órgano facultado para pronunciarse sobre la existencia de prácticas restrictivas de la competencia. En el caso concreto la resolución impugnada había calificado el cobro de una cuota mínima por parte de la Bolsa de Valores de Caracas a los corredores como no restrictiva de la competencia. Tal resolución fue judicialmente impugnada por quien en la sede administrativa había denunciado dicho cobro por estimarlo contrario a la LPPELC.

La CPCA al decidir la causal de inadmibilidad propuesta desechó el argumento,[27] pues la pretensión de la representación de la Superintendencia de excluir el acto del control jurisdiccional resultaba inaceptable, no sólo conforme al artículo 206 Constitucional, sino también de acuerdo a las modernas tendencias jurisprudenciales que tan arduamente han construido el control absoluto de la actividad estatal por parte de los órganos encargados de administrar justicia, garantizando un verdadero principio de responsabilidad del Estado, base cardinal del Estado de Derecho.

Precisó la CPCA que en todo caso no es cierto que el carácter discrecional del acto –o conforme a las posturas modernas, la existencia de abundantes elementos discrecionales- dé lugar a una categoría de actos excluidos del control judicial.

Si bien se acepta el argumento de los sustitutos del Procurador en cuanto a que el Legislador no puede prever los constantes cambios y modificaciones que se producen específicamente en la materia económica y que pueden determinar las actuaciones que dan lugar a prácticas restrictivas de la competencia, ello no convierte en absolutamente discrecional, al punto de que excluya del control judicial, la actuación de la Administración.

El derecho no es en ningún caso un elemento estático, su contenido se ve influenciado e influencia la vida económica, política y social del Estado, otorgándole un carácter dinámico y variable que el juez debe

27 Sentencia de fecha 30 de enero de 1997, caso C.A. Sofimara Mercado de Capitales Casa de Bolsa (Sofimerca).

tener presente en su labor de intérprete de la norma jurídica. Así lo señaló la Corte Suprema de Justicia en una paradigmática decisión en la cual estableció que: "...lo que si puede y corresponde hacerlo a este Máximo Tribunal, es interpretar el sentido de las leyes y adaptarlas progresivamente a la sensibilidad, pensamiento y necesidades de los nuevos tiempos, a fin de ponerlas a tono con el nuevo orden establecido y para rechazar todo precepto anacrónico que se oponga a su efectiva vigencia..."[28]

Asimismo, la sentencia de la CPCA señaló que este carácter dinámico "...de los hechos regulados por el Derecho Administrativo, y su aplicación progresiva y acorde a los cambios que se originan dentro de toda sociedad –factores determinantes dentro de la función de los tribunales de la especial jurisdicción contencioso-administrativa- no puede transformar la naturaleza de las competencias legalmente atribuidas a los órganos del Poder Público, derivación ello del principio de legalidad, consagrado en el artículo 117 Constitucional, pilar del Estado de Derecho."

Consideró la CPCA que la determinación de la conducta prohibida por parte de la Superintendencia no es –como lo afirman los representantes de la autoridad recurrida- una competencia discrecional, antes bien la estima como una competencia reglada, aun cuando puedan existir elementos variantes propios de la materia regulada por la LPPELC cuya aplicación debe hacerse "...en forma progresiva y acorde con tales cambios...". Siendo en efecto una actividad restrictiva de las libertades económicas y más aún de carácter sancionatorio, resulta absurda la pretensión de una discrecionalidad absoluta por parte de la Administración sobre la base de la mutabilidad de la materia económica objeto de la Ley.

En el caso concreto la CPCA, al conocer sobre el fondo del recurso, estableció que se había configurado el vicio de falso supuesto, por

28 Se trata de la sentencia de fecha 11 de mayo de 1981, caso Pan American World Airways, de la Sala Político-Administrativa, citada por la decisión de la CPCA, y referida en el caso concreto al verdadero sentido que a las apelaciones a que se referían ciertas leyes de antigua data debía dársele, entendiéndolas como verdaderos recursos contencioso-administrativos. La cita de este fallo del Supremo Tribunal resultaba además muy apropiada, puesto que la Superintendencia, mediante los apoderados sustitutos del Procurador, alegaban que la revisión del acto en este caso, de admitirse, se convertía en una especie de apelación por ante el órgano judicial.

estimar que la Superintendencia habría distinguido dos conceptos que no pueden inferirse de las normas que regulan la actividad de corretaje y el pago de la cuota mínima considerada discriminatoria por la parte recurrente. Sostuvo la CPCA que de las disposiciones aplicadas "...no puede derivarse que la cuota mínima no se relacione con el servicio prestado y con la actividad misma de corretaje...", lo cual constituía la causa del acto impugnado.

Ordenó, en consecuencia, la CPCA a la Superintendencia la emisión de un nuevo acto en el que se estableciere "...si el cobro de una misma tarifa que dé por resultado un monto a pagar diverso por un mismo tipo de servicio, comporta un trato desigual discriminatorio que configure la conducta prohibida por el artículo 13 ordinal 4° de la LPPELC". Tal determinación debe hacerse con base a los criterios emitidos en el fallo y consecuentemente debería la Superintendencia proceder a la aplicación de las consecuencias que la Ley prevé en el supuesto en que se configure la violación del artículo 13.

Tal disposición entendemos que obedece a la circunstancia de que en la decisión se afirma que donde sí existe discrecionalidad por parte de la Superintendencia, conforme a la Ley, es precisamente en la aplicación de las consecuencias jurídicas, una vez que se ha establecido la existencia de la práctica prohibida. Al efecto se señala que "...la ley otorga a la Superintendencia la posibilidad de acordar cualquier medida para el cese de la práctica, e imponer las sanciones pertinentes."[29]

c. Especial referencia al caso Pepsicola, Cocacola y otras.

Por lo que se refiere al vicio de falso supuesto resulta de verdadero interés la decisión de la CPCA que declaró la nulidad parcial de la resolución dictada por la Superintendencia, mediante la cual se puso fin a los procedimientos sancionatorios abiertos con motivo de las denun-

29 El parágrafo primero del artículo 13 de la LPPELC dispone: «En caso de que se determine la existencia de prácticas prohibidas, la Superintendencia podrá: 1° Ordenar la cesación de las prácticas prohibidas en un plazo determinado; 2° Imponer condiciones u obligaciones determinadas al infractor; 3° Ordenar la supresión de los efectos de las prácticas prohibidas; 4° Imponer las sanciones que prevé la Ley."

cias en torno a la supuesta violación de los artículos 5, 6, 7, 10 ordinales 2° y 4°, 11 y 17 de la LPPELC.[30]

En este sentido la CPCA analizó las denuncias en torno a la realización de conductas prohibidas por la LPPELC, que, conforme a la doctrina, pueden distinguirse en aquellas contrarias a los aspectos dinámicos o conductuales de la competencia y aquellas contrarias a los aspectos estructurales de la competencia.

Las conductas contrarias a los aspectos dinámicos o conductuales están integradas por los actos –en sentido amplio- que afectan algunos de los elementos esenciales de la competencia.[31] Son elementos esenciales de la competencia y por tanto se estiman conductas contrarias a los aspectos dinámicos o conductuales, los actos, hechos y omisiones que afecten: la independencia de las partes que actúan en un mercado (este es el supuesto a que se contrae la práctica prohibida por el artículo 10 de la Ley);[32] la oportunidad de que cualquier sujeto económico entre o se mantenga en el mercado (este sería el supuesto de las prácticas de exclusión y boicot prohibidas por los artículos 6 y 7 de la Ley así como la práctica de competencia desleal regulada en el artículo 17); y la libertad de elección entre distintos oferentes o demandantes (este sería el supuesto del abuso de la posición de dominio, regulada en el artículo 13 de la LPPELC).

En lo que se refiere a las conductas contrarias a los aspectos dinámicos de la competencia se analizaron en el fallo las siguientes situaciones: a) la terminación, sin previo aviso, de una relación contractual de

---

30 Sentencia de fecha 10 de diciembre de 1998, en el caso Pepsicola, Cocacola y las Embotelladoras.

31 Guillermo Cabanellas. *Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia.* (Buenos Aires: Edit. Heliasta, 1983), p. 269.

32 El artículo 10 de la LPPELC prohibe: "...los acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas o prácticas concertadas para: 1° Fijar, de forma directa o indirecta, precios y otras condiciones de comercialización o de servicio; 2° Limitar la producción, la distribución y el desarrollo técnico o tecnológico de las inversiones; 3° Repartir los mercados, áreas territoriales, sectores de suministro o fuentes de aprovisionamiento entre competidores; 4° Aplicar en las relaciones comerciales o de servicios, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación de desventaja frente a otros; y 5° Subordinar o condicionar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos del comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos."

embotellamiento y distribución con el objeto de impedir u obstaculizar la permanencia de una de las partes en el mercado nacional, actuación prohibida en el artículo 6 de la Ley; b) el boicot producido por la incitación a culminar este tipo de convenio, por parte de un tercero en relación con una de las partes contratantes, así como la incitación a que ésta rechazase en lo adelante los productos de su anterior cocontratante a los fines de distribución y embotellamiento, con la evidente intención de restringir la libre competencia; c) la alianza con una competidora de la excontratante, con la evidente intención de expulsar a la otra indebidamente del mercado, conducta que se subsumiría en la prohibición del artículo 10, ordinales 2° y 4°; d) el abuso de la posición de dominio por la terminación repentina e injustificada del contrato de embotellamiento y distribución, teniendo en cuenta que la distribuidora estaba en posesión de dominio en el mercado; y, finalmente, e) la actuación de competencia desleal al terminar el contrato de manera sorpresiva para contratar con el competidor principal. De manera que la CPCA analizó la denuncia de prácticas exclusionarias, boicot, barreras indebidas a la entrada, abuso de la posición de dominio y competencia desleal, conductas reguladas en los artículos 6, 7 10, 13 y 17 de la LPPELC, que habían sido desestimadas por la Resolución recurrida. De otra parte se analizan las denuncias sobre las conductas contrarias a los aspectos estructurales de la competencia, específicamente la concentración económica.

A. Denuncias relativas a los aspectos conductuales de la competencia

1. Prácticas exclusionarias. La terminación, sin previo aviso, de una relación contractual de embotellamiento y distribución con el objeto de impedir u obstaculizar la permanencia de una de las partes en el mercado nacional, actuación prohibida en el artículo 6 de la Ley.

Se pronunció la CPCA sobre la denuncia de las prácticas exclusionarias –también llamadas prácticas depredatorias- prohibidas por el artículo 6 de la Ley,[33] esto es, la realización de acciones destinadas a

33 El artículo 6 de la Ley para Proteger y promover el Ejercicio de la Competencia establece "Se prohiben las actuaciones o conductas de quienes, no siendo titulares de un derecho protegido por la Ley, pretendan impedir u obstaculizar la entrada o la permanencia de empresas, productos o servicios en todo o parte del mercado."

obstaculizar el acceso o permanencia de oferentes en el mercado, conductas que se estiman anticompetitivas por cuanto afectan uno de los elementos esenciales de la competencia: la oportunidad de acceder y mantenerse en el mercado. Al respecto, la CPCA –siguiendo los argumentos de la Resolución impugnada- analizó dos elementos que de manera concurrente se exigen para la configuración de esta conducta prohibida.

En primer lugar la inexistencia de una Ley que ampare la conducta exclusionaria y, en segundo término, la intencionalidad del agente económico investigado de impedir u obstaculizar la entrada o permanencia de empresas, productos o servicios en todo o parte del mercado. Por lo que se refiere al primer elemento señaló el Tribunal que "...el grupo denunciado (LAS EMBOTELLADORAS) no está amparado por ninguna disposición legal que le sirva de fundamento para llevar a cabo una práctica de exclusión..." siendo en esa materia la libre competencia el principio general.

Es ciertamente como excepción al principio general de la libre competencia que pueden admitirse conductas que de algún modo afecten la entrada o permanencia de competidores, de allí que ello sólo será lícito en la medida en que éstas sean el resultado de un derecho de actuación exclusiva que sólo puede conferirlo la ley. El principio de libre competencia se deriva de las normas constitucionales conforme a las cuales las limitaciones al libre ejercicio de las actividades lucrativas son únicamente las previstas en la propia Constitución y en la ley, único instrumento por demás que permite el otorgamiento de concesiones exclusivas y por tiempo limitado para el establecimiento y la explotación de obras y servicios de interés público. De allí que la prohibición del artículo 6 de la LPPELC sólo puede ser enervada por una norma legal, tal y como lo estableció la CPCA al constatar la ausencia de ella en el caso específico.

En cuanto al segundo elemento, la CPCA analizó la intencionalidad estimando que en el caso concreto –tal y como lo resolvió la Superintendencia- no existían manifestaciones de intencionalidad y que por el contrario sí estaban presentes un conjunto de actuaciones que "... -debe presumirse- estaban dirigidas a causar el menor impacto posible..." a la denunciante, conclusión a la que arriba no sólo por imperativo del principio de la buena fe sino por la ausencia de prueba de lo contrario.

Para que se configure la conducta depredatoria, sancionable conforme al artículo 6 de la LPPELC, es menester que la actuación realizada tenga como móvil, como finalidad, como pretensión última, producir el efecto exclusionario. Por lo tanto, no pueden considerarse contrarias a la prohibición de prácticas depredatorias, contenida en el mencionado artículo 6, las actuaciones de los agentes económicos que si bien producen una disminución o exclusión de las empresas o productos que representan su competencia, han sido motivadas por razones distintas a la intención deliberada de desplazar al competidor, lo cual debe ser plenamente demostrado.

Por el contrario, como lo advirtió la Resolución recurrida, existen elementos que permiten deducir que la extinción anticipada -y sin aviso previo- del contrato de distribución exclusiva celebrado, obedeció a razones jurídicas y económicas justificables desde el punto de vista de la competencia, que nada tienen que ver con la intención de excluir del mercado a los productos de la denunciante. Según la CPCA de las pruebas de autos se desvirtúa incluso el atribuido carácter sorpresivo de la terminación del contrato de distribución.

Puede agregarse que en todo caso la cesación en la prestación del servicio de distribución y embotellamiento es la consecuencia natural de la nueva negociación, pues así como bajo el esquema anterior resultaba aceptable la negativa a hacerlo respecto de personas ajenas a la relación contractual y por ende competidoras, ahora debe resultarlo en relación de quien ha pasado a tener esta condición. Habiendo quedado desvirtuado el elemento intencional se desestimó el vicio de falso supuesto invocado.

2. *El boicot. La incitación a culminar este tipo de convenio, por parte de un tercero en relación con una de las partes contratantes, así como la incitación a que ésta rechazase en lo adelante los productos de su anterior cocontratante a los fines de distribución y embotellamiento, con la evidente intención de restringir la libre competencia.*

La violación del artículo 7 también fue desestimada por la CPCA,[34] al considerar que habría decidido conforme a derecho la Resolución

34 El artículo 7 establece: "Se prohiben las acciones que se realicen con intención de restringir la libre competencia, a incitar a terceros sujetos de esta Ley a no aceptar la entrega de bienes o la prestación de servicios; a impedir su adquisición o prestación; a no vender materias primas o insumos o prestar servicios a otros.

recurrida cuando negó la existencia del boicot. Señaló la CPCA que las metas de crecimiento y el poder de negociación de las embotelladoras fueron el motivo fundamental de la rescisión temprana del contrato, lo cual se traducía imperativamente en el rechazo de los productos que bajo este contrato estaba obligada a embotellar y distribuir. Asimismo se indica que no existía relación comercial previa entre la empresa a la que se atribuye el comportamiento incitante y la supuesta incitada que pudiera hacer creíble el rol que se pretendía atribuir, en función de una supuesta ventaja o poder amenazador respecto del incitado.

Al respecto podemos comentar que la LPPELC incluye el boicot dentro de las prácticas anticompetitivas y en este sentido prohibe las acciones que se realicen con intención de restringir la libre competencia, como sería la incitación a no aceptar determinados productos o dar la prestación de un servicio. La doctrina enseña que las normas sobre boicots, como el artículo 7 de la Ley, se refieren a esfuerzos concertados de los comerciantes que operan a un nivel para excluir a otros o inhibir sus esfuerzos competitivos en ese nivel, haciendo más difícil para éstos obtener lo que necesitan, generalmente proveedores o clientes, pero a veces también el acceso a las operaciones de otros comerciantes que operan al mismo nivel.[35] Las acciones de boicots, caracterizadas por la inducción a la negativa a satisfacer pedidos de bienes o servicios, prohibidas por el artículo 7, constituyen típicas operaciones triangulares, que se configuran cuando una empresa o conjunto de empresas, presionan ilícitamente sobre terceros (generalmente los compradores o abastecedores de un competidor), con la finalidad de impedir que éstos presten sus servicios o adquieran bienes de tal competidor, afectando así el normal desenvolvimiento de este último e impidiendo su permanencia en el mercado.

En tal virtud, para que se configure la práctica de boicot en los términos del artículo 7 de la Ley es necesaria la presencia de tres sujetos: el agente o los agentes que presionan a los compradores o abastecedores del competidor a fin de que éstos se nieguen a satisfacer sus prestaciones comerciales (agente incitador); el tercero -generalmente comprador o abastecedor- incitado a cometer el boicot o la práctica prohibida consistente en negarse a satisfacer las prestaciones comerciales

35 L.A. Sullivan, *Handbook of the Law of Antitrust;* citado por Guillermo Cabanellas, op. cit., p. 517.

(agente incitado); y el sujeto que sufre las consecuencias y efectos dañinos de la conducta anticompetitiva (agente afectado).

Pero, adicionalmente, en este tipo de prácticas se requiere la presencia del elemento intencional, de manera que sólo serán sancionables estas conductas cuando se realicen "con intención de restringir la libre competencia".

Consideró la CPCA que no es posible sostener que la ruptura anticipada del contrato de producción y distribución exclusiva y la consecuente negativa de las embotelladoras a continuar produciendo y distribuyendo los productos previstos en la relación contractual configuraba el boicot a que se refiere el mencionado artículo 7 de la Ley. Tal consideración es lógica, además de lo señalado en el fallo, si se tiene en cuenta que en efecto las relaciones entre las embotelladoras y el supuesto agente incitador no eran ya las de dos sujetos económicos que pudiesen considerarse separadamente, como sujeto incitador y agente incitado. Antes bien éstas habían entablado una relación societaria, fundada sobre la base de mutuas participaciones en riesgos y beneficios, que obligaba a las embotelladoras a colocar sus plantas de produción y los equipos de distribución a disposición exclusiva de la empresa conjunta producto de la alianza, la cual a su vez se encontraba obligada a producir y distribuir, exclusivamente, refrescos bajo el control de las empresas ahora aliadas.

Es obvio entonces que las embotelladoras, al adquirir interés en la explotación exclusiva de un nuevo producto y de nuevas marcas, no podían continuar produciendo y distribuyendo productos de la competencia, no porque ello fuese el resultado de una incitación prohibida, sino porque tal negativa respondía a sus nuevos intereses, en definitiva a los intereses de sus propios accionistas. La negativa de las embotelladoras, luego de su alianza, debía considerarse tan legítima y válida, como podría serlo la negativa de nuevos socios de su anterior cocontratante en producir y distribuir los productos de su ahora competidora. Y también sería tan legítima y válida como la negativa anterior de las embotelladoras a producir y distribuir los productos de su ahora nueva aliada.

Esta conducta no involucraba en efecto una práctica de boicot cuya intención fuese el restringir la libre competencia, sino que era el resultado de la obligación de fidelidad que debe prevalecer en la nueva relación.

Por ello resulta muy fundamentada la decisión de la CPCA al señalar que no se configuraba el vicio de falso supuesto denunciado y estaba ajustada a derecho la decisión contenida en la Resolución mediante la cual se estimó no producida la infracción del artículo 7 de la Ley.

3. *Barreras indebidas a la entrada. La alianza con una competidora de la excontratante, con la evidente intención de expulsar a la otra indebidamente del mercado, conducta que se subsumiría en la prohibición del artículo 10, ordinales 2° y 4°.*

Consideró la CPCA, al analizar la denuncia de falso supuesto por haber rechazado la Resolución impugnada la alegada violación de los ordinales 2° y 4° del artículo 10 de la Ley,[36] que la misma tampoco se habría configurado. Se señala que no se habría demostrado la existencia de acuerdos o prácticas concertadas entre los dos agentes denunciados, con anterioridad a la fusión cuestionada, y además que mediante el único acuerdo conocido entre ambos se crea una nueva persona jurídica que "habrá de seguir su propia estrategia industrial y comercial en función de sus propios intereses y metas...", lo cual no es censurable de acuerdo con la norma cuya violación se denuncia.

Para que se configuren las prácticas colusorias –ilícito previsto en el artículo 10 de la Ley- debe en efecto existir concertación entre diversos agentes económicos, la cual se manifiesta en acuerdos, recomendaciones o decisiones. Pero además, los acuerdos, pactos o recomendaciones, producto de dicha concertación, deben tener por finalidad ("para", dice la Ley) la implantación –por parte de los partícipes en tales acuerdos- de alguna de las siguientes conductas:

- Fijar precios y otras condiciones de comercialización o de servicio (ordinal 1°);
- Limitar la producción, distribución y desarrollo técnico o tecnológico de las inversiones (ordinal 2°);

36 Los ordinales 2° y 4° del artículo 10 de la LPPELC disponen: "Se prohiben los acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas o prácticas concertadas para: (...) 2° Limitar la producción, la distribución y el desarrollo técnico o tecnológico de las inversiones; (...) 4° Aplicar en las relaciones comerciales o de servicios, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación de desventaja frente a otros..."

- Repartir los mercados, áreas territoriales, sectores de suministro o fuentes de aprovisionamiento entre competidores (ordinal 3°);
- Aplicar en las relaciones comerciales o de servicios, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación de desventaja frente a otros (ordinal 4°); y
- Subordinar o condicionar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos del comercio, no guarden relación con el objeto del contrato (ordinal 5°).

En el caso que se comenta, el "acuerdo" que el recurrente consideraba incurso en la práctica anticompetitiva prevista en el artículo 10, estaba constituido por las negociaciones, conversaciones previas y la alianza misma celebrada entre su excontratante y su principal competidora. Sin embargo, según se deduce de la decisión de la CPCA este señalamiento resultaba incorrecto, pues si bien es verdad que el contrato de asociación o alianza constituye un "acuerdo" o "convenio" en el cual participaron dos empresas que hasta ese momento eran competidoras, es cierto también que el referido convenio o acuerdo no se habría celebrado con otra finalidad que no fuere la de crear una nueva compañía que fungiera como única sucesora de las asociadas en la actividad de producción y distribución de refrescos.

En términos generales puede afirmarse que los convenios de constitución de compañías o sociedades, como el celebrado en el caso que se comenta, no encuadran dentro de las prácticas concertadas a que alude el artículo 10 de la LPPELC, pues la referida norma supone que los agentes partícipes en dicha conducta se mantendrán separados económicamente, pero que por virtud del ilícito acuerdo que celebran asumirán conductas anticompetitivas similares. En cambio, la constitución de una empresa común, efectuada por parte de dos agentes económicos, no vinculados inicialmente entre sí, provoca ordinariamente una concentración económica, y si alguna consecuencia anticompetitiva resulta por tal concentración, ello debe examinarse a la luz de lo previsto en el artículo 11 de la Ley y su Reglamento No. 2, instrumentos que regulan todo lo relativo a los aspectos anticompetitivos de las operaciones de esa especie.

4. El abuso de la posición de dominio. La terminación repentina e injustificada del contrato de embotellamiento y distribución, teniendo en cuenta que la distribuidora estaba en posesión de dominio en el mercado.

Se denunciaba también el falso supuesto por la incorrecta aplicación del artículo 13, en sus ordinales 2° y 4°,[37] debido al abuso de posición de dominio, denuncia que también fue desestimada por el Tribunal. Sostuvo la CPCA que si bien existía la posición de dominio, no podía decirse que la limitación a la producción, embotellamiento y distribución de los productos fuere injustificada, pues la suspensión de estas actividades respecto de la denunciante "...surge como consecuencia de una fusión con otro agente..." y con fundamento a la terminación de una relación contractual previa que daba origen a esos servicios. También se señala que tampoco puede establecerse la existencia de un trato diferenciado que coloque a la denunciante en situación de desventaja, porque lo que ha ocurrido es –como se ha dicho- una fusión de dos grupos industriales que se han transformado en un solo agente económico.

La posición dominante –según la Corte Europea de Justicia (caso *United Brands*)- "se relaciona a una posición de poder económico gozada por una empresa, que le permite evitar que se mantenga una competencia efectiva en el mercado, por contar con la posibilidad de conducirse en forma independiente de sus consumidores, clientes y en última instancia, de sus competidores".[38]

En la mayoría de las legislaciones, la existencia de posición dominante no se encuentra prohibida de pleno derecho. Se admite, en efecto, que en determinadas circunstancias una empresa, o un grupo de ellas que actúen interdependientemente, lleguen a tener el poder de mercado suficiente para actuar sin tomar en cuenta a los otros sujetos que interactúan en la actividad que realizan (por ejemplo, sus consumidores, proveedores o compradores).

37 El artículo 13, en sus ordinales 2° y 4°, dispone: "Se prohibe el abuso por parte de uno o varios de los sujetos de esta Ley de su posición de dominio, en todo o parte del mercado nacional y, en particular, quedan prohibidas las siguientes conductas: (...) 2° La limitación injustificada de la producción, de la distribución o del desarrollo técnico o tecnológico en perjuicio de las empresas o de los consumidores; (...) 4° La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación de desventaja frente a otros;..."

38 Guillermo Cabanellas. op. cit. p. 653.

Teniendo en cuenta esas situaciones, el Legislador ha optado por prohibir las conductas de los agentes económicos que, basados en una posición dominante, cometan abusos en perjuicio de los otros actores del mercado. Con ello se pretende lograr que los sujetos que gozan de una posición dominante mantengan una conducta similar a la que observarían si existiese competencia efectiva.

Dentro de las conductas que se consideran abusivas, se encuentran la limitación injustificada a las fuentes de producción, distribución o desarrollo técnico o tecnológico (artículo 13, ordinal 2° de la Ley) y la discriminación entre diversos competidores que coloquen a unos en situación de desventaja frente a los otros (artículo 13, ordinal 4°), conductas que habían sido denunciadas en este caso.

Sin embargo, las conductas denunciadas no encuadraban, en efecto, dentro de las prohibiciones particulares previstas en los ordinales 2° y 4° de la Ley, pues:

- No puede existir la violación, toda vez que la negativa de las embotelladoras a continuar produciendo los productos no es injustificada, sino que encuentra plena razón de ser en la celebración del convenio de alianza estratégica, tal como lo apreció la Superintendencia y acogió la CPCA.

- Tampoco puede hablarse de la existencia de prácticas discriminatorias, pues no se trataba de que las embotelladoras prestaran servicios a la denunciante en condiciones distintas a como le prestaban a su competidora, sino que no prestaban el servicio porque habían transferido sus activos productivos a una empresa conjunta constituida con esa competidora de aquélla.

5. *La Competencia desleal. La terminación del contrato de embotellamiento y distribución de manera sorpresiva para contratar con el competidor principal.*

Otras de las denuncias, también desestimadas por la CPCA, fue la relativa al vicio de falso supuesto en cuanto a la aplicación del artícu-

lo 17 de la Ley.[39] Señaló la CPCA que los supuestos indicados en la norma (lista de carácter enunciativo): publicidad engañosa, promoción basada en declaraciones falsas y soborno comercial, son formas de competencia desleal derivadas de la política comercial del agente perturbador. Se trata –dice la CPCA- de formas de agresión que no se derivan de relaciones contractuales entre dos o más agentes del mercado y que deben estar destinadas a lograr la eliminación de los competidores. Siendo tal intencionalidad premisa fundamental para la configuración de la conducta prohibida, el denunciante debe concentrar su esfuerzo probatorio en la demostración no sólo de la política comercial sino además en la prueba de la voluntad de dañar de manera gravísima a los competidores, eliminándolos del mercado relevante.

En el caso que se comenta, la CPCA consideró –acogiendo los argumentos de la Superintendencia- que la ruptura del contrato no es un acto de política comercial, no hubo prueba de la incitación de la competidora para que se produjera tal ruptura contractual y no se demostró tampoco la intencionalidad de eliminar a un competidor del mercado.

De acuerdo con la doctrina la competencia desleal o ilícita puede ser de dos clases.[40] La primera modalidad está constituida por la competencia ilícita anticontractual, que se produce con ocasión del incumplimiento de normas establecidas entre industriales o comerciantes mediante contrato, o en el incumplimiento de normas legales referentes a determinadas relaciones contractuales (por ejemplo: el socio de una sociedad mercantil que toma participación directa en negocios similares). La segunda modalidad de competencia ilícita o desleal es la llamada competencia ilícita extracontractual, que se configura cuando se desarrollan prácticas comerciales en función de conquistar clientela, mediante la lesión de los derechos de otros industriales o comerciantes (por ejemplo: revelación o abuso de secretos, desviación de clientela, apropiación de signos distintivos, confusión mediante menciones abusivas, etc.).

---

39 El artículo 17 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Competencia dispone: "Se prohibe el desarrollo de políticas comerciales que tiendan a la eliminación de los competidores a través de la competencia desleal y, en especial, las siguientes: 1° La publicidad engañosa o falsa dirigida a impedir o limitar la libre competencia; 2° La promoción de productos y servicios con base en declaraciones falsas, concernientes a desventajas o riesgos de cualquier otro producto o servicio de los competidores; y 3° El soborno comercial, la violación de secretos industriales y la simulación de productos."

Los mecanismos para prevenir y castigar la competencia desleal anticontractual son, únicamente, los ordinarios que se emplean para castigar el incumplimiento del contrato y el abuso de derecho. En cambio, determinados actos de competencia desleal extracontractual –los que tiendan a la eliminación de los competidores- pueden ser sancionados no sólo por los medios judiciales ordinarios, sino también a través de las medidas represivas como las contempladas en las normas contenidas en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Competencia, pues se persigue castigar el negativo efecto que trasciende de la relación particular.

La prohibición contenida en el artículo 17 de la Ley se refiere, tal y como lo estableció la CPCA, únicamente a los actos de competencia desleal extracontractual, es decir, los que no guardan relación con la violación de obligaciones contractuales. Ello se desprende con claridad de los mismos ejemplos que trae la ley: publicidad engañosa o falsa dirigida a impedir o limitar la libre competencia; promoción de productos y servicios con base en declaraciones falsas, concernientes a desventajas o riesgos de cualquier otro producto o servicio de los competidores; y soborno comercial, violación de secretos industriales y simulación de productos.

Pero no todos los actos de competencia desleal extracontractual se encuentran incluidos en la prohibición del artículo 17 de la Ley, sino que debe tratarse además de aquellos que son el resultado de "políticas comerciales" -la prohibición versa específicamente sobre el desarrollo de esas políticas- y que "tiendan a la eliminación de los competidores".

Teniendo en cuenta lo anterior, el ilícito previsto en el artículo 17 de la Ley no se habría configurado en el caso analizado, toda vez que los hechos denunciados como constitutivos de competencia desleal se referían fundamentalmente a supuestos actos de competencia ilícita anticontractual, esto es, actuaciones de las embotelladoras que suponían la infracción de los deberes inherentes al contrato de distribución exclusiva que tenían suscrito.

Tal como se señaló precedentemente, la competencia ilícita anticontractual no encuentra protección por la legislación procompetencia, y las diferencias que puedan surgir entre las partes de

un contrato, por virtud de su pretendido incumplimiento deben resolverse con arreglo a los principios generales del derecho común sobre el incumplimiento de contrato y al abuso de derecho.

Por otra parte se estableció que los actos denunciados como constitutivos de competencia desleal no cumplían el requisito exigido en el encabezamiento del artículo 17 de la Ley, conforme al cual debe tratarse de "políticas comerciales". En efecto, para que una actuación pueda ser considerada una "política comercial" es menester que exista una pluralidad de afectados y que se trate de una actuación repetida en el tiempo o cuyos efectos son prolongados. En el presente caso no existía tal requisito; por el contrario el único agente económico que se sentía afectado por la supuesta competencia desleal era la denunciante, lo que conduce a afirmar que lejos de tratarse de un problema sobre el desarrollo de "políticas comerciales que tiendan a la eliminación de los competidores", en los términos regulados en el artículo 17 de la Ley, lo planteado guardaba relación con las prácticas exclusionarias o depredatorias, las cuales sí pueden tener como destinatario una determinada empresa y se concretan mediante el desarrollo de actos tendientes a "impedir u obstaculizar la entrada o la permanencia de empresas, productos o servicios en todo o parte del mercado", conducta que se encuentra prevista en el artículo 6 de la Ley, y cuya improcedencia ya había sido declarada por la CPCA previamente.

B. Denuncias relativas a los aspectos estructurales de la competencia.

1. La concentración económica. La fusión y desinversión.

A la par de las conductas que atentan contra los aspectos dinámicos de la competencia, examinadas precedentemente, se analizaron en el fallo comentado otras que afectan los aspectos de la estructura del mercado que permiten la existencia de libre concurrencia: principalmente la estructura de la oferta y la demanda, transparencia del mercado e incentivos para adoptar conductas anticompetitivas.

Dentro de este género se encuentra la realización de fusiones y otros actos que impliquen concentración económica, las cuales se hallan prohibidas en nuestra legislación, cuando "a consecuencia de ellas se

generan efectos restrictivos sobre la libre competencia o se produce una situación de dominio en todo o parte del mercado" (artículo 11 de la Ley).

En el caso concreto, la Resolución recurrida había declarado que la creación de la empresa conjunta, producto del *joint venture* celebrado con el aporte de los activos productivos para el embotellamiento y la distribución de refrescos con gas de altas calorías y los refrescos con gas, dietéticos o ligeros, generaba efectos restrictivos de la libre competencia en dichos mercados.

Se había alegado, esta vez por otra de las partes afectadas por la Resolución, también el vicio de falso supuesto pues la declaración de violación del artículo 11 de la Ley se habría basado en la falsa premisa de que aumentó el grado de concentración en el mercado.[41] La CPCA al respecto decidió que conforme a los elementos de autos se evidenciaba la voluntad real por parte del nuevo grupo industrial "...para desprenderse de un importante grupo de activos (...) lo que hace presumir el que la desinversión estaba destinada a lograr el propósito perseguido, ya que los activos desincorporados permitían mantener el grado de concentración económica existente..." Concluye, con base al material probatorio en que existía una real posibilidad de que los activos desinvertidos pudieran ser adquiridos y explotados por cualquier competidor, con lo cual se habrían mantenido incólumes las estructuras del mercado; no existían elementos para dudar de la sinceridad y eficacia de la desinvesión realizada, pues la misma no tenía que haber sido efectuada a través del mecanismo escogido del fideicomiso, pues pudo realizarse en forma directa, con lo cual se desvirtuarían los cuestionamientos efectuados a la vía escogida; y, finalmente, la otra parte del procedimiento siempre habría tenido la opción de adquirir los bienes que formaban parte del proceso de desinversión. Por tal razón se estimó configurado el falso supuesto invocado.

La Resolución recurrida ciertamente había considerado que la concentración de los activos productivos destinados a las actividades de

41 El artículo 11 de la Ley para Promover y proteger el Ejercicio de la Competencia dispone: "Se prohiben 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."

embotellamiento y distribución de refrescos en el territorio nacional de las empresas ahora aliadas habría generado efectos restrictivos sobre la libre competencia en los mercados relevantes de refrescos a tenor del artículo 11 de la Ley. Para llegar a tal conclusión, partió de considerar que el mecanismo de la constitución de un fideicomiso adoptado para desinvertir los activos que la empresa competidora había destinado a la producción y distribución de refrescos antes de su alianza, resultaba ineficaz, de manera que tales activos se concentraron o combinaron con los que poseían las embotelladoras dando lugar así a una "concentración de activos destinados al embotellamiento y la distribución de refrescos".

El cuestionamiento al mecanismo empleado consistía en que el contrato suscrito constituía un negocio jurídico "...en el cual no existe ni la 'transferencia real del derecho de propiedad'. Ni existe una propiedad fiduciaria en el sentido histórico y legal del término en cuanto atributivo al fiduciario no solamente de la propiedad formal o externa sobre los bienes del patrimonio fiduciario, sino de 'autonomía afectada' de administración o disposición sobre tales bienes; y tampoco existe la autonomía de la voluntad contractual que debió corresponder al fiduciario no solamente en la oportunidad de manifestar su aceptación, sino durante el ejercicio de la posición de poder que el negocio fiduciario debió conferirle". Concluye señalando que "...el contrato de fideicomiso se encuentra bajo presupuestos de hecho y de derecho que producen su ineficacia como mecanismo idóneo para el desprendimiento de los activos..." El vicio de falso supuesto alegado se basaba precisamente en que tales activos nunca se habrían sumado o combinado.

La desinversión es un mecanismo que tiene como propósito servir de catalizador entre las concentraciones económicas y los problemas de competencia, y que consiste en la separación y no uso de los activos pertenecientes a los agentes económicos que participan en la operación de concentración económica, y el ofrecimiento de tales activos a potenciales competidores.

Para que la desinversión sea efectiva, es necesario que exista la voluntad sincera por parte de los autores de la concentración económica de desprenderse de tales activos y ponerlos a disposición de otros agentes económicos que deseen ingresar a la explotación de la misma activi-

dad económica. Adicionalmente, para que la desinversión logre el propósito perseguido, es menester que los activos desincorporados sean suficientes, en cantidad y calidad, para mantener el grado de concentración económica existente para el momento en que se realiza la operación de concentración. La idea, en definitiva, es que la estructura del mercado que sirve de soporte a la libre concurrencia, se mantenga, al menos, en las mismas condiciones que tendría si la operación de concentración económica no se hubiese celebrado.

A juicio de la CPCA, los anteriores requisitos, que delinean la figura de la desinversión, fueron plenamente satisfechos, pues antes de formalizarse la creación de la empresa conjunta, la ahora denunciante procedió a desincorporar y dejar de usar activos suficientes, en cantidad y calidad, para permitir que su principal competidora o cualquier otro competidor interesado ingresara en la actividad de embotellado y distribución de refrescos, con la capacidad que para aquél momento ella misma tenía.

El cuestionamiento hecho por la Superintendencia en torno a las supuestas deficiencias del fideicomiso celebrado, en modo alguno podía considerarse suficiente a los fines de estimar que no hubo una desinversión efectiva. En efecto, aún asumiendo como válidas y ciertas las declaraciones contenidas en la Resolución acerca de la ausencia de un verdadero fideicomiso, ello en forma alguna podía llevar a la conclusión de que no hubo desinversión efectiva de los bienes que fueron objeto del contrato. La desinversión es una situación de hecho que se perfecciona desde que el propietario de unos activos productivos manifiesta su intención de desprenderse de ellos, y realiza los esfuerzos necesarios para que tales activos sean adquiridos por un competidor existente o potencial interesado. Poco importa si los activos objeto de desinversión son trasladados a un fideicomiso, para que sea el fiduciario quien seleccione el mecanismo para materializar el traspaso de los bienes afectos a la desinversión; o si tal actividad es realizada directamente por el agente económico que realiza la desinversión.

Lo que resulta verdaderamente importante, en definitiva, no es la forma que se utilice para traspasar a otro agente económico la explotación de los activos desinvertidos, sino la real y efectiva posibilidad de

que tales activos puedan ser explotados o apropiados por cualquier competidor actual o potencial, de manera que las estructuras del mercado se mantengan incólumes. Tales circunstancias, absolutamente fácticas, deben ser apreciadas a la luz de los hechos que rodean la operación de desinversión, y fundamentalmente, tomando en consideración la conducta observada por el agente económico que pone en práctica la desinversión para determinar de allí si éste se mantiene fiel a su intención de desprenderse de los activos; o si observa conductas que ponen en entredicho la sinceridad de esa intención.

Así, por ejemplo, resultaría insincera cualquier declaración de desinversión, si posteriormente, su autor se niega a considerar las ofertas que se le presenten; exige un precio excesivo con la finalidad de desestimular a los interesados; participa a través de empresas relacionadas en la adquisición de los activos desincorporados; o realiza maniobras de cualquier género para evitar que los competidores se interesen en los activos desinvertidos.

Por lo tanto, aún asumiendo que el fideicomiso celebrado contuviese cláusulas que no garantizaban plena autonomía de disposición de los bienes fideicomitidos a la entidad fiduciaria, ello en forma alguna afectaba la sinceridad y eficacia de la desinversión efectuada, pues, como se ha explicado precedentemente –y fue señalado por la CPCA- el traspaso de los bienes desinvertidos puede llevarlo a cabo, incluso, el propio agente económico autor de la desinversión, por lo que *a fortiori* no podía negarse eficacia a un mecanismo de desinversión –como el instrumentado en este caso- en el cual el agente económico había manifestado su intención de desprenderse de los activos y buscado el auxilio de un tercero, a quien confió los bienes desinvertidos con el objeto de que un oferente interesado explotase o adquiriese tales bienes.

2. *La concentración de marcas.*

Por último la sentencia analiza el vicio de falso supuesto en lo que a la concentración de marcas se refiere. La Resolución declaró también que se concretó una operación de concentración económica bajo la modalidad de adquisición de activos intangibles (marcas de refrescos de sabores).

Al respecto se consideró que la Superintendencia había incurrido en error al disminuir falsamente el grado de concentración existente antes de la fecha de la fusión, pues consideró que existía competencia entre las marcas de las empresas unidas por el contrato de distribución, cuando en virtud del mismo tal competencia era inexistente.

En efecto, el método utilizado por la Administración era evidentemente errado, pues antes de la extinción del contrato de producción y distribución exclusiva, no podía considerarse que existiese competencia efectiva entre sus marcas de refrescos, sino que por el contrario todas eran explotadas por la distribuidora, por lo que existía –en aquel momento- una concentración de esas marcas. De manera que para determinar el índice de concentración anterior a la presunta operación de concentración marcaria, no podían considerarse las referidas marcas como competidoras entre sí.

3. Aspectos Procesales.

1. Impugnabilidad del acto consultivo. Recurribilidad del acto mediante el cual la Superintendencia califica como prohibida, con base al artículo 11 de la LPPELC, una operación, a petición de parte interesada.

La impugnabilidad de este tipo de acto, debe analizarse desde que no se trata de un acto definitivo que ponga fin al procedimiento sancionatorio a que daría lugar la aplicación de esta norma, sino de una opinión previa por parte del órgano administrativo, como resultado de la consulta propuesta por el particular.

La CPCA consideró importante,[42] en primer término, hacer una distinción entre las nociones de acto de trámite (no definitivo) y acto consultivo (no decisorio),[43] cuya irrecurribilidad se ha previsto, con ciertas excepciones, en base a razones distintas.

42 En la sentencia de fecha 6 de marzo de 1997, caso CIF, S.A. Consorcio Inversionista Fabril.

43 El acto de trámite o no definitivo es aquél –según el fallo de la CPCA- que "...no pone fin al procedimiento administrativo, sino que se produce en su curso para contribuir a formar la decisión administrativa definitiva..." o se "...dicta con posterioridad a dicha decisión final, con el objetivo de darla a conocer o ejecutarla", en tanto que el acto consultivo es aquél que "...contiene informes y opiniones sobre un asunto determinado y no declaraciones de voluntad...", careciendo "...de efectos jurídicos inmediatos, toda vez que no crean, extinguen o modifican una relación jurídica respecto de terceros."

Así, se señala que el acto de trámite resulta inimpugnable, de acuerdo con la previsión del artículo 124, numeral 2 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (LOCSJ) que establece como presupuesto de admisibilidad el agotamiento previo de la vía administrativa que está prevista a su vez respecto del acto definitivo, como regla, y sólo como excepción, en relación con el acto de trámite, en la LOPA. La razón, según se deduce de la sentencia, obedece a que los vicios o defectos del acto de trámite sólo deben ser susceptibles de impugnación en la medida en que trasciendan[44], esto es, que se reflejen en el acto definitivo, lo cual puede hacerse mediante denuncias respecto de la afectación que estos han producido en el acto final.

Los actos consultivos pueden ser o no de trámite y por tanto a ellos se aplicarán las reglas de impugnabilidad antes indicadas, según que puedan calificarse o no como tales. Pero, en el caso de que el acto consultivo no pueda estimarse como un acto de trámite, su impugnabilidad dependerá entonces de la afectación que este produzca en los derechos e intereses particulares. En el fallo, efectivamente, se indica que es requisito indispensable para la impugnación de actos administrativos de efectos particulares (individuales) que el acto afecte los intereses legítimos del accionante o *–a fortiori-* sus derechos subjetivos, pues de lo contrario el recurso sería inadmisible por falta de cualidad o interés del recurrente.[45]

Con base a estos principios es que se ha determinado jurisprudencialmente la inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo contra actos consultivos, al haberse establecido en algunos casos concretos que de ellos no se derivaba ninguna consecuencia negativa –ni positiva- que modifique la esfera jurídica del recurrente.

La opinión emitida por la Superintendencia, con fundamento en el artículo 11 de la LPPELC[46] establecía que en su criterio se produciría

---

44 Ello explica a su vez la razón de la excepción, es decir, de los supuestos de impugnabilidad de actos de trámite, pues se trata de vicios que autónomamente producen una afectación esencial en la esfera jurídica del administrado, bien porque le causen indefensión, bien porque prejuzguen como definitivos o bien porque impidan la continuación del procedimiento.

45 Según el artículo 121 de la LOCSJ, en el caso de actos de efectos particulares y también conforme a lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

46 Aun cuando el artículo 11 de la LPPELC no prevé la consulta preliminar a los fines de predeterminar si una operación mercantil puede ser considerada como concentración eco-

una concentración prohibida de concretarse la operación de compraventa planteada por la parte recurrente, quien cuestionaba, además de la ausencia de base legal, y entre otros, los criterios aplicados para la determinación de la posición de dominio que la fundamentaba. Consideró la CPCA que de ser ciertas las denuncias, la empresa accionante habría sufrido una restricción de su derecho de libertad económica, pues estima que la causa eficiente para esa restricción sería el acto impugnado. No puede considerarse como una simple consulta la calificación que hace la Superintendencia, pues ella produce efectos inmediatos en la esfera jurídica del administrado, quien consciente de la ilegalidad que se atribuiría a su actuación por parte del órgano encargado de reprimirla, se abstiene de efectuarla.

Por ello es razonable admitir su impugnabilidad en la vía judicial, no otra solución admite un sistema que se funde en el principio de tutela judicial efectiva.

2. *La reiteración en la instancia judicial de los alegatos expuestos en la sede administrativa no hace improcedente el recurso ni lo vicia en cuanto a las formalidades exigidas en la Ley.*

Aun cuando parezca superfluo este asunto, él es producto de un alegato expuesto por la representación de la Administración, la cual adujo que la circunstancia de reiterar en la instancia judicial los alegatos expuestos en la sede administrativa hace concluir que el acto no ha sido recurrido sino apelado y que el recurrente no habría basado su recurso en la ilegalidad de la decisión, pues las razones serían anteriores al acto que se impugna.[47]

El argumento fue obviamente desestimado, cuando la CPCA señaló que, precisamente, el vicio de falso supuesto –en derecho administrati-

---

nómica prohibida porque genere efectos restrictivos de la competencia o produzca situación de dominio, sí lo establece ahora la reglamentación, tal como ocurre en otros sistemas como por ejemplo el español, persiguiendo en todo caso mayor seguridad jurídica. El fallo que al respecto se comenta no hizo pronunciamiento sobre la competencia del órgano para emitir la consulta, pues se pronunció sobre su anulación sobre la base del vicio de falta de base legal en lo relativo a la aplicación de normas restrictivas de la actividad privada como se expone en estos comentarios.

47 Tal alegación fue analizada y decidida por la CPCA en la sentencia de fecha 30 de enero de 1997, caso C.A. Sofimara Mercado de Capitales Casa de Bolsa (Sofimerca).

vo, sustancialmente distinto en materia de Casación- puede sustentarse sobre la base de que los hechos establecidos por la Administración no son verdaderos, ciertos o existentes o que el derecho ha sido incorrectamente aplicado, lo cual puede perfectamente derivarse de los mismos argumentos expuestos por los particulares en el curso del procedimiento administrativo, tanto constitutivo como de revisión. Ello no convierte –señaló la CPCA- a la sede judicial en una Alzada, "...pues la autoridad administrativa tuvo que analizar los argumentos del administrado para tomar su decisión administrativa, en tanto que este órgano judicial lo hará a fin de determinar la adecuación del acto recurrido a la legalidad."

3. Una nueva decisión administrativa que otorgue lo solicitado por el administrado no produce el decaimiento automático de la causa en la que se recurre el acto precedente que lo negaba.

Este criterio puede deducirse de la decisión de la CPCA que desestimó la solicitud de declaratoria de no haber materia sobre la cual decidir propuesta por la representación de la Administración recurrida, sobre la base de que se habría producido un nuevo acto en sentido opuesto al recurrido.[48] No se trataba en verdad propiamente de una revocatoria, sino de una nueva solicitud de opinión acerca de la posibilidad de realizar una operación mercantil que había sido considerada previamente como ilegal de acuerdo al acto recurrido por aplicación del artículo 11 de la Ley.

Sostiene la CPCA que la nueva decisión administrativa señala que ella obedeció a una situación fáctica diferente y en todo caso se estima legal por vía de excepción, de manera que no puede en modo alguno considerarse revocatoria de la opinión previamente producida.

Ahora bien, conviene aquí destacar que es principio del contencioso administrativo que la revocatoria del acto impugnado tampoco produce de manera automática la pérdida del objeto del recurso contencioso administrativo. Debe, necesariamente, producirse con tal revocatoria el restablecimiento total y absoluto de la situación jurídica infringida, para que esa conclusión sea posible, lo cual no parecería haber ocurrido en el caso que se comenta. Esta consideración se halla

48 En el mismo caso CIF, S.A. Consorcio Inversionista Fabril de fecha 6 de marzo de 1987.

presente en la sentencia cuando la CPCA afirma que no sólo persiste el objeto del juicio sino también el interés del accionante, quien habría visto limitada su actuación, pues con vista al acto no pudo concretar, en los términos convenidos, una negociación de compraventa de acciones.

4. Las medidas cautelares.

El recurso contencioso administrativo que se ejerza contra las decisiones que dicte la Superintendencia en aplicación de la LPPELC se rige por las normas y principios procesales aplicables al proceso contencioso administrativo general. En este sentido, la posibilidad de los recurrentes de solicitar protecciones cautelares es un tema que debe analizarse a la luz de estos principios y normas generales. Sin embargo, la Ley de la materia contiene una regulación especial que ha dado lugar a numerosos pronunciamientos judiciales respecto del alcance de la medida y está pendiente en la Corte Suprema de Justicia la decisión relativa a su constitucionalidad.

Es principio de la actividad administrativa la ejecutoriedad de los actos, de allí que la propia administración pueda proceder a obtener el cumplimiento efectivo de sus decisiones, en el término establecido, o a falta de éste, de manera inmediata.[49] Existen, sin embargo, actos no ejecutorios, es decir, aquellos que la Administración no puede coaccionar directamente al particular a su cumplimiento, sino que debe proceder a solicitarlo ante la instancia judicial, y será el órgano judicial, a través de los medios que le otorga el ordenamiento jurídico, a quien corresponderá la ejecución del acto. El principio general en cuanto a los efectos del acto es que la interposición de los recursos no suspenderá su ejecución, salvo previsión legal en contrario.[50] Este principio opera tanto para los actos ejecutorios como para aquellos que deban tramitarse ante la instancia judicial, lo cual se deduce no sólo de la norma de la LOPA que no hace distinción alguna al respecto (artículo 87), sino tam-

---

49 El artículo 54 de la LPPELC establece:"Cuando se intente el recurso contencioso administrativo contra las resoluciones de la Superintendencia, que determinen la existencia de prácticas prohibidas, los efectos de las mismas se suspenderán si el recurrente presenta caución, cuyo monto se determinará, en cada caso, en la resolución definitiva, de conformidad con el parágrafo segundo del artículo 38."

50 Así lo prevé el artículo 87 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

bién de la previsión contenida en el artículo 656 del Código de Procedimiento Civil que establece la procedencia de la oposición y paralización de la causa de ejecución de créditos fiscales cuando esté pendiente recurso administrativo o contencioso administrativo en el cual se haya decretado la suspensión previa del acto.

De manera que concluido el procedimiento administrativo, la ejecución del acto administrativo procede, salvo previsión legal en contrario, o salvo que en vía judicial se hayan acordado medidas cautelares suspensorias. La posibilidad de previsión legal que expresamente impida la ejecución por el ejercicio del recurso hasta la culminación del proceso es tendencia dentro de la que se inscribe el moderno derecho tributario, como también ocurre entre nosotros, pero existe también la tendencia que sostiene que el mismo debe ser aplicado respecto de la actividad sancionatoria en general.

Ahora bien, el artículo 54 de la LPPELC contempla la suspensión automática del acto administrativo cuando se intente el recurso, siempre que el administrado presente caución, cuyo monto determinará la Superintendencia.[51] Se trata de una suspensión, concluido el procedimiento administrativo, y como tal, que carece de la necesaria accesoriedad que a las medidas cautelares se otorga, pero no constituye una mera excepción al principio de no suspendibilidad de la ejecución del acto -como ocurre en la materia tributaria- pues se supedita a una caución.

La primera precisión que debe destacarse en la jurisprudencia de la CPCA al respecto, es la de que tal caución no puede asimilarse a la regla del *"solve et repete"* desaplicada por el Máximo Tribunal por considerarse contraria al derecho Constitucional de acceso a la justicia.[52] Consideró la CPCA en su decisión,[53] que la exigencia de la caución a

---

51 El artículo 8 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos recoge este principio al establecer lo siguiente: "Los actos administrativos que requieran ser cumplidos mediante actos de ejecución, deberán ser ejecutados por la administración en el término establecido. A falta de este término, se ejecutarán inmediatamente."

52 Tal regla estaba prevista, entre otros y con carácter general, en el artículo 122 de la LOCSJ y se refiere a la condicionalidad de la admisión del recurso al pago o afianzamiento de una cantidad de dinero.

53 Sentencia de fecha 26 de abril de 1995, caso amparo cautelar solicitado por el Colegio Farmacéutico del Estado Carabobo.

que se refiere la LPPELC no es limitativa del derecho a la defensa y a la efectiva tutela jurisdiccional en cuanto que no impide que se acuda al contencioso administrativo a interponer el recurso de anulación, y lo que es más importante, no impide que el recurrente en lugar de prestarla –y aún prestándola, como se expondrá más adelante- opte por solicitar la suspensión de los efectos en base a cualquier otro de los mecanismos procesales existentes, es decir, no le impide la solicitud de todas las protecciones cautelares que el juez puede otorgar, y entre ellas, la suspensión de los efectos del acto.[54] En esta misma concepción se inscriben las decisiones de ese tribunal en las que habiéndose solicitado la suspensión de efectos ante la instancia judicial, la constatación de que éstos se encuentran suspendidos por la aplicación del artículo 54 de la Ley así como de que el particular no manifiesta disconformidad con la caución exigida, da lugar a que se estime que no hay materia sobre la cual decidir. Claro está que podría ocurrir que el particular hubiere dado la caución, pero la considerase excesiva o desproporcionada y optare, en consecuencia, por la vía cautelar del juez.

Esto ocurrió en la sentencia cautelar de fecha 5 de mayo de 1997 en la que la solicitante de la suspensión, precisamente, exponía que el hecho de que los efectos se encontraren suspendidos por la aplicación del artículo 54 de la Ley, no hacía perder su interés en obtener la suspensión judicial, en ese caso, sustentada en el artículo 136 de la LOCSJ o a través de una medida innominada, pues cesaría la necesidad de consignar la fianza a los efectos de la suspensión automática, quedando a salvo, por supuesto, la posibilidad de que el órgano judicial requiera una nueva caución.[55]

La CPCA estimó que la suspensión contenida en el artículo 54 de la Ley contiene una presunción de daños para el recurrente derivados del acto, que podría ser desvirtuada al resolverse una medida cautelar en vía judicial, de manera que la suspensión automática tendría efectos sólo hasta el momento en que se decida la otra medida cautelar. En este fallo se califica la suspensión automática como una medida cautelar y no como una excepción al principio de la no suspendibilidad de la ejecución del acto. Ello tiene sentido, desde que el establecimiento de una

54 Este criterio fue ratificado por la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa.
55 Solicitud de Cocacola y otras en el caso Pepsicola, Cocacola y otras.

caución en efecto otorga el carácter de cautela a la suspensión legal, pues tal caución no es otra cosa que una contracautela. La posibilidad de establecer una medida cautelar en estos términos –es decir fuera del procedimiento administrativo y antes del proceso y fuera, en todo caso, de un proceso judicial- es cuestión que deberá resolver el Máximo Tribunal al decidir la demanda de inconstitucionalidad que se ha propuesto contra esa disposición.

En el caso concreto la CPCA estimó cumplidos los presupuestos para acordar la suspensión judicial, cuyo efecto era además el decaimiento de la suspensión automática y de la caución exigida, y fijó como caución de esta suspensión judicial fianza bancaria o de compañía de seguro por el monto de la multa impuesta.[56]

En esa misma decisión se hace una extensa consideración acerca de los poderes cautelares del juez y en especial del juez contencioso administrativo señalando que si éste "...puede disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa, debe incluirse dentro de ello el poder cautelar general; una de cuyas manifestaciones es la posibilidad de suspender los efectos del acto administrativo en vía jurisdiccional."

Pero esta interpretación de la suspensión automática que subordina sus efectos al análisis que hace el juez al pronunciarse sobre las medidas cautelares que le hayan sido solicitadas, plantearía que la revisión de dicha suspensión estaría supeditada a que la parte favorecida solicitase nuevas medidas o los mismos efectos suspensivos en vía judicial. De allí que la CPCA estableciese que la medida en sí misma puede ser cuestionada, en el proceso contencioso administrativo, cuando la misma produzca efectos negativos para una de las partes del procedimiento administrativo, diferente de la favorecida por la suspensión automática, mediante la solicitud de una cautelar o por vía de la desaplicación de la norma que la prevé, esto es, del artículo 54 de la Ley, al caso concreto. En el caso específico[57] se estimó que si bien la finalidad de la suspensión *ope legis* del artículo 54 de la Ley es la protección de los

56 La caución exigida por la Superintendencia –según los recurrentes- quintuplicaba el monto de las sanciones impuestas.

57 Decisión de fecha 5 de mayo de 1997, en la solicitud cautelar de Pepsicola en el caso Pepsicola, Cocacola y las Embotelladoras.

derechos e intereses de la parte afectada por la sanción administrativa, no puede admitirse que ello se produzca sin más cuando tal acto afecta derechos e intereses de partes contrapuestas, pues el beneficio de una significaría el perjuicio de la otra, sin ningún tipo de análisis o consideración de las circunstancias que permitiesen ponderar la procedencia o en todo caso el alcance de los efectos cautelares.

Por tal razón, se pasó al análisis específico del caso, y con vista a ello se consideró que en ese supuesto la suspensión de los efectos obtenida por aplicación de la ley, mediante la interposición del recurso y la consignación de la caución por una de las partes del procedimiento, privaría a la otra de aquellos que la favorecerían, procediéndose a la desaplicación de la norma en base a la violación, en el caso concreto, del derecho constitucional de defensa y –puede derivarse del fallo- del derecho a la tutela judicial efectiva del solicitante, pues se trata de una cautelar fuera de todo procedimiento.

Pero no sólo el artículo54 ha dado lugar a numerosos cuestionamientos y a novedosas decisiones que han procurado en todo caso resolver las situaciones de desigualdad, inseguridad y lesión que en general su indiscriminada aplicación puede producir, habida cuenta de la forma en que se concibió esta suspensión, que no como excepción al principio de no suspendibilidad (lo cual probablemente no era posible dada la variedad en cuanto a naturaleza y contenido de decisiones que pueden producirse en la materia), sino como una verdaderamente atípica -cuando menos- cautelar, que en los términos concebida tampoco puede decirse que se corresponda con la distinta naturaleza y contenido de las decisiones administrativas que pueden producirse en esta materia. También se han presentado problemas prácticos como por ejemplo la circunstancia de que el particular presentó la caución en cheque y la Superintendencia se negó a recibirlo por el hecho de que no tenían ningún mecanismo de custodia o de manejo de este tipo de situación, y la CPCA, por su parte tampoco lo hacía, pues no se trataba de una medida fijada por ésta, resolviéndose finalmente, en la práctica, mediante la consignación, a manera de documental, del título en cuestión.

Finalmente, en esta materia cautelar, la CPCA, aplicando los principios generales del amparo constitucional, señaló que la suspensión automática prevista en el artículo 54 de la Ley no produce la

inadmisibilidad del amparo que se haya ejercido en forma autónoma contra el acto administrativo.[58] Los efectos de la suspensión son cautelares y los que pueden obtenerse por vía de amparo autónomo definitivos, en todo caso la suspensión automática se encuentra supeditada al ejercicio del recurso, lo cual sí tendría una incidencia negativa en la admisibilidad del amparo autónomo, tal como lo ha decidido la jurisprudencia. En esta decisión que se comenta se ratifica la naturaleza cautelar de la suspensión contemplada en el artículo 54 de la Ley, poniéndose de relevancia su subordinación al ejercicio del recurso, de manera que su consagración en la Ley no puede estimarse como la existencia de otra vía judicial ordinaria sumaria y efectiva para obtener los mismos efectos que se persiguen mediante la acción de amparo intentada en forma autónoma.

También la CPCA expresamente se ha pronunciado sobre la posibilidad de otorgar medidas cautelares innominadas en esta materia, aplicando las disposiciones del Código de Procedimiento Civil,[59] conforme a las cuales se exigen tres condiciones: fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra; riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo (*periculum in mora*); medio de prueba que constituya presunción grave de las anteriores circunstancias.[60]

En el caso que se comenta se acordó como medida cautelar la orden a la Superintendencia de abstenerse de imponer sanciones con motivo de la ejecución de la operación de compraventa de acciones, que había sido considerada contraria a la ley por dar lugar a una concentración económica prohibida, según opinión previa emitida, con base en el artículo 11 de la Ley.

5. *Reducción de plazos por declaratoria de urgencia.*

La LOCSJ prevé en su artículo 135 la posibilidad de que el Tribunal, de oficio o a solicitud de parte, reduzca los plazos en casos, conforme al desarrollo jurisprudencial, en los que se vea comprometida una

58 Sentencia del caso Merck, Sharp & Dohme de Venezuela, C.A. antes citada.

59 Sentencia cautelar de fecha 8 de febrero de 1994, caso C.I.F., S.A. Consorcio Inversionista Fabril.

circunstancia que afecte el interés público. En esta materia, la CPCA acordó la reducción de los plazos sobre la base de la consideración de que en virtud de una medida cautelar otorgada por ese Tribunal se había ordenado a la Superintendencia abstenerse de aplicar sanciones, y que en el supuesto de que la sentencia definitiva fuere favorable a la Administración se le "...ocasionaría un daño a ésta al cercenársele sus potestades sancionatorias, de no decidirse con prontitud la presente causa..."[61]

III. CONCLUSIÓN.

Desde la Constitución de 1961 transcurrieron más de treinta años hasta que en 1992 fue publicada la LPPELC, por lo que tanto la práctica administrativa como la jurisprudencia en esta materia apenas han comenzado a producir los criterios que la labor interpretativa permite precisar y en algunos casos profundizar. Es de esperar que estas tendencias jurisprudenciales maduren a través del tiempo los criterios que procuren una aplicación más justa y eficiente de la Ley, pero en todo caso es de esperar que las decisiones judiciales sirvan no sólo a la solución de los expedientes concretos sino para nutrir la actividad de la administración que en esta área es especialmente técnica.

Resulta en este sentido importante resaltar que las primeras decisiones judiciales destacan la sujeción de esta actividad administrativa a los principios generales y reglas del actuar administrativo y del procedimiento administrativo, así como a resaltar su sometimiento al control judicial bajo los parámetros del contencioso administrativo y de los criterios que los avances jurisprudenciales han logrado en esta materia. De allí que el presente trabajo se haya diseñado clasificando la jurisprudencia en cuanto al tratamiento de los aspectos sustanciales y procesales, y los primeros, a su vez, en lo relativo a los aspectos esenciales y formales de la actividad administrativa.

La aplicabilidad de los principios del procedimiento administrativo y de la actividad administrativa a la actuación de la Superintendencia en la ejecución de la Ley es uno de los aspectos más relevantes del análisis jurisprudencial efectuado. La especialidad de la materia y la

---

61 Al respecto la decisión cautelar del caso C.I.F., S.A. Consorcio Inversionista Fabril prece-

dificultad que la regulación económica pueda plantear en cuanto a la actuación del órgano administrativo para el establecimiento de conductas prohibidas, no impide la necesaria aplicación de los principios reguladores de la actividad administrativa, fundamentalmente, de aquellos que atañen a la actividad sancionadora del Estado. Lo mismo puede predicarse respecto de los elementos formales del procedimiento que han sido establecidos para salvaguardar los derechos de los particulares y la seguridad jurídica. Nada justifica un actuar que dé cabida o la posibilidad a la cabida de conductas arbitrarias, o lo que es lo mismo a permitir a la administración la aplicación de sanciones a su arbitrio. Todo acto ejecutado fuera de los casos y sin las fórmulas de ley es *arbitrario* y la presunción de inocencia -como elemento de la libertad humana- no admite el desplazamiento al administrado de la prueba de la licitud de su conducta, sino que impone a la Administración la prueba de los presupuestos que dan lugar a la sanción.

Doctrina Administrativa

Decisiones de la Comisión Antidumping y sobre Subsidios (y de su Secretaria Técnica): mayo de 1996 - diciembre de 1996[1]

Selección, recopilación y notas
por Noemi FISCHBACH[2]

SUMARIO

I. ASPECTOS ADJETIVOS
A. Marco legal general
1.Competencia de la CASS
2.Potestad de autotutela
B. Declaratoria de confidencialidad
1. Volumen de producción y ventas
2. Costos
C. Reapertura de investigaciones
D. Derechos definitivos

II. ASPECTOS SUSTANTIVOS
A. Perjuicio
1. Perjuicio
2. Producción nacional
B. Dumping
Valor normal
C. Causalidad
D. Cambio de circunstancias

---

1 Comprende decisiones dictadas por la Comisión Antidumping y sobre Subsidios (CASS) y su Secretaría Técnica (ST). Los extractos presentados son copia textual de los actos administrativos emanados de la autoridad competente, consultados en original, mientras que las notas y comentarios son responsabilidad única de la autora.

2 La autora es Abogado (UCV, 1993), actualmente es miembro de la firma RODRÍGUEZ & MENDOZA.

I. ASPECTOS ADJETIVOS

A. Marco legal general

1. Competencia de la CASS

CASS 19/12/96
Caso: Quesos de la Comunidad Europea

La CASS en ejercicio de la competencia residual que le otorga el ordinal 6º del artículo 33 de la Ley Sobre Prácticas Desleales del Comercio Internacional, se pronunció en torno a la decisión definitiva de la reapertura de la investigación sobre subsidios en las importaciones de quesos originarios de la Unión Europea.

La competencia de esta Comisión para decidir en torno a la culminación de la reapertura de la investigación sobre subsidios en las importaciones de queso pasta azul, pasta semidura y pasta dura tipo Gruyere, esta consagrada en el artículo 33, ordinales 1 y 6 de la Ley Antidumping, interpretado conjuntamente con el artículo 55 *ejusdem*. En estos artículos se establecen los supuestos básicos para poder dictar un acto administrativo, en cuyo contenido se establezcan las conclusiones de la reapertura de un procedimiento.

Tal como se indicó en el capítulo precedente, dentro del contenido normativo del artículo 55 de la Ley Antidumping, no se desarrollan los lineamientos para adoptar una decisión definitiva una vez reabierto un procedimiento, en consecuencia, resulta necesario, interpretar la disposición anteriormente citada, a la luz de lo regulado en el artículo 21.2 del Acuerdo Sobre Subvenciones, el cual establece la posibilidad de examinar, cuando ello esté justificado, los derechos definitivos impuestos, y de ser necesario, modificar, suprimir o mantener dichos derechos.

2. Potestad de autotutela

CASS 19/12/96
Caso: Quesos de la Comunidad Europea

Al decidir en relación a la reapertura de la investigación, la CASS en ejercicio de la potestad de autotutela de la Administración, revocó parcialmente un acto administrativo anterior.

DECIDE:

En primer término, mantener los montos de los derechos vigentes, establecidos por la decisión N° 005/95 de fecha 4 de mayo de 1994, para los quesos pasta azul y pasta dura tipo Gruyere. En consecuencia, para los quesos PASTA AZUL se mantiene el derecho compensatorio específico definitivo en CERO COMA NOVENTA Y CINCO CENTAVOS DE DOLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA POR KILOGRAMO (0,95$/Kg), originarios de Alemania, Francia, Italia y Países Bajos (Holanda), e identificado bajo el código arancelario NANDINA 0406.40.00.

Para los quesos PASTA DURA TIPO GRUYERE, esto es, quesos GRUYERE y quesos EMMENTAL, se mantiene el derecho compensatorio específico definido en CERO COMA CINCUENTA CENTAVOS DE DOLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA POR KILOGRAMO (0,50$/Kg), originarios de Alemania, Dinamarca, España, Francia, Italia y Países Bajos (Holanda) e identificados bajo el código arancelario NANDINA 0406.90.00.

En segundo término, ajustar el derecho compensatorio definitivo específico vigente establecido por la decisión N° 005/94 de fecha 4 de mayo de 1994, a los quesos PASTA SEMIDURA, esto es, los quesos: AMARILLO, GOUDA, EDAM, FYNBO, DANBO, ITALICO, MUNSTER Y FONTINA a un derecho compensatorio definitivo específico de CERO COMA NOVENTA Y CUATRO CENTAVOS DE DOLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA POR KILOGRAMO (0,94$/Kg), dichos quesos originarios de Alemania, Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos (Holanda), Portugal y Reino Unido, e identificados bajo el código arancelario NANDINA 0406.90.00

En consecuencia debe entenderse revocada parcialmente la decisión N° 005/94, de fecha 04 de mayo de 1994, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela Número 4.725 Extraordinario, de fecha 23 de mayo de 1994. Específicamente en la parte donde se establece el monto de los derechos compensatorios definitivos específicos a los quesos pasta semidura.

B. Declaratoria de confidencialidad

1. Volumen de producción y ventas

ST 11/12/96
Caso: Quesos de la Comunidad Europea

La ST se pronunció en cuanto a información sobre los volúmenes de producción y ventas, concediendo su carácter confidencial.

En cuanto al primer argumento desarrollado por el interesado, esto es, que no existe una fuente oficial, que proporcione los datos de los volúmenes de producción y ventas de los productores nacionales de quesos afiliadas a ANIQUESOS, efectivamente, la publicación y divulgación de dichos datos, podría causar ventajas sensibles a los competidores de estas empresas, toda vez que, se difundirían informaciones fundamentales y privadas de las mismas, no accesibles en fuentes públicas y que no están al alcance de todos, afiliados y no afiliados ...

2. Costos

ST 11/12/96
Caso: Quesos de la Comunidad Europea

En relación a la información sobre los costos, la ST se pronunció concediendo su carácter confidencial, por la naturaleza misma de la información.

En relación a la información de los costos, se estima que, dada la naturaleza misma de la información, publicarla y difundirla, podría causar efectos desfavorables y otorgar ventajas sensibles a los distintos competidores de los productores nacionales afiliados a ANIQUESOS, ya que el acceder a las estructuras de costos permitiría a los competidores reducir sus propios costos en aras de restar participación a los productores nacionales de quesos afiliados a ANIQUESOS, además, podrían descubrir las debilidades y fortalezas en los productos vendidos, y en consecuencia, lesionar los intereses comerciales de las referidas empresas.

C. Reapertura de investigaciones

CASS 19/12/96
Caso: Quesos de la Comunidad Europea

En esta oportunidad, la CASS como punto previo, analizó el alcance y los efectos de la reapertura de la investigación.

Antes de pasar a analizar y desarrollar los particulares de la presente decisión, esta Comisión juzga necesario efectuar una serie de consideraciones previas, acerca del alcance y consecuencias de una reapertura de procedimiento, en los términos regulados en la Ley Antidumping.

En efecto, la Ley antidumping, en su artículo 55, faculta a la Comisión para reabrir un procedimiento ya finalizado, una vez cumplidos los requisitos formales regulados en la disposición citada; por medio de la llamada reapertura por cambio de circunstancias. En tal sentido, según se desprende del contenido normativo del referido artículo, para que prospere esta categoría de revisión resulta necesario, que la parte interesada demuestre que ha cambiado alguno de los hechos que sirvieron de base para adoptar la decisión definitiva. Es indispensable además, que los solicitantes dejen transcurrir por lo menos un año, contado a partir de la conclusión de la investigación.

Luego de cumplidos los extremos legales indicados *supra*, si la Comisión juzga procedente la reapertura del procedimiento, debe ordenar la sustanciación de una investigación en los términos regulados en la Ley Antidumping, esto es, se abre una nueva investigación, en la que deberían cumplirse todos los aspectos sustantivos y adjetivos regulados en la Ley, y que le sean aplicables al caso en estudio. En la sustanciación de la investigación, debe apreciarse la situación sobrevenida y su efecto sobre los derechos definitivos impuestos inicialmente, así como el estado actual del perjuicio a la producción nacional de bienes similares.

Resalta el hecho que, dentro del capítulo concerniente al procedimiento a seguir para sustanciar las investigaciones, de la Ley Antidumping, nada se regula sobre las consecuencias finales de una

reapertura de procedimiento. Sin embargo, resulta de simple lógica que, una vez sustanciada y finalizada la investigación, la Comisión adopte una decisión definitiva, en la cual, si del análisis y estudio efectuados en la misma, se determina la existencia de hechos novedosos que en alguna forma reforman los términos desarrollados en la decisión definitiva adoptada al finalizar la primera investigación, se cambie esta decisión y, en consecuencia, ésta sea modificada con la nueva resolución ...

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, esta Comisión considera, en primer término que, en la presente decisión, una vez efectuado el estudio correspondiente, como resolución definitiva se podrían modificar, suprimir o mantener los derechos impuestos y, en segundo término, se deben tomar en cuenta las disposiciones del Acuerdo sobre Subvenciones para subsanar las omisiones de la Ley Antidumping, relativas a esta categoría de revisiones.

CASS 19/12/96
Caso: Quesos de la Comunidad Europea

La CASS señaló los elementos que deben ser analizados para adoptar una resolución definitiva destinada a la culminación de una reapertura de investigación.

De toda normativa aplicable, esta Comisión observa que, es necesario verificar el cumplimiento de dos condiciones fundamentales, sobre la base de los elementos que cursen en el expediente administrativo, a saber: i) un cambio en las circunstancias, y ii) la necesidad de mantener o modificar los derechos compensatorios definitivos vigentes.

Asimismo, advierte esta Comisión que en la última reforma del Arancel de Aduanas Venezolano contenida en el Decreto No. 989, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela No. 5.039 Extraordinario, de fecha 9 de febrero de 1996, fueron modificados los códigos arancelarios de los productos investigados, por tanto, es necesario precisar la identificación de los tres tipos de quesos evaluados, a sus respectivos códigos arancelarios.

A tal efecto, resulta indispensable a fin de revisar las condiciones anteriormente señaladas y así, adoptar una decisión definitiva, que esta Comisión analice y desarrolle los aspectos que a continuación se enumeran: 1) Identificación del bien extranjero, 2) Evolución de las restituciones a la exportación de quesos en la Unión Europea, 3) Determinación de la situación del productor nacional de los bienes investigados y, 4) Determinación del monto de los derechos compensatorios.

C. Derechos definitivos

CASS 19/12/96
Caso: Quesos de la Comunidad Europea

La CASS al analizar la necesidad de mantener los derechos compensatorios definitivos impuestos, en ocasión del pronunciamiento definitivo de la reapertura de la investigación, evaluó las condiciones exigidas en la Ley Sobre Prácticas Desleales del Comercio Internacional, para la determinación de perjuicio.

Con el objeto de determinar la necesidad de mantener los derechos compensatorios definitivos específicos vigentes hasta la fecha, esta Comisión debe estudiar para el período considerado, la situación de la producción nacional de bienes similares, esto es, si la producción nacional de bienes similares ha sufrido perjuicio por las importaciones subvencionadas de los tres tipos de quesos analizados. Para tal fin, en primer término, esta Comisión debe proceder a determinar la presencia de una producción nacional de bienes similares, y posteriormente, examinar la situación de la producción nacional.

... En el presente caso, toda vez que los bienes sujetos a la investigación en curso, ingresan bajo códigos arancelarios diferentes, esta Comisión pasa a estudiar los aspectos relevantes para el análisis de la existencia de perjuicio de forma individual ...

De lo que precede, se desprende con meridiana claridad que, la producción nacional de los tres tipos de quesos de fabricación nacional supera el treinta por ciento (30%) exigido en el artículo 47 del Regla-

mento de la Ley Antidumping, para calificar como parte importante de la producción nacional. En consecuencia, esta Comisión concluye en forma preliminar, que de conformidad con la normativa aplicable, la producción nacional de quesos pasta azul, quesos pasta semidura y pasta dura tipo Gruyere, constituyen una parte importante de la producción nacional de bienes similares a los investigados. Así se establece.

Seguidamente, resulta necesario determinar el impacto de las importaciones estudiadas sobre esa parte importante de la producción nacional. Para lo cual, es preciso tomar en cuenta los artículos 12 de la Ley Antidumping, y 50 del Reglamento de la Ley Antidumping, que desarrollan los principios y condiciones necesarios para la determinación de la existencia de perjuicio a la producción nacional de bienes similares.

Así, para estudiar la situación de los productores nacionales de los quesos pasta azul, pasta semidura y pasta dura tipo Gruyere en el mercado nacional, conforme a lo establecido en el artículo 50 de la Ley Antidumping interpretado conjuntamente con el artículo 15 del Acuerdo Sobre Subvenciones, esta Comisión debe proceder a analizar los aspectos que a continuación se enumeran: 1) significación de las importaciones y evolución de las importaciones, 2) comparación de los precios, y 3) desenvolvimiento económico de los productores nacionales. En el presente caso, del mismo modo como se efectuó el análisis referente al porcentaje que represente la producción nacional de los bienes investigados, esta Comisión pasa a analizar los aspectos relevantes indicados para cada uno de estos bienes por separado, a fin de determinar la situación del productor nacional de los bienes objeto de la presente investigación ...

CASS 19/12/96
Caso: Quesos de la Comunidad Europea

La CASS consideró necesario mantener los derechos compensatorios vigentes, al constatar que éstos atenuaron los efectos perjudiciales causados por las importaciones subsidiadas.

... Los derechos compensatorios impuestos en fecha 04 de mayo de 1994, por medio de la decisión N° 005/94, han tenido el efecto esperado, esto es, contrarrestar la distorsión originada por el ingreso a

territorio venezolano de las importaciones subvencionadas originales de varios países de la Unión Europea, evidenciándose además que el perjuicio causado a la producción nacional objeto del presente análisis, se ha reducido al mínimo durante el período analizado. Por tanto, se juzga indispensable mantener vigentes los referidos derechos compensatorios definitivos específicos, toda vez que, de eliminarlos se podría causar un daño irreparable a la producción nacional de bienes similares. Así se establece.

CASS 19/12/96
Caso: Quesos de la Comunidad Europea

En la decisión final relativa a la reapertura de la investigación, la CASS mantuvo los derechos compensatorios vigentes para dos tipos de queso, en tanto que para el otro queso, ajustó el derecho compensatorio vigente al verificar que excedía el monto del subsidio otorgado.

Resulta indispensable tomar en consideración lo establecido en el artículo 16 de la Ley Antidumping. De la lectura de esta disposición se desprende que, los derechos compensatorios definitivos impuestos no pueden exceder en ningún caso de la cuantía de la subvención otorgada. Asimismo, regula que la Comisión puede establecer derechos compensatorios por debajo de la referida cuantía, siempre y cuando, sean suficientes para contrarrestar el perjuicio causado a la producción nacional.

En tal sentido, según se desprende de la información incorporada al expediente administrativo, observa esta Comisión que, tanto para los quesos pasta azul como para los quesos pasta dura tipo Gruyere, los derechos compensatorios definidos vigentes establecidos a ambos tipos de quesos, se ubican por debajo del monto de las restituciones a la exportación otorgadas según el último Reglamento Oficial de las Comunidades Europeas N° 2038/96, de octubre de 1996. En tanto que, para el queso pasta semidura, se advierte que, el monto del derecho compensatorio definitivo específico vigente es superior al monto de la restitución otorgada según el Reglamento Oficial considerado para el presente análisis, anteriormente citado.

En consecuencia, de mantener el derecho compensatorio definitivo establecido para el queso pasta semidura, y plenamente vigente, se infringirá el contenido normativo del artículo mencionado *supra*. En tal sentido, esta Comisión estima necesario efectuar un ajuste al monto del derecho compensatorio definitivo del queso pasta semidura, tomando en cuenta, el monto de la restitución vigente en la actualidad, esto es, la establecida en el Reglamento No. 2038/96, de fecha 24 de octubre de 1996.

Observa esta Comisión que, la restitución vigente para los quesos pasta semidura, tal como se desprende del citado Reglamento es de CERO COMA NOVECIENTOS TREINTA Y SIETE CENTAVOS DE DOLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA POR KILOGRAMO (0,937 $/Kg). Por consiguiente, se estima suficiente efectuar el ajuste por el monto total de la restitución actual. Así se establece.

II. ASPECTOS SUSTANTIVOS

A. Perjuicio

1. Perjucio

CASS 04/12/96
Caso: Candados y Cerraduras de China

Al determinar en forma preliminar la existencia de perjuicio a la producción nacional de bienes similares, la CASS consideró suficiente una tendencia negativa de las variables económicas analizadas.

Para el análisis del perjuicio, se estudió, durante el período considerado, el comportamiento de una serie de variables económicas de la industria nacional de bienes similares, a saber: producción, evolución de las ventas, los inventarios, los precios, la rentabilidad, cuota del mercado, capacidad instalada y utilizada y por último el número de empleados y obreros.

Luego de un detenido análisis de cada una de las variables anteriormente expuestas, y de acuerdo a la información disponible en el expediente administrativo, se evidencia que el desenvolvimiento económico para el período evaluado de la producción nacional de candados sujetas

al presente estudio, ha presentado una tendencia al deterioro. Un análisis similar se efectuó en relación a la producción nacional de cerraduras, el cual refleja de manera general una propensión hacia el deterioro en la mayoría de las variables estudiadas, tales como: producción, ventas, cuota del mercado, capacidad utilizada y número de empleados y obreros, todas las cuales disminuyeron considerablemente.

2. Producción nacional

CASS 04/12/96
Caso: Candados y Cerraduras de China

En la oportunidad de determinar la existencia de producción nacional de bienes similares, por tratarse de dos productos diferentes, la CASS estudió las causales de perjuicio para cada producto objeto de la investigación por separado.

De conformidad con lo previsto en el artículo 14 de la Ley Antidumping, la producción nacional podría estar conformada por el conjunto de todos los productores nacionales del bien similar, o por aquellos productores cuya producción conjunta constituya una parte importante de la producción nacional de bienes similares. Se advierte que, dentro del contenido normativo de la Ley Antidumping no se desarrollan los lineamientos de lo que debe entenderse por parte importante de la producción nacional, en consecuencia, resulta necesario, interpretar la disposición anteriormente citada, a la luz de lo regulado en el artículo 47 del Reglamento de la Ley Antidumping, el cual es del tenor siguiente "...se entenderá por parte importante de la producción nacional aquellos productores que representen por lo menos el treinta por ciento de ésta..."

En el presente caso, toda vez que los bienes sujetos a la investigación en curso, ingresan bajo códigos arancelarios diferentes, esta Comisión pasa a estudiar los aspectos relevantes para el análisis de la existencia preliminar de perjuicio de forma individual. De modo que, en lo que se refiere a la producción nacional de candados, según se desprende del expediente administrativo, la empresa que, por intermedio de sus representantes suficientemente identificados *supra*, sustentó y participó durante la investigación es la sociedad mercantil INDUSTRIA CERRAJERA

EL TAMBOR, C.A. (INCETA, C.A.), que conjuntamente con PROTEXO y CANDAVEN, representan la totalidad de la producción nacional de candados. Es de hacer notar que la primera de las empresas mencionadas, produce aproximadamente un ochenta por ciento (80%) del total de la producción nacional de candados.

En cuanto a la producción nacional de cerraduras, se observa que, las empresas que sustentaron y apoyaron la presente investigación, lo constituyen un total de tres empresas, a saber: INDUSTRIA CERRAJERA EL TAMBOR, C.A. (INCETA), FABRICA DE ARTEFACTOS METALICOS, C.A. (FAMCA) y TRANSFOMETAL. Según se deduce de la información incorporada al expediente administrativo, estas empresas conforman el total de la producción nacional de cerraduras, es decir constituyen el cien por ciento (100%) de la fabricación venezolana de cerraduras.

De lo que precede, se desprende con meridiana claridad que, la producción nacional de sendos bienes de fabricación nacional supera el treinta por ciento (30%) exigido en el artículo 47 del Reglamento de la Ley Antidumping, para calificar como parte importante de la producción nacional. En consecuencia, esta Comisión concluye en forma preliminar, que de conformidad con la normativa aplicable, tanto la producción nacional de candados como la de cerraduras, constituyen una parte importante de la producción nacional de bienes similares a los investigados. Así se establece.

B. Dumping
Valor normal

CASS 04/12/96
Caso: Candados y Cerraduras de China

En la oportunidad de pronunciarse en torno a la determinación preliminar del margen de dumping, la CASS al estudiar la economía de la República Popular China, advirtió la importancia tanto de la jurisprudencia como del derecho comparado como fuentes de derecho.

...ha sido reiterada la doctrina de esta Comisión, en conceder a la economía de la República Popular de China el tratamiento de centralmente planificada. Tal afirmación se sustenta en decisión de esta Comisión N° 001/95 de fecha 3 de febrero de 1995, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.864 Extraordinario de fecha 9 de marzo de 1995.

Visto lo anterior, y una vez analizada toda la información presentada en la investigación en curso relativa a la economía existente en la República Popular de China y teniendo en cuenta la importancia que tiene la jurisprudencia y el derecho comparado para el presente caso, advierte esta Comisión que, tal como se desprende de los más recientes informes técnicos y decisiones de los principales organismos internacionales similares a esta Comisión, tales como la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial de México, el Consejo de la Unión Europea, el Departamento de Comercio de los Estados Unidos de América y la Secretaría de Comercio Exterior de Brasil, estos han coincidido en otorgar el tratamiento a la economía de la República Popular de China de Centralmente planificada para el cálculo del valor normal, en sus respectivas investigaciones por dumping.

De igual forma, organismos como el Fondo Monetario Internacional, han efectuado una serie de análisis en los que se desarrollan todos los avances en materia económica en la República Popular de China ...

CASS 04/12/96
Caso: Candados y Cerraduras de China

Al estudiar la economía de la República Popular China, la CASS estimó insuficientes las pruebas presentadas para desvirtuar que no se trata de una economía centralmente planificada. Por tratarse de un pronunciamiento provisional, deja abierta la posibilidad para admitir nuevos elementos probatorios.

Del análisis efectuado, concluye preliminarmente esta Comisión que, de la información que consta de autos, no existen pruebas suficientes para demostrar que las reformas efectuadas en la economía de la

República Popular de China, conduzcan a otorgar un tratamiento distinto al de economía centralmente planificada, por lo que deben desecharse los precios del mercado interno chino, ya que estos precios no permiten efectuar una comparación apropiada. En consecuencia, esta Comisión, para el estudio y cálculo del valor normal, seguirá otorgando el tratamiento de centralmente planificada a la economía china. En razón de lo cual, de conformidad con la normativa aplicable, se tomarán los precios en un tercer país sustituto. Ahora bien, toda vez que esta es una decisión provisional, lo señalado anteriormente, no obsta para que en el transcurso de la investigación, sean incorporados nuevos elementos de prueba que permitan conceder a la economía de la República Popular de China un tratamiento distinto.

CASS 04/12/96
Caso: Candados y Cerraduras de China

Para el cálculo del valor normal, se indican los elementos tomados en cuenta para la escogencia del país sustituto.

Tal como consta de autos, el tercer país sustituto seleccionado por los solicitantes, a los efectos de calcular el valor normal, es la República de la India. En este sentido, observa esta Comisión que, para escoger este tercer país, es necesario apreciar lo dispuesto en el artículo 11 del Reglamento de la Ley Antidumping, interpretado conjuntamente con el artículo 8 *ejusdem*, en cuyas normativas se desarrollan las condiciones y aspectos relevantes para establecer que las economías en análisis pueden ser comparadas de manera apropiada y ajustadas a derecho.

Según se desprende de la información incorporada al expediente administrativo, la República de la India cuenta con una economía de mercado que posee un grado de desarrollo similar al de la República Popular de China y produce y exporta los bienes sujetos a la presente investigación supuestamente objeto de dumping. Los argumentos que permiten llegar a esta conclusión se pueden resumir de la siguiente forma: ambas naciones pueden ser ubicadas en el rango de países con ingresos bajos, que han tenido un crecimiento positivo en el sector

manufacturero y con tasas medias de crecimiento anual positivas de las exportaciones, de la manufactura y de la inversión interna bruta.

En razón de lo anteriormente expuesto, concluye esta Comisión en forma preliminar, que de acuerdo a la normativa aplicable, la República de la India, puede ser considerada como el país sustituto con economía de mercado en grado de desarrollo similar al de la República Popular de China, a los efectos de realizar los cálculos respectivos del valor normal sobre la base del método de valor de exportación comparado. Así se establece.

C. Causalidad

CASS 04/12/96
Caso: Candados y Cerraduras de China

En la oportunidad de decidir en torno a la imposición de derechos antidumping provisionales, la CASS se refirió a lo que es necesario para la determinación de la relación causal entre las importaciones objeto de dumping y el perjuicio causado a la producción nacional de bienes similares.

La necesidad de comprobar la relación causal entre las importaciones de los bienes objetos de dumping y el perjuicio causado a la producción nacional de bienes similares anteriormente demostrado, se encuentra regulada en los artículos 11 de la Ley Antidumping y 46 del Reglamento de la Ley Antidumping. Es así como, para que procedan los derechos contra una práctica desleal, no resulta suficiente comprobar la existencia del dumping y su respectivo margen, y el perjuicio a la producción nacional de bienes similares, es necesario entonces, que las importaciones objeto del dumping sean las causantes del perjuicio soportado por la producción nacional de bienes similares.

En el presente caso, para determinar la relación de causalidad, resulta necesario efectuar un análisis de las variables económicas pertinentes en relación a la presencia de las importaciones en el mercado venezolano, durante el período que comprende desde el año de 1991 hasta el año de 1995. En tal sentido, esta Comisión observa que, existe

una relación inversa entre la evolución de las importaciones de los bienes objeto de dumping y el comportamiento de las variables económicas de la producción nacional. Es decir, el dumping en las importaciones de candados y cerraduras objeto de la presente investigación, genera un aumento de la participación de mercado de las referidas importaciones a expensas de la industria nacional, influyendo determinantemente en el deterioro de diversas variables entre las que se encuentran: la producción, las ventas, la capacidad instalada y el número de mano de obra empleada.

CASS 19/12/96
Caso: Quesos de la Comunidad Europea

La CASS al verificar la condición del productor nacional de quesos, constató un deterioro en algunas de las variables económicas estudiadas, no obstante, se refirió a la inexistencia de relación causal entre el perjuicio existente en la industria y las importaciones objeto de subsidios.

Para el análisis de la situación de la producción nacional de los quesos objeto de esta investigación, se estudió durante el período considerado, el desenvolvimiento de una serie de variables económicas de esta industria, a saber: producción, ventas, inventarios, precios, costos, rentabilidad y cuota del mercado, con la finalidad de conocer el impacto de las importaciones evaluadas sobre el desenvolvimiento económico de los productores nacionales de bienes similares.

Luego de un detenido análisis de cada una de las variables anteriormente señaladas, y según toda la información disponible en el expediente administrativo, en primer término, se evidenció un deterioro sostenido en las variables de producción, ventas y capacidad utilizada en los tres tipos de quesos investigados. Por otra parte, se observó, un aumento en la participación de mercado de los productos nacionales de los quesos pasta semidura y de los quesos pasta azul, mientras que, la cuota de mercado de los productores nacionales de quesos pasta dura tipo Gruyere, reportó una importante caída. Finalmente, en lo concerniente a la variable sobre márgenes de rentabilidad, se advierte que, la producción nacional de quesos pasta dura tipo Gruyere, experimentó un

aumento en el referido indicador, mientras que, la rentabilidad, para la producción nacional de quesos pasta azul y pasta semidura, presentó una tendencia hacia la baja.

Como se ve, del análisis anterior se infiere un deterioro importante en alguna de las variables evaluadas, sin embargo, de acuerdo las informaciones incluidas en el expediente administrativo, observa esta Comisión que, las causas que dieron lugar a este deterioro, no guardan relación con la evolución de las importaciones subvencionadas sujetas a la presente investigación, es decir que, el desenvolvimiento desfavorable de la producción nacional tiene su origen en razones distintas a las referidas importaciones. En efecto, se determinó que las causas que motivaron el deterioro de las variables mencionadas anteriormente, están relacionadas a la reducción en el consumo nacional, así como, en el aumento de la materia prima fundamental en la elaboración de los quesos, esto es, la leche cruda a puerta de corral. Así se establece.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, efectuado el análisis de cada una de las condiciones desarrolladas por la normativa aplicable para determinar la existencia de perjuicio a la producción nacional y, según todas las informaciones presentadas a tal efecto por las partes involucradas en la presente investigación, concluye esta Comisión que, el perjuicio encontrado en la producción nacional de los quesos pasta azul, pasta semidura y pasta dura tipo Gruyere, no se debe al ingreso de importaciones subvencionadas sino a los factores indicados *supra* ...

E. Cambio de circunstancias

CASS 19/12/96
Caso: Quesos de la Comunidad Europea

La CASS en la oportunidad de verificar la existencia de un cambio en las circunstancias, analizó en primer término, la evolución de las restituciones a la exportación de quesos de la Unión Europea, esto es del subsidio otorgado, y en segundo término, tomó en consideración la derogatoria de un Decreto.

Con el fin de determinar la evolución de las restituciones a la exportación de los quesos pasta azul, pasta semidura y pasta dura tipo

Gruyere, otorgadas por la Unión Europea, resulta necesario tener en cuenta las últimas publicaciones de los Reglamentos, en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, instrumento oficial en cuyo contenido se encuentran desarrolladas y especificadas la cuantía de las restituciones a la exportación al sector de la leche y los productos lácteos. Adicionalmente, como dichas publicaciones son revisadas periódicamente, es indispensable efectuar un análisis comparativo entre las restituciones otorgadas para octubre de 1993, y las otorgadas en octubre de 1996, vigentes para el período considerado.

A tal efecto, es preciso hacer referencia a la decisión No. 005/94 de fecha 04 de mayo de 1994, suficientemente identificada *supra*, por medio de la cual, esta Comisión estableció derechos compensatorios definitivos específicos a los quesos pasta azul, pasta semidura y pasta dura tipo Gruyere, importados desde varios países de la Unión Europea. Es de hacer notar que, para adoptar la mencionada decisión la Comisión tomó en cuenta la publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas del Reglamento No. 2987/93 de fecha 28 de octubre de 1993, en el cual se establecían las restituciones a la exportación de quesos plenamente vigentes para la época y período analizado...

Observa esta Comisión que, en el último Reglamento publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, signado con el N° 2038/96, de fecha 24 de octubre de 1996, igualmente las restituciones a la exportación de quesos objeto del presente análisis, están expresadas en ECUS POR CIEN KILOGRAMOS (Ecus/100Kg) del producto, razón por la cual es imprescindible convertir esta restitución a DOLARES POR KILOGRAMO ($/Kg.) de producto, a los efectos de efectuar una comparación adecuada. Resalta el hecho que para el período considerado, la paridad cambiaria evidencia una revaluación del ECU frente al dólar de un TRECE COMA CERO DOS POR CIENTO (13,02%). Una vez efectuados los cálculos correspondientes, concluye esta Comisión que, para el queso pasta azul las restituciones disminuyeron a UNO COMA DOCE DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA POR KILOGRAMO (1,12$/Kg), para el queso pasta semidura disminuyeron a CERO COMA NOVENTA Y CUATRO CENTAVOS DE DOLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA POR KILOGRAMO (0,94 $/Kg.), en tanto que, las restituciones para el queso pas-

ta dura tipo Gruyere disminuyeron a UNO COMA TREINTA Y CUATRO DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA POR KILOGRAMO (1,34$/Kg).

Adicionalmente, tal como se hizo mención *supra*, el Decreto 2.207, publicado en la Gaceta Oficial de la República Número 34.961, de fecha 23 de abril de 1992, en el cual se establecía un recargo adicional del sesenta por ciento (60%) al impuesto ad-valorem a las importaciones de productos lácteos y sus derivados, para proteger a la producción nacional, fue derogado expresamente por el Decreto N° 989, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela Número 5.039, de fecha 9 de febrero de 1996. Es de hacer notar que, para adoptar la decisión N° 005/95, antes citada, la Comisión tomó en consideración el recargo adicional al efectuar los cálculos para determinar los derechos compensatorios definitivos, restándoles el monto total de dicho recargo incremento adicional.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto y de conformidad con la información disponible en el expediente administrativo, esta Comisión concluye, que las restituciones otorgadas a las exportaciones de los quesos estudiados, han experimentado un descenso considerable. Asimismo que el derogado Decreto 2.207 ha incidido de manera determinante en el cálculo de los derechos compensatorios vigentes. Por consiguiente, se evidencia un cambio en los hechos fundamentales apreciados por esta Comisión para el establecimiento de derechos compensatorios definitivos específicos a los tres tipos de quesos objeto del presente estudio. Así se establece.

Doctrina Administrativa

Decisiones de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia junio 1996-diciembre 1996

Selección, recopilación y notas
por Faustino FLAMARIQUE R.*

SUMARIO

I. Aspectos Adjetivos
A. Apertura de procedimientos
1. Marco general
2. Apertura de oficio
3. Legitimación pasiva
B. Plazos. Prórrogas
C. Suspensión de efectos de decisiones dictadas por la Superintendencia

II. Aspectos Sustantivos
A. Acuerdos entre competidores
1. Marco general
2. Acuerdos de precios
3. Acuerdos para limitar la producción
4. Acuerdos para repartirse mercados
B. Prácticas exclusionarias
C. Decisiones de asociaciones
D. Boicoteo
E. Posición de dominio
Abuso de posición de dominio
F. Prácticas autorizables
G. Concentraciones Económicas
1. Marco General
2. Mercado relevante

---

* El autor es Abogado, profesor del Post Grado de Derecho Económico de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Miembro del Escritorio d'Empaire Reyna Bermúdez & Asociados.

a. Mercado del producto
b. Mercado geográfico
3. Obligaciones de no competir
H. Competencia desleal
I. Obligaciones y sanciones

I. Aspectos Adjetivos

A. Apertura de procedimientos

1. Marco general

Res. SPPLC/33-96 28/11/96
Caso: Fefarven

Los actos a través de los cuales el Superintendente abre el procedimiento sancionador son actos de trámite no recurribles.

Por otro lado, ha sido criterio de esta Superintendencia, que el acto administrativo que ordena la apertura de un procedimiento administrativo de oficio, es de los denominados actos de trámite, actos instrumentales previos, que preparan la resolución final, por lo que no encierran declaraciones de voluntad constitutivas en el sentido estricto de la palabra, sino de conocimiento o de juicio, que por ser preparatorias del acto definitivo, depende de éste, y por lo tanto, no impugnables, ya que no deciden sobre el fondo del asunto. De esta manera, sólo son recurribles por vía de excepción los actos de trámite cuando, aunque bajo la apariencia de actos procedimentales, son resolutorios del fondo del asunto, al poner fin al procedimiento o suspender o hacer imposible su continuación.

En efecto, el artículo 85 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece:

> "Los interesados podrán interponer los recursos a que se refiere este Cápitulo contra todo acto administrativo que ponga fin a un procedimiento, imposibilite su actuación, cause indefensión o lo prejuzgue como definitivo, cuando dicho acto lesione sus derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos."

Los actos de trámite deben cumplir con todos los requisitos de forma establecidos en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. No obstante lo anterior, el artículo 9° *eiusdem* establece:

> "Los actos administrativos de carácter particular deberán ser motivados, excepto los de simple trámite, o salvo dis-

posición expresa de la Ley. A tal efecto, deberán hacer referencia a los hechos y a los fundamentos legales del acto."

De lo anterior se desprende que los actos de trámite no tienen que ser motivados, por lo que el acto de apertura de un procedimiento administrativo de oficio por presuntas prácticas prohibidas por la Ley, al ser un acto procedimental de una Ley especial debe cumplir únicamente con lo establecido en el artículo 32 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, es decir, el acto se origina por una serie de indicios que hacen presumir que en un sector se están llevando a cabo prácticas restrictivas de la competencia, las cuales serán adecuadamente comprobadas a lo largo del procedimiento que al efecto se ordena abrir.

De esta manera, el acto de apertura de un procedimiento administrativo por presuntas prácticas prohibidas es un acto procedimental que no puede ser impugnado por vía directa, sino que forma parte integrante junto con todos los actos de sustanciación, de los elementos formales del acto administrativo definitivo, que en este caso es la Resolución en la que se decide si efectivamente existe o no violación a la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, por tanto, alguna irregularidad dentro del procedimiento es, consiguientemente, un vicio en el acto definitivo. En consecuencia, se desechan los alegatos de falso supuesto, **Y ASÍ SE DECIDE.**

2. Apertura de oficio

Res. SPPLC/33-96 28/11/96
Caso: Fefarven

Los procedimientos sancionadores son abiertos por el Superintendente. Le corresponde a la Sala de Sustanciación notificar a los presuntos infractores la apertura del referido procedimiento así como iniciar el expediente administrativo.

Por Resolución N° SPPLC/20-96 de fecha 26 de agosto de 1996, esta Superintendencia ordenó de oficio y de conformidad con los artí-

culos 29, ordinal 3°, 32 y 36 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, la apertura de un procedimiento sancionatorio a la **Federación Farmacéutica Venezolana (FEFARVEN), y a los Colegios de Farmacéuticos de los Estados Aragua y Sucre**, por la presunta violación de los artículos 6, 9 y 10 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia. En esa misma fecha, la Sala de Sustanciación acordó la apertura del correspondiente expediente signado bajo el N° SPPLC/4-96, así como la notificación de las presuntas infractoras, en la persona de sus Representantes Legales, de la apertura del respectivo procedimiento administrativo.

Res. SPPLC/0016-96 10/7/96
Caso: Fusión Nabisco-Galletas Tejerías

Los procedimientos de evaluación previa de concentraciones económicas iniciadas a solicitud de parte interesada se sustancian a través del procedimiento ordinario previsto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

El pasado diez (10) de enero de 1996, los representantes de las sociedades mercantiles Nabisco Venezuela, C.A. (antes denominada Nabisco Holding, C.A.), domiciliada en Caracas, originalmente inscrita en el Registro Mercantil Primero de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda el 3 de diciembre de 1991, bajo el N° 57, Tomo 101-A-Pro., por cambio de nombre inscrita el 18 de agosto de 1993, bajo el N° 73, Tomo 68-A Pro., (en lo sucesivo denominada NABISCO), y Brigsdale, A.V.V., domiciliada en Aruba, Antillas de los Países Bajos, inscrita en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio e Industria de Aruba el 5 de octubre de 1995, bajo el N° 19298 (en lo adelante denominada LA VENDEDORA), propietaria del fondo de comercio que opera bajo el nombre de Galletera Tejerías, domiciliada en la Avenida Andrés Bello, Nos. 38 y 39, Urbanización Industrial Tejerías, Tejerías Estado Aragua (en lo sucesivo denominada GALLETERA TEJERIAS), presentaron ante esta Superintendencia sendos escritos en las cuales solicitan la autorización de una operación de concentración económica entre las empresas anteriormente descritas.

Por Resolución N° SPPLC/1-96 de fecha 16 de enero de 1996, esta Superintendencia de conformidad con lo establecido en el artículo 42 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia y el artículo 51 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, ordenó la apertura del correspondiente procedimiento signado con el expediente N° SPPLC/0001-96, para la evaluación de la operación de concentración económica entre las empresas arriba descritas.

Res: SPPLC/9-96 06/08/96
Caso: Ceras

...actuando como Director de S.C. JOHNSON & SON DE VENEZUELA, C.A., sociedad mercantil inscrita originalmente en el Registro Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda en fecha 22 de enero de 1957, bajo el N° 14, tomo 4-A, cuyo domicilio fue cambiado a Maracay, Estado Aragua, según inscripción hecha en el Registro de Comercio llevado por el Juzgado de Primera Instancia del Estado Aragua en fecha 3 de mayo de 1963, bajo el N° 19, Tomo 4; con la finalidad de someter a consideración la posible concentración económica, consistente en la compra del negocio de producción, venta y comercialización de ceras para pisos bajo la marca Cruz Verde, propiedad de THE PROCTER & GAMBLE COMPANY y PROCTER & GAMBLE de Venezuela, C.A. sociedad constituida y existente conforme a las leyes del Estado de Ohio, Estados Unidos de América y sus subsidiaria ubicada en la República de Venezuela.

El 11 de abril del año en curso mediante Resolución N° SPPLC/ 9-96, esta Superintendencia ordenó la apertura del procedimiento administrativo ordinario previsto en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, de conformidad con el artículo 42 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

3. Legitimación pasiva

Res. SPPLC/33-96 28/11/96
Caso: Fefarven

Los Colegios Farmacéuticos son sujetos pasivos de aplicación de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia

Es necesario mencionar, que las asociaciones, tales como federaciones, uniones, cooperativas, colegios profesionales y otras cualesquiera formas por medio de las cuales los agentes económicos se agrupen, están incluidas dentro del ámbito de aplicación subjetivo de la Ley, por mandato expreso del artículo 4°, el cual incluye entre los sujetos de aplicación a quienes agrupen agentes económicos, tal como se confirma en la sentencia dictada por la Corte Primera en la Contencioso Administrativo de fecha 20 de mayo de 1994 donde se expresa:

> "...La Ley (Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia) en cuestión contempla como sujetos pasivos de aplicación no sólo a quienes realicen actividades económicas por sí mismos, sino también a quienes agrupen a quienes las realizan, porque estos últimos también pueden llevar a cabo conductas restrictivas de la libertad económica, y ello -y aquí está lo importante del asunto- en base a la relación que existe entre el ente que agrupa y la persona agrupada, que es el que realiza la actividad económica". (Entre paréntesis de la Superintendencia)

...A este respecto, en la Resolución N° SPPLC/0004-92 de fecha 02 de diciembre de 1992, caso FEFARVEN, emanada de esta Superintendencia se señala que:

> "...los profesionales que ejercen las llamadas 'profesiones liberales' realizan dentro del mercado una actividad que tiene una naturaleza, significación y trascendencia económica. Así resulta evidente que cualquier profesional presta un servicio con ánimo de obtener a cambio un beneficio económico".

Para reforzar lo anteriormente explicado, en la exposición de motivos del Proyecto de la Ley para Garantizar la Libre Competencia, finalmente sancionada con el nombre de Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, se afirma que:

> "...es importante señalar que la competencia no es un fenómeno que se produce únicamente en el ámbito mercantil; también se puede dar en actividades civiles (p.e. entre sociedades profesionales, productores agrícolas, etc.), por lo que es necesario promover y proteger la libre y sana competencia en todo el ámbito de las actividades lucrativas con lo cual se daría además cumplimiento a la previsión contenida en el artículo 96 de la Constitución, el cual se refiere a todas las actividades lucrativas de manera general, sin limitarse a un sólo tipo de ellos, como podrían ser por ejemplo las actividades mercantiles".

Vemos como la noción de actividad económica no está supeditada sólo a las actividades mercantiles, sino que abarca todas las actividades lucrativas, noción que es mucho más amplia que la alegada por los Colegios Farmacéuticos y la Federación Farmacéutica Venezolana, al pretender centrar el alcance de la Ley estudiada, a "las actividades vinculadas a prácticas absolutas del libre comercio". Lo anteriormente expuesto es confirmado en reciente sentencia dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 20 de mayo de 1994 donde se deja sentado que:

> "...los farmacéuticos deben ser considerados personas que realizan actividad económica, al menos en lo que tal noción significa para la Ley (Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia) tantas veces nombrada. Tales farmacéuticos, no cabe duda, prestan servicios a la comunidad, actividad ésta incluida dentro de la noción de actividad económica". (entre paréntesis de la Superintendencia)

...En atención a todas las consideraciones que anteceden, esta Superintendencia reconoce expresamente su competencia para iniciar y decidir cualquier procedimiento de conformidad con la Ley que administra, a cualquier persona jurídica, pública o privada, con o sin fines de lucro que agrupe a cualquier profesional. En consecuencia, se desecha la defensa de incompetencia invocada por la Federación Farmacéutica Venezolana, el Colegio de Farmacéuticos del Estado Aragua y el Cole-

gio Farmacéutico del Estado Sucre, al señalar que supuestamente no eran sujeto de aplicación de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, **Y ASÍ SE DECLARA**

B. Plazos Prórrogas

Res. SPPLC/16-96 10/07/96
Caso: Fusión Nabisco-Galletas Tejerías

La Superintendencia acogió la prórroga prevista en el artículo 60 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos para decidir un procedimiento de evaluación previa de concentración económica iniciado a solicitud de parte interesada.

En fecha 10 de Mayo de 1996, esta Superintendencia emitió un auto señalando el vencimiento del lapso legal establecido en el artículo 60 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos para que esta Instancia Administrativa resuelva el presente procedimiento, asimismo acordó una prórroga de no más de dos (2) meses contados a partir de dicha fecha, para emitir dicha decisión, visto que la complejidad del caso así lo ameritaba.

C. Suspensión de efectos de las decisiones dictadas por la Superintendencia.

Res: SPPLC/17-96 18/7/96
Caso: Tarifas de publicación de anuncios de cine en periódicos

Para suspender los efectos de las decisiones en las que se imponen multas, la Superintendencia fijó una caución o fianza equivalente al 100% de la multa.

A los fines de dar cumplimiento a lo exigido a través del Parágrafo Segundo del artículo 38 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, se establece el monto de la caución o fianza que deberán presentar los interesados para suspender los efectos del acto si recurriesen la decisión conforme a lo previsto en el artículo

54 *eiusdem*, en la suma correspondiente al cien por ciento (100%) del monto de la multa que les fue impuesta a cada una de las empresas.

SPPLC/34-96 9/12/96
Caso: Colas

Para suspender los efectos de las decisiones en las que se imponen órdenes de hacer y multas, la Superintendencia fijó una caución o fianza superior a las multas impuestas.

7. SANCIÓN

Calificada la operación de concentración económica efectuada entre las empresas Coca Cola Refrescos, C.A., EMBOTELLADORA EL LITORAL, S.A., EMBOTELLADORA CARACAS, C.A., HIT DE VENEZUELA, S.A., C.A. EMBOTELLADORA ANTIMANO, EMBOTELLADORA CARABOBO, S.A., EMBOTELLADORA ARAGUA, S.A., EMBOTELLADORA GUAYANA, S.A., EMBOTELLADORA MATURIN, C.A., EMBOTELLADORA ORINOCO, S.A., GASEOSAS ORIENTALES, S.A., EMBOTELLADORA GUARICO, S.A., EMBOTELLADORA CARONI S.A., EMBOTELLADORA LARA C.A., EMBOTELLADORA LA PERLA S.A., EMBOTELLADORA NACIONAL S.A., EMBOTELLADORA CORO S.A., EMBOTELLADORA BARINAS S.A., EMBOTELLADORA TÁCHIRA, S.A. y EMBOTELLADORA VALERA S.A., como restrictiva de la competencia de acuerdo con lo establecido en el artículo 11 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 ejusdem, impone sanciones a las mencionadas empresas, manteniendo la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y los fines perseguidos por la norma, según lo establecen los artículos 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y 50 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

De conformidad con el ordinal 4°, del parágrafo primero del artículo 38, en concordancia con los artículos 49 y 50 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, se impone a cada una de las siguientes empresas las multas que se especifican a continuación en proporción al grado de participación que cada una de las

empresas tiene en el mercado relevante analizado, tomado como volumen de facturación:

1° El monto de la multa que deberá cancelar la empresa **EMBOTELLADORA CARACAS C.A.** asciende a la cantidad de **SESENTA Y SIETE MILLONES DE BOLÍVARES** (Bs. 67.000.000,00);

2° El monto de la multa que deberá cancelar la empresa **HIT DE VENEZUELA, S.A.** asciende a la cantidad de **VEINTICINCO MILLONES DE BOLÍVARES** (Bs. 25.000.000,00);

3° El monto de la multa que deberá cancelar la empresa **C.A. EMBOTELLADORA ANTIMANO** asciende a la cantidad de **VEINTINUEVE MILLONES DE BOLÍVARES** (Bs. 29.000.000,00);

4° El monto de la multa que deberá cancelar la empresa **EMBOTELLADORA CARABOBO S.A.** asciende a la cantidad **de CIENTO VEINTISEIS MILLONES DE BOLÍVARES** (Bs.126.000.000,00);

5° El monto de la multa que deberá cancelar la empresa **EMBOTELLADORA ARAGUA S.A.** asciende a la cantidad de **TREINTA Y OCHO MILLONES DE BOLIVARES** (Bs. 38.000.000,00);

6° El monto de la multa que deberá cancelar la empresa **EMBOTELLADORA GUAYANA S.A.** asciende a la cantidad de **VEINTICINCO MILLONES DE BOLIVARES** (Bs. 25.000.000,00);

7° El monto de la multa que deberá cancelar la empresa **EMBOTELLADORA MATURIN C.A.** asciende a la cantidad de **CUARENTA Y OCHO MILLONES DE BOLIVARES** (Bs. 48.000.000,00);

8° El monto de la multa que deberá cancelar la **empresa EMBOTELLADORA ORINOCO S.A.** asciende a la canti-

dad de **SEIS MILLONES DE BOLIVARES** (Bs. 6.000.000,00);

9° El monto de la multa que deberá cancelar la empresa **GASEOSAS ORIENTALES S.A.** asciende a la cantidad de **OCHENTA Y SIETE MILLONES DE BOLIVARES** (Bs. 87.000.000,00);

10° El monto de la multa que deberá cancelar la empresa **EMBOTELLADORA GUARICO S.A.** asciende a la cantidad de **TREINTA Y TRES MILLONES DE BOLIVARES** (Bs. 33.000.000,00);

11° El monto de la multa que deberá cancelar la empresa **EMBOTELLADORA CARONI S.A.** asciende a la cantidad de **TREINTA Y TRES MILLONES DE BOLIVARES** (Bs. 33.000.000,00);

12° El monto de la multa que deberá cancelar la empresa **EMBOTELLADORA LARA C.A.** asciende a la cantidad de **TREINTA Y OCHO MILLONES DE BOLIVARES** (Bs. 38.000.000,00);

13° El monto de la multa que deberá cancelar la empresa **EMBOTELLADORA LA PERLA S.A.** asciende a la cantidad de **DIECISIETE MILLONES DE BOLIVARES** (Bs. 17.000.000,00);

14° El monto de la multa que deberá cancelar la empresa **EMBOTELLADORA NACIONAL S.A.** asciende a la cantidad de **OCHENTA Y NUEVE MILLONES DE BOLIVARES** (Bs. 89.000.000,00);

15° El monto de la multa que deberá cancelar la empresa **EMBOTELLADORA CORO S.A.** asciende a la cantidad de **VEINTISIETE MILLONES DE BOLIVARES** (Bs. 27.000.000,00);

16° El monto de la multa que deberá cancelar la empresa **EMBOTELLADORA BARINAS S.A.** asciende a la canti-

dad de **DIECINUEVE MILLONES DE BOLIVARES** (Bs. 19.000.000,00);

17° El monto de la multa que deberá cancelar la empresa **EMBOTELLADORA TÁCHIRA S.A.** asciende a la cantidad de **TREINTA MILLONES DE BOLIVARES** (Bs. 30.000.000,00);

18° El monto de la multa que deberá cancelar la empresa **EMBOTELLADORA VALERA S.A.** asciende a la cantidad de **TREINTA Y UN MILLONES DE BOLIVARES** (Bs. 31.000.000,00).

Por iguales consideraciones se impone a la empresa **Coca Cola Refrescos C.A.** una multa por la cantidad de **CIENTO CUARENTA Y SEIS MILLONES DE BOLIVARES** (Bs. 146.000.000,00).

Se notifica a las partes que la presente decisión, según lo dispone el artículo 53 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, agota la vía administrativa, por lo que en su contra sólo podrá interponerse el recurso contencioso administrativo de anulación ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, dentro de un lapso de cuarenta y cinco (45) días continuos contados a partir de la notificación de la presente decisión. Asimismo, a los fines de dar cumplimiento a lo establecido en el Parágrafo Segundo del artículo 38 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, se establece el monto de la caución que deberán presentar los interesados para suspender los efectos del acto contenido en la presente resolución si recurriesen la decisión, conforme a lo previsto en el artículo 54 *eiusdem*, en las sumas que a continuación se enuncian:

1° El monto de la caución correspondiente a **EMBOTELLADORA EL LITORAL S.A.**, se establece en la cantidad de **VEINTE MILLONES DE BOLIVARES** (Bs. 20.000.000,00);

2° El monto de la caución correspondiente a **EMBOTELLADORA CARACAS C.A.**, se establece en la cantidad de **CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES DE BOLIVARES** (Bs. 435.000.000,00);

3° El monto de la caución correspondiente a **HIT DE VENEZUELA S.A.**, se establece en la cantidad de **CIENTO SESENTA Y CINCO MILLONES DE BOLIVARES** (Bs. 165.000.000,00);

4° El monto de la caución correspondiente a **C.A. EMBOTELLADORA ANTIMANO**, se establece en la cantidad de **CIENTO OCHENTA Y OCHO MILLONES DE BOLIVARES** (Bs. 188.000.000,00);

5° El monto de la caución correspondiente a **EMBOTELLADORA CARABOBO S.A.**, se establece en la cantidad de **OCHOCIENTOS VEINTE MILLONES DE BOLIVARES** (Bs. 820.000.000,00);

6° El monto de la caución correspondiente a **EMBOTELLADORA ARAGUA S.A.**, se establece en la cantidad **de DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES DE BOLIVARES** (Bs. 245.000.000,00);

7° El monto de la caución correspondiente a **EMBOTELLADORA GUAYANA S.A.**, se establece en la cantidad de **CIENTO SESENTA Y SEIS MILLONES DE BOLIVARES** (Bs. 166.000.000,00);

8° El monto de la caución correspondiente a **EMBOTELLADORA MATURIN C.A.**, se establece en la cantidad de **TRESCIENTOS DIECISEIS MILLONES DE BOLIVARES** (Bs. 316.000.000,00);

9° El monto de la caución correspondiente a **EMBOTELLADORA ORINOCO S.A.**, se establece en la cantidad de **CUARENTA MILLONES DE BOLIVARES** (Bs. 40.000.000,00);

10° El monto de la caución correspondiente a **GASEOSAS ORIENTALES S.A.**, se establece en la cantidad de **QUINIENTOS SESENTA Y CUATRO MILLONES DE BOLIVARES** (Bs. 564.000.000,00);

11° El monto de la caución correspondiente a **EMBOTELLADORA GUARICO S.A.**, se establece en la canti-

dad de **DOSCIENTOS CATORCE MILLONES DE BOLIVARES** (Bs. 214.000.000,00);

12° El monto de la caución correspondiente a **EMBOTELLADORA CARONI S.A.**, se establece en la cantidad de **DOSCIENTOS DIECINUEVE MILLONES DE BOLIVARES** (Bs. 219.000.000,00);

13° El monto de la caución correspondiente a **EMBOTELLADORA LARA C.A.**, se establece en la cantidad de **DOSCIENTOS CUARENTA Y SEIS MILLONES DE BOLIVARES** (Bs. 246.000.000,00);

14° El monto de la caución correspondiente a **EMBOTELLADORA LA PERLA S.A.**, se establece en la cantidad de **CIENTO DIEZ MILLONES DE BOLIVARES** (Bs. 110.000.000,00);

15° El monto de la caución correspondiente a **EMBOTELLADORA NACIONAL S.A.**, se establece en la cantidad de **QUINIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES DE BOLIVARES** (Bs. 577.000.000,00);

16° El monto de la caución correspondiente a **EMBOTELLADORA CORO S.A.**, se establece en la cantidad de **CIENTO SETENTA Y CINCO MILLONES DE BOLIVARES** (Bs. 175.000.000,00);

17° El monto de la caución correspondiente a **EMBOTELLADORA BARINAS S.A.**, se establece en la cantidad de **CIENTO VEINTITRES MILLONES DE BOLIVARES** (Bs. 123.000.000,00);

18° El monto de la caución correspondiente a **EMBOTELLADORA TÁCHIRA, S.A.**, se establece en la cantidad de **CIENTO NOVENTA Y TRES MILLONES DE BOLIVARES** (Bs. 193.000.000,00);

19° El monto de la caución correspondiente a **EMBOTELLADORA VALERA S.A.**, se establece en la cantidad de **DOSCIENTOS UN MILLONES DE BOLIVARES** (Bs. 201.000.000,00);

20° El monto de la caución correspondiente a **COCA COLA REFRESCOS, C.A.**, se establece en la cantidad de **MIL MILLONES DE BOLIVARES** (Bs. 1.000.000.000,00);

II. Aspectos Sustantivos

A. Acuerdos entre competidores

1. Marco general

Res. SPPLC/17-96 18/7/96
Caso: Tarifas de publicación de anuncios de cines en periódicos

A efectos de la aplicación de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, la Superintendencia acoge una interpretación amplia de los contratos.

Asimismo, la noción de acuerdo que contiene la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, no se limita exclusivamente a los contratos definido en el artículo 1133 del Código Civil, sino que también incluye toda forma por medio de la cual los agentes económicos intercambian su voluntad para ejecutar cualquier conducta.

En tal sentido, dentro del término acuerdo, se incluyen los acuerdos tácitos, verbales, los pactos de caballeros y evidentemente los contratos que se manifiesten de manera formal. En general toda forma de obligarse voluntariamente a ejecutar o a mantener una conducta, pactada con otros agentes económicos.

Res. SPPLC/17-96 18/7/96
Caso: Tarifas de publicación de anuncios de cines en periódicos

Cuáles son los requisitos que deben cumplirse para que se verifique un acuerdo entre competidores.

Para comenzar el presente análisis, es necesario indicar el ámbito general de la prohibición del artículo 10, del cual se desprenden los elementos que conforman el tipo enunciado.

En tal virtud, del mencionado artículo se desprende un elemento personal, un elemento volitivo y en último término un elemento material. El elemento personal tiene que ver con la pluralidad de sujetos que intervienen en la práctica, por cuanto no es posible hablar de acuerdo, convenio o práctica concertada sin referirnos a la acción de dos o más sujetos. El elemento volitivo tiene que ver con el intercambio de consentimientos o voluntades y por último el elemento material que viene dado por las conductas descritas en los cinco ordinales del artículo 10.

Res. SPPLC/16-96 10/7/96
Caso: Fusión Nabisco-Galletas Tejerías

En los mercados donde participan empresas con un elevado número de productos diferenciados se reducen las posibilidades de colusión entre las empresas que participan en él.

Tal como se ha mostrado en secciones anteriores, Nabisco detenta una posición relativa importante en virtud del número de productos que maneja. Este elemento aleja la posibilidad de ocurrencia de prácticas colusorias por dos razones: primero, porque tendría que llegar a acuerdos en un número de productos muy grandes que hacen difícil de mantener un acuerdo colusorio, y segundo, porque la diferenciación de productos existente en los mercados dentro de los cuales participa dificulta la colusión. Más aún, en vista del poder de negociación del que ya disfruta, no tiene incentivos para extender los beneficios de esa posición negociadora a otros participantes en estos dos mercados.

SPPLC/34-96 9/12/96
Caso: Colas

Criterios reiterados de la Superintendencia sobre acuerdos entre competidores

El artículo en cuestión establece como una prohibición particular que supone una restricción a la competencia cualquier concierto entre empresas que limite la autonomía de actuación de las mismas como

oferentes o demandantes de productos o servicios, es por ello que las empresas que participan en un mercado deben tomar sus decisiones de forma independiente. Esta práctica se manifiesta cuando distintos sujetos competidores entre sí, deciden unirse o aliarse para eliminar la incertidumbre sobre las actuaciones de los competidores o consumidores cuestión ésta a la que se verían enfrentados en un mercado en condiciones de competencia normal. Los acuerdos restrictivos eliminan, por tanto, todo esfuerzo por parte de los competidores para mejorar precios, calidad, disponibilidad, y cualquier otra característica ligada al producto o servicio por el cual deberían competir.

La Superintendencia estableció en la Resolución N° SPPLC/0001-94 del 10 de enero de 1994 (caso "AVAVIT") cuales son los supuestos que deben operar para que se verifique un acuerdo de los prohibidos por el artículo 10° de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, a saber: a) La conducta debe ser producto de un intercambio de voluntades que logre una actuación conjunta determinada, b) Su comisión debe ser atribuida a un grupo de competidores; y c) Su objeto debe ser de aquellos que la Ley señala como contrarios a la libre competencia, es decir que se encuentre dentro de los supuestos de los ordinales del artículo 10.

Así pues, este concierto o intercambio de voluntades, presupone la utilización, entre los distintos agentes que efectúan la práctica, de condiciones paralelas para el logro de sus propios objetivos, por lo tanto, siempre habrá una limitación de la libertad de acción de cada uno de estos sujetos sometida al comportamiento de todos los demás agentes participantes en el cartel. Los acuerdos entre competidores hacen que estos no tomen sus decisiones de manera independiente por lo que se produce un efecto tal dentro del mercado que puede hacer que éste se comporte como si existiese un monopolio.

Es importante hacer notar que los acuerdos, tal como quedó plasmado en la Resolución N° SPPLC/0030-94 de fecha 8 de julio de 1994 (Aeropostal-Viasa), exigen un intercambio de voluntades que puede ser inferido por todo tipo de circunstancias, por lo que puede ser tanto escrito como verbal y poco importa para que se constituya o como sea ejecutado materialmente, basta como se ha dicho, el simple intercambio de

voluntades. Igualmente se recalcó en dicha Resolución la intención que tuvo el legislador al momento de utilizar la palabra "acuerdo" dentro del contexto de la norma, que fue darle un sentido amplio en el cual pudiese operar desde un contrato hasta un acuerdo que no sea ni moral ni legalmente vinculante entre las partes.

2. Acuerdos de precios

Res. SPPLC/17-96 18/7/96
Caso: Tarifas de publicación de anuncios de cines en periódicos

Razones que demuestran en el presente caso que el acuerdo entre competidores es restrictivo de la libre competencia.

En todo caso, no es relevante, a los efectos de determinar la existencia de un acuerdo entre competidores para fijar el precio, que del otro lado se haya aceptado la conducta, pues esta situación no implica que la competencia no se vea dañada de igual forma, pues siempre persistirá la limitación, en tanto la actuación es colusiva. Además, como puede inferirse del artículo 1° de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, el bien tutelado es la competencia, cuya consecuencia es un beneficio al mercado.

...Cuando las partes afirman que de no existir el acuerdo, los periódicos desarrollarían prácticas para obtener exclusividad en la publicidad de los exhibidores de películas, están afirmando que los periódicos de una manera independiente, tratarían de colocar precios menores a los del acuerdo. Resta decir que esto es la competencia, el esfuerzo por captar clientes compitiendo en precios o en otras variables de comercialización

...El efecto que la fijación de precios uniforme por parte de los periódicos tiene en el mercado, queda evidenciado en que los exhibidores de películas ven reducidas sus alternativas de contratación de la publicidad, y encuentran un precio que no resulta de la competencia entre los oferentes sino de un acuerdo entre éstos. Ante la uniformidad de precios, los exhibidores no disponen de alternativas en la contratación de

publicidad ya que los principales periódicos del país ofrecen un precio uniforme para el servicio de publicación.

...Se afirma que la uniformidad de precios de publicación, es para que la información llegue a todos los consumidores. Esto es anticompetitivo, pues quienes deben decidir dónde publicar y a quiénes informar son los exhibidores, y en segundo lugar, la uniformidad lo que acarrea es perjuicio a la competencia, pues si esta existiera los exhibidores podrían escoger en qué periódico publicar, y su decisión estaría guiada por el tipo de periódico y el precio ofrecido.

Res. SPPLC/17-96 18/7/96
Caso: Tarifas de publicación de anuncios de cines en periódicos

Los acuerdos entre competidores para fijar precios son prohibidos de forma objetiva por la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia. Estos acuerdos eliminan la independencia de cada agente económico en la toma de sus decisiones comerciales.

Como anteriormente se apuntó, los acuerdos horizontales o entre competidores, para fijar el precio están prohibidos de forma objetiva por el artículo 10, ordinal 1°, de la Ley. Basta verificar la ocurrencia de los elementos de la prohibición -es decir, la existencia de un grupo de competidores que intercambian su voluntad con el objeto de fijar un precio-, para que proceda la determinación del ilícito. Esta situación no deviene de la regla del *per se*, sino que se ha considerado que los acuerdos entre competidores para fijar el precio son implícitamente anticompetitivos, en tanto competencia implica independencia de acción, por lo que una actuación conjunta entre competidores con la finalidad de fijar precios equivale a deponer la voluntad de competir.

Así la sola actuación colusiva, consistente en colocar un precio uniforme a un determinado bien por parte de un grupo de competidores, daña de manera absoluta la competencia, pues esta implica que cada competidor, de forma individual y sin consultar a otro, fije el precio de los bienes que vende. En el momento que su decisión es tomada en con-

junto con sus competidores, está eliminando la competencia, pues ya su precio no es fijado por las fuerzas libres del mercado, sino por la voluntad de un grupo de agentes. Así, competir implica actuación independiente, y por ello, cuando se fija en conjunto con los competidores, se elimina la independencia y se sustituye el riesgo de competir por la certidumbre del acuerdo.

3. Acuerdos para limitar la producción

SPPLC/34-96 9/12/96
Caso: Colas

Qué entiende la Superintendencia por un acuerdo entre competidores para limitar la producción.

Respecto del ordinal 2° del artículo 10, debe señalarse que para que se entienda que se ha producido una violación a su dispositivo, deberán comprobarse los elementos de tipicidad que definen el acuerdo o práctica concertada; es decir, el concierto entre competidores que tenga por objeto limitar la producción, la distribución o el desarrollo técnico o tecnológico de las inversiones. Estos acuerdos constituyen un tipo bien conocido de restricción a la competencia, y normalmente, se ejecutan cuando los competidores se ponen de acuerdo para provocar un alza o contener la caída de los precios.

En efecto, dado el comportamiento normal de la demanda, una limitación de la producción puede tener el efecto de aumentar los precios, aun cuando tal aumento no pueda ser calculado directamente. De forma que si los competidores fijan controles concertados para restringir la cantidad de bienes a ofrecer o de servicios a prestar, los demandantes se verán obligados a pagar un precio mayor. Este control sobre la oferta permite a los participantes en el acuerdo manipular la demanda y lograr el precio que pretenden.

Al limitarse la libertad de los competidores para elegir las cantidades a producir, se sientan las bases para una elevación arbitraria de los precios. La Ley, sin embargo no requiere que estos efectos se materialicen para que se configure la conducta y la misma sea sancionable.

4. Acuerdos para repartirse mercados

SPPLC/34-96 9/12/96
Caso: Colas

Qué entiende la Superintendencia por un acuerdo para repartirse los mercados.

Por su parte, el ordinal 4 del artículo 10 de la Ley eiusdem, trata aquellos supuestos en los cuales distintos agentes competidores entre sí concertan entre ellos la aplicación de un trato distinto en sus relaciones comerciales con otros agentes que se encuentren en una posición distinta a ellos dentro de la cadena de comercialización, aún cuando las prestaciones sean idénticas, dejándolos en una situación de desventaja frente a otros sujetos que compiten efectivamente. Tal situación trae consigo, a los agentes económicos a los cuales se les aplican dichas condiciones desiguales, una situación de desventaja en el momento de competir en el mercado en el cual desarrollan su actividad.

B. Prácticas exclusionarias

Res. SPPLC/33-96 28/11/96
Caso: Fefarven

La Ley del Ejercicio de la Farmacia no concede a los farmacéutas ni a los Colegios de Farmacéuticos ningún derecho que les permita imponer prácticas exclusionarias, que impida a las farmacias colegiadas abrir fuera del turno obligatorio.

El artículo 6 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, reza de la siguiente manera:

> "Se prohiben las actuaciones o conductas de quienes, no siendo titulares de un derecho protegido por la Ley, pretendan impedir u obstaculizar la entrada o la permanencia de empresas, productos o servicios en todo o parte del mercado."

Este artículo contempla lo que se conoce como práctica exclusionaria, es decir, aquellas conductas o actuaciones que asume uno o varios agentes con la finalidad de impedir total o parcialmente la permanencia o el acceso de agentes económicos al mercado.

Esta disposición contiene dos elementos claramente diferenciables, los cuales son necesarios para que se configure la práctica. Por una parte, la actuación o conducta de quien no es titular de un derecho protegido por la Ley, y por otra parte, la pretensión de impedir u obstaculizar la entrada o permanencia de empresas, productos o servicios.

5.1. Las actuaciones o conductas de quienes no son titulares de un derecho protegido por la Ley.

En relación con este elemento es conveniente resaltar que para poder impedir u obstaculizar la entrada o la permanencia de empresas, productos o servicios en un determinado mercado, es necesario poseer un derecho legítimo otorgado por la Ley; que le permita realizar ese tipo de actuaciones o conductas, sin que pueda ser considerado como una práctica anticompetitiva, ya que la Ley administrada por esta Superintendencia, *excluye* su poder de acción sobre aquellos agentes económicos que actúan bajo el legítimo derecho otorgado por una Ley.

Es menester para esta Superintendencia aclarar que cuando el artículo 6 eiusdem, se refiere a "LEY", debe entenderse ésta, en el sentido más formal de la palabra, de modo que cualquier norma de carácter sublegal, como reglamentos o actos administrativos, no se encuentran dentro de la noción de Ley que permite excepcionar a las actuaciones o conductas descritas en el artículo en cuestión.

En conclusión, de la primera parte de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia se puede señalar, que las actuaciones que se prohiben son aquellas que no gozan de ningún derecho que las proteja la Ley.

...A este respecto la Superintendencia señala:

De los indicios recabados por esta Superintendencia, se establecieron presunciones de que posiblemente los Colegios de Farmacéuticos del

Estado Aragua y Sucre, así como la Federación violentaban el artículo 6 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, por cuanto la imposición a las farmacias de no vender los días y horas correspondientes al día de turno de otra farmacia, se constituye en un obstáculo no amparado por la Ley, que impide la prestación del servicio de suministro de medicamentos en las horas y días señalados, es decir, los días sábados, domingos, días feriados y horarios nocturnos.

Según lo alegado por las partes, los mismos gozan de un derecho protegido por la Ley de conformidad, por un lado, con el artículo 11 de la Ley de Ejercicio de Farmacia, el cual reza de la siguiente manera:

> "La Dirección de Sanidad Nacional queda facultada para establecer y reglamentar el Turno farmacéutico cuando lo soliciten las dos terceras partes, por lo menos, de las farmacias establecidas en la localidad."

Sin embargo, una correcta interpretación de este artículo nos lleva a confirmar que el Ministerio de Sanidad y Asistencia Social sólo podrá establecer y reglamentar el turno farmacéutico cuando por lo menos las dos terceras partes de las farmacias de una localidad lo soliciten. Dicha reglamentación sólo podrá ser para estructuración de grupos, días de turno y los períodos que tendrá cada farmacia para laborar el turno. Por tanto cuando tal número de farmacias no lo solicite, podrán ellas mismas estructurar los grupos, es decir determinar el número de farmacias en cada grupo, días de turno y períodos. Del artículo 11 de la Ley de Ejercicio de la Farmacia, no puede inferirse una obligación de no abrir las farmacias cuando no se encuentren de turno, mucho menos se puede derivar de dicho artículo la facultad de los Colegios Profesionales Farmacéuticos, así como de Fefarven de impedir u obstaculizar la apertura de las farmacias que no estén de turno durante el horario nocturno, días feriados, sábados y domingos.

Por otra parte, el artículo 11 de la Ley de Ejercicio de la Farmacia debe analizarse de manera conjunta con el artículo 88 del Reglamento de dicha Ley, el cual establece una obligación positiva de cumplir el turno, es decir prestar el servicio de venta de medicamentos cuando le toque a la farmacia abrir por imposición del turno farmacéutico; cuando establece que:

> "Artículo 88. Las Farmacias estan obligadas a cumplir con el Cuadro del Turno Farmacéutico establecido por el Ministerio de Sanidad y Asistencia Social. Independientemente del Turno Farmacéutico las Farmacias podrían despachar en horario nocturno y los días sábados y domingos y demás días feriados; si así lo decidieren."

Del anterior artículo se desprende de forma evidente la imposición de la obligación positiva que tiene la farmacia de cumplir con el turno farmacéutico, cuando le toque realizar dicho turno; y a la vez se le da la potestad a cada farmacia que no se encuentre de turno a despachar si así ella lo decidiere.

...De todo lo anteriormente señalado se puede constatar que las presuntas infractoras no son titulares de un derecho protegido por la Ley como lo establecieron en reiteradas oportunidades a lo largo del procedimiento administrativo, es decir, el hecho de actuar de conformidad con los artículos 11 de la Ley de Ejercicio de Farmacia, así como la ley de Colegiación Farmacéutica en sus artículos 20 y 24 ordinal E, no obsta para que se exceptúen de lo establecido en el artículo 6, ya que dichas legislaciones no establecen la facultad de prohibir a las farmacias que permanezcan cerradas los días sábados, domingos, días feriados y horarios nocturnos, cuando no se encuentren de turno. **Y ASÍ SE DECLARA.**

...Esta postura asumida por los Colegios Farmacéuticos de los Estados Sucre y Aragua, y la Federación Farmacéutica Venezolana, representa una imposición a las farmacias de no vender los días y horas correspondientes al día de turno de otra farmacia, constituyéndose en un obstáculo que impide la prestación del servicio en las horas y días señalados. Esto significa que se estarían llevando a cabo prácticas excluyentes. Se trata de prácticas anticompetitivas, mediante las cuales un grupo de agentes económicos se ponen de acuerdo o toman una serie de acciones en forma conjunta, con la finalidad de prevenir la entrada de un nuevo competidor al mercado o parte del mismo, así como provocar la salida de alguno. El acuerdo sería para evitar que otros puedan llevarles a una situación de mayor competencia, por lo que se busca excluir al competidor.

En este caso en particular, la actitud asumida por los competidores de hacer cumplir el turno farmacéutico, como una obligación negativa para las farmacias que no estén de turno, es decir, procurando que las demás farmacias no presten servicio, limita la entrada de los establecimientos farmacéuticos al mercado de horario nocturno, fines de semana y días feriados. El problema está en la prohibición que tienen las farmacias de entrar a unos de los mercados; en efecto en el mercado de habitual funcionamiento no existe mayor complicación, dado que todas las farmacias pueden competir. En cambio en el otro mercado que comprende el horario nocturno, fines de semana y días feriados es donde se presentan impedimentos para el libre funcionamiento de las farmacias. Es decir, se está obstaculizando la entrada de las farmacias a un segundo mercado que comprende los sábados, domingos, días feriados y horario nocturno. Las farmacias presentan inconvenientes para abrir en ese horario debido a que otros competidores se ponen de acuerdo en respetarse los turnos.

Del análisis de las pruebas anteriormente citadas, Esta Superintendencia llega a la conclusión de que efectivamente, los Colegios Farmacéuticos del Estado Aragua y Sucre, así como de la Federación Farmacéutica Venezolana, impiden y obstaculizan la entrada a los competidores (farmacias) a prestar servicios en los horarios nocturnos, fines de semana y días feriados, en consecuencia, esta Superintendencia halla presente todos los elementos para que se configure la práctica prohibida por el artículo 6, **Y ASÍ SE DECLARA.**

Res. SPPLC/34-96 9/12/96
Caso: Colas

Las prácticas exclusionarias producen un debilitamiento de la competencia, que daña al agente excluido y a los consumidores, a quienes se les priva de alternativas de elección.

La Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia dispone en el artículo 6 lo siguiente:

"Se prohiben las actuaciones o conductas de quienes, no siendo titulares de un derecho protegido por la Ley, pretendan

impedir u obstaculizar la entrada o la permanencia de empresas, productos o servicios en todo o parte del mercado".

El supuesto de hecho contemplado por la norma citada lo constituye la realización de aquellas conductas o actuaciones que efectúan uno o varios agentes económicos con la finalidad de impedir total o parcialmente la permanencia o el acceso de agentes económicos al mercado. Este tipo de actuación conlleva en un **debilitamiento del grado de competencia** prevaleciente en el mercado en cuestión, que no tendría lugar como resultado natural de la dinámica del mismo, por lo que se considera que se reduce **de forma innecesaria** el grado de competencia. La restricción a la competencia que ocasiona este tipo de práctica origina, principalmente, tres consecuencias: el daño al agente excluido, la reducción de la competencia efectiva en el mercado que se deriva de dicha exclusión, y el daño ocasionado al consumidor, quien ve reducida la gama de opciones de la que disponía anteriormente.

El agente que emprende una conducta exclusionaria lo hace con la expectativa de adquirir un mejor posicionamiento en ese mercado o de mantener el que tenía anteriormente. Tal posicionamiento le permitiría disfrutar de una mayor capacidad de influencia sobre los otros agentes que participan en ese mercado, que lo que se reflejará en condiciones más favorables para el agente que lleva a cabo la acción exclusionaria, ya sea en la adquisición de insumos o en la prestación de servicios o venta de productos, restando a su vez poder negociador a los agentes que participan en el resto de la cadena de producción, distribución y venta, y por último, a los consumidores. Con todo esto, al agente excluyente tendrá la posibilidad de obtener de manera más segura y permanente beneficios superiores a los que tendría en condiciones de mayor competencia.

Las probabilidades de alcanzar dicho objetivo están relacionadas directamente con la capacidad de la empresa que lleva a cabo la acción excluyente de efectivamente obstaculizar la permanencia o la entrada de competidores, y, al mismo tiempo, con la capacidad de los competidores efectivos o potenciales de contrarrestar dicha acción. Tales capacidades están relacionadas a su vez no sólo con la capacidad financiera de ambas partes, sino también con las condiciones estructurales del mercado en cuestión.

Res. SPPLC/34-96 9/12/96
Caso: Colas

Los contratos, si bien son ley entre las partes, no pueden imponer condiciones contrarias a la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, ni permiten imponer prácticas exclusionarias, salvo que los participantes se encuentren amparados por una Ley especial.

En el ámbito del derecho privado, la existencia de los contratos, es en cierta forma para establecer los derechos y obligaciones de las partes, con lo cual se ha admitido ciertamente dentro de los principios generales del Derecho Civil Venezolano, a los contratos como "Ley entre las partes", de manera que una parte conozca sus limitaciones en lo que concierne a su relación con la otra parte. Esto no quiere decir que un contrato en el ámbito del derecho privado pueda establecer derechos que colidan con las Leyes que regulan la actividad económica, puesto que, por su naturaleza, los contratos contemplan únicamente consideraciones en las que interviene la voluntad de las partes.

Cuando las negociaciones privadas generan efectos externos, es decir, que afecten no sólo a las partes sino también a terceros, en este caso al mercado o al consumidor, no prevén una compensación a estos últimos, en el caso de que se vean perjudicados. De tal manera que, si a raíz de una actuación de un agente privado que se catalogue como exclusionaria, se generan efectos que se consideren restrictivos de la libre competencia, y dicho agente no posee un derecho protegido por Ley para llevar a cabo tal conducta, ésta no será exceptuada del artículo 6° de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

Res. SPPLC/34-96 9/12/96
Caso: Colas

El artículo 6 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia exige para que se verifique la práctica exclusionaria, la existencia de intención por parte del agente excluyente. Elementos que deben concurrir para comprobar dicha intención.

Por otro lado, es importante aclarar qué se debe entender como elemento intencional en el análisis de competencia. Para comprobar la presencia de intención de un agente económico al llevar a cabo una conducta restrictiva desde el punto de vista de competencia deben concurrir tres elementos, a saber: 1) que exista conciencia del alcance que en el mercado pueda tener la actuación llevada a cabo por el agente; 2) que habiendo otras opciones de actuación similares desde el punto de vista de los beneficios que representan, no se haya escogido la que resultase menos restrictiva de la libre competencia, y, finalmente, 3) que el objetivo último de la conducta efectuada sea el de restringir la competencia.

...Para comprobar la presencia de intención de un agente económico de llevar a cabo una conducta de las tipificadas en el artículo 6° de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, como se señaló anteriormente, deben concurrir tres elementos: que exista conciencia del alcance que en el mercado pueda tener la actuación llevada a cabo por el agente, que, habiendo otras opciones de actuación, se haya escogido la que resultase más restrictiva de la libre competencia, y, finalmente, que el objetivo último de la conducta efectuada sea el de restringir la competencia.

C. Decisiones de asociaciones

Res. SPPLC/33-96 28/11/96
Caso: Fefarven

Las decisiones de los Colegios Profesionales que impiden a farmacéutas colegiados tomar sus decisiones comerciales de forma independiente causan restricciones a la libre competencia.

Por consiguiente, debe entenderse a los Colegios Profesionales, y a la Federación como sociedades civiles, que pueden restringir o impedir la libre competencia entre sus miembros; más aún, cuando en base a una decisión emanada, como un resultado global de una discusión y ponderación de los intereses que representa cada uno de los miembros, supera de manera clara la visión personalista y aislada de cada uno de ellos; y esto es porque las decisiones emanadas de este tipo de socieda-

des civiles diluyen las responsabilidades de las personas físicas que la forman, y por tanto existen menos riesgos para los miembros de sufrir las consecuencias negativas de esas decisiones; lo cual no es obstáculo para esta Superintendencia de responsabilizar a la sociedad civil o corporación de la cual emana la decisión. **Y ASÍ SE DECLARA.**

El mencionado artículo 9 prohibe las decisiones celebradas a través de agrupaciones de sujetos de aplicación de la Ley, cuando los mismos restrinjan la competencia entre sus miembros. A este respecto, en la Resolución N° SPPLC/0011-94 de fecha 16 de febrero de 1994, caso ANICAF, emanada de esta Superintendencia señala que:

> "Las asociaciones entre competidores constituyen una práctica usual en la economía y en muchos casos puede ayudar a promover la calidad del producto o la efectividad del servicio prestado por sus miembros. Sin embargo, toda asociación que aglutine competidores de un mismo ramo tendrá un gran poder de decisión e influencia sobre la forma en que se va a comercializar el producto vendido por sus asociados, e incluso por otros competidores ajenos a la asociación. Debido a ello, todas las decisiones que se tomen en el seno de esas asociaciones tenderán a afectar a los consumidores, tanto más si aglutinan a un número considerable o a la totalidad de los competidores en un mismo mercado."

De la lectura del texto supone una restricción a la competencia toda decisión de parte de asociaciones que agrupen a agentes económicos, que limite la autonomía de actuación de los mismos como oferentes o demandantes de productos o servicios. Se parte pues, de la base según la cual los agentes económicos que participan en el mercado han de adoptar sus decisiones de manera independiente, lo que significa que la limitación de esa autonomía de actuación, por decisiones de asociaciones, implica, en sí misma, una restricción a la competencia.

D. Boicoteo

Res. SPPLC/34-96 9/12/96
Caso: Colas

El boicoteo puede manifestarse de dos maneras: unilaterlamente o de forma concertada.

Así pues, podemos afirmar que el boicot puede manifestarse de dos maneras: a) a través de acciones emprendidas por un agente económico con suficiente poder para influenciar a un tercero a que realice prácticas restrictivas en contra de otro, y, b) a través de una concertación de voluntades entre varios agentes económicos, es decir, mediante un acuerdo o actuación conjunta se incita a un tercero a realizar determinadas conductas que obstaculicen la entrada o permanencia de un competidor, o provoquen su salida. Por ello, podemos decir que el boicot consiste en una acción unilateral o una conducta concertada mediante la cual un agente con poder de mercado o un grupo de agentes en colusión, intentan conseguir a través de la incitación a terceros eliminar o impedir las relaciones comerciales de un agente, al rehusarse a abastecerla, impidiendo la adquisición de materias primas, negándole la prestación de servicios, entre otras.

Adicionalmente, en la estructura de esta práctica, como ya hemos dicho, es necesario que la conducta dañosa del agente económico sea realizada a incitación de un tercero, esto implica que para que se configure la práctica de boicot de acuerdo a lo establecido en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, claramente debe identificarse la presencia de tres sujetos, a saber: 1) el agente o los agentes que incitan a un tercero para que cometa la práctica restrictiva prohibida por la Ley, 2) el tercero incitado a cometer la práctica, y por último, 3) el agente o sujeto sobre el cual se producen los efectos de la conducta anticompetitiva.

Por otra parte, es importante señalar que para considerar la posibilidad de la existencia de una conducta incitadora por parte de un agente económico, es necesario entrar a indagar cuál es el poder negociador que detenta el agente incitador, ya que no es concebible que un agente que carezca de tal poder, pueda llevar a cabo dicha conducta con el resultado esperado. Dicha capacidad de influencia se deriva, en general, de la existencia de una relación comercial establecida entre el incitado y el incitador, a través de la cual se hace creíble una amenaza por parte del incitador que pudiese afectar la actividad económica del

incitado, de no llevar a cabo la acción propuesta por el incitador. En general, el incitado puede o no percibir beneficios a través de la acción realizada, lo que es claro es que se protege del perjuicio que puede causarle el no realizarla.

E. Posición de dominio

SPPLC/34-96 9/12/96
Caso: Colas

Importancia del poder de mercado dentro de la definición de posición de dominio.

La posición dominante consiste en la facultad que tienen uno o varios agentes económicos (vinculados entre sí) de ejercer una influencia considerable en el mercado, de manera independiente, sin tener en cuenta y sin que se lo impidan sus competidores, compradores o distribuidores, proveedores, usuarios o consumidores, ya sea por la falta de otros competidores o porque existen factores que hacen que la competencia se vea, de alguna manera, obstruida. Esta facultad asegura, a la empresa en posición de dominio, la existencia de una independencia global de comportamiento, lo que en definitiva le permite determinar los comportamientos y decisiones económicas de las otras empresas que participan en el mercado.

La Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia no señala como prohibida la existencia de una posición dominante. El artículo 14 de la Ley establece que existe posición de dominio en los siguientes casos:

"A los efectos de esta Ley, existe posición de dominio:

1° Cuando determinada actividad económica es realizada por una sola persona o grupo de personas vinculadas entre sí, tanto en su condición de comprador como de vendedor y tanto en su condición de prestador de servicios como en su calidad de usuario de los mismos; y

2° Cuando existiendo más de una persona para la realización de determinado tipo de actividad, no haya entre ellas la competencia efectiva".

Como se puede apreciar, en las anteriores variantes de posición de dominio que define la Ley la misma se ve asociada con lo que se denomina en doctrina económica poder de mercado, que consiste en la facultad que posee una persona o empresa de afectar y modificar el precio y demás condiciones de comercialización de un producto, bien o servicio, sin que se lo impidan los demás competidores y sin que se vea alterado su nivel de venta y operaciones.

No obstante, si bien es cierto que el poder de mercado es el principal indicio para determinar la existencia de una posición dominante, hay otros elementos que ayudan a reforzar la posición dominante tales como las barreras a la entrada, el desarrollo tecnológico, el acceso a la fuente de financiamiento entre otros.

Abuso de posición de dominio

SPPLC/34-96 9/12/96
Caso: Colas

El abuso de posición de dominio puede manifestarse a través de prácticas de explotación o prácticas de exclusión.

El abuso de posición de dominio puede producirse en el mercado a través de dos vías principalmente, cada una de las cuales genera efectos perversos distintos en el mercado. En primer lugar, se presenta el caso en el cual una empresa que detenta una posición de dominio en un mercado, decida aprovecharse de esta situación ventajosa de ausencia de competencia efectiva, imponiendo precios altos, reduciendo su producción, a través de lo cual es capaz de apropiarse de una porción del excedente del consumidor, obteniendo rentas supracompetitivas. Esta figura se conoce en la doctrina sobre Derecho de la Competencia como abuso de posición de dominio por explotación, lo cual quiere decir que la empresa utiliza su posición privilegiada en el mercado, afectando las

condiciones de transacción, y perjudicando al consumidor o a quien adquiere sus productos o servicios. El segundo tipo corresponde con los supuestos de abuso de posición de dominio por exclusión.

SPPLC/34-96 9/12/96
Caso: Colas

Requisitos para que se verifique un caso de abuso de posición de dominio por aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes.

Para que se encuadre una conducta dentro del supuesto de practicas de abuso de posición de dominio de las denominadas discriminatorias es necesario que concurran las siguientes condiciones: la exigencia de que se haya producido un trato diferenciado. En efecto, cuando se proscribe la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, se hace referencia a una situación en la que un agente económico que se encuentra en posición de dominio exige a otros agentes, que dependen de su suministro, condiciones desiguales que no encuentran justificación en la naturaleza de la transacción misma. No debe entenderse que cualquier trato diferenciado constituye discriminación. En definitiva, un agente económico realmente practica un trato discriminatorio en sus relaciones comerciales cuando las condiciones que fija no tienen su causa ni origen en el negocio jurídico en sí mismo, sino en la posición de dominio que disfruta.

En segundo lugar y de modo concurrente, esta diferencia en el trato debe colocar en desventaja a unos competidores frente a otros, con lo que el legislador ha querido establecer claramente que los tratos desiguales a los clientes no son prácticas susceptibles de ser consideradas en sí mismas anticompetitivas, ya que se requiere que las mismas originen una situación de desventaja que debe ser plenamente demostrada. Una práctica comercial en la cual concurran de estos dos elementos, desigualdad que no tiene su causa en el negocio y colocación en desventaja de unos competidores frente a otros, constituye una verdadera discriminación.

F. Prácticas autorizables

Res. SPPLC/17-96 18/7/96
Caso: Tarifas de publicación de anuncios de cines en periódicos

Los acuerdos entre competidores para fijar precios son restrictivos en sí mismos y no pueden ser autorizados por la Superintendencia.

Adicionalmente, los acuerdos horizontales para fijar precios se constituyen en una categoría de acuerdos restrictivos de la competencia que de acuerdo a la legislación nacional en ningún momento pueden ser objeto de autorización por parte de esta Superintendencia. Esta situación está prevista de manera expresa en el artículo 7 del Reglamento N° 1 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la libre Competencia, el cual señala:

> **Artículo 7°: La Superintendencia no podrá autorizar la realización de prácticas o conductas siguientes:**
>
> 1.- Los acuerdos, decisiones, recomendaciones colectivas o prácticas concertadas entre competidores a que se refieren los artículos 7°, 9° y 10° de la Ley para fijar precios o condiciones de comercialización; limitar la producción mediante la fijación de niveles o cuotas; boicotear u obstaculizar el acceso al mercado, mediante la incitación a terceros sujetos de la Ley a no aceptar la entrega de bienes o la prestación de servicios, a impedir su adquisición o prestación, a no vender materias primas o insumos o prestar servicios a otros; participar en licitaciones; o repartir los mercados, áreas territoriales, sectores de suministro o fuentes de aprovisionamiento; (Subrayado de la Resolución)

Lo anterior responde a la concepción que existe en la legislación nacional, la cual señala que los acuerdos horizontales para fijar precios, no generan eficiencias para el mercado que los haga autorizables y por lo tanto, se ha entendido que esta clase de acuerdos llevan implícitas restricciones tan graves a la competencia, que bajo ningún concepto pueden ser permitidos.

...En conclusión, las conductas que han sido definidas por el Reglamento No. 1 como no autorizables, son siempre anticompetitivas, pues el efecto dañoso está presente, de manera ineludible, en ellas. No es necesario entonces comprobar los efectos, pues ellos devienen inherentemente de la conducta. De ahí, que los acuerdos de precios han sido prohibidos por la Ley, y además prohibida su autorización por el Reglamento No. 1, ya que siempre e indefectiblemente causan una restricción a la competencia, y nunca un beneficio al mercado.

G. Concentraciones Económicas
1. Marco General

Res. SPPLC/16-96 10/7/96
Caso: Fusión Nabisco-Galletas Tejerías

Preponderancia de los criterios económicos por encima de los jurídicos en la definición y consideración de las concentraciones económicas.

El término concentración económica tiene un sentido netamente económico, mucho más amplio que una fusión en materia jurídica, pues incluye toda forma por medio de la que una empresa adquiere control o se une a otra, siendo la consecuencia de ello la vinculación de dos empresas independientes que van a formar un sólo sujeto económico. Esta toma de control que vincula dos o más empresas para conformar una sola unidad económica está definida en el artículo 15 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, como la posibilidad que tiene una persona para ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de uno de los sujetos de aplicación de la Ley, según lo describe el artículo 4° *eiusdem*.

Esa toma de control a que se ha hecho referencia ya ha sido tratada en anteriores Resoluciones de esta Superintendencia, tales como la Resolución N° SPPLC/22-94 del 11 de abril de 1994 y la Resolución N° SPPLC/42-95 del 2 de octubre de 1995...

Res. SPPLC/9-96 6/8/96
Caso: Ceras

Res. SPPLC/34-96 9/12/96
Caso: Colas

Las concentraciones económicas incluyen toda forma a través de la cual una empresa adquiere el control de otra u otras que anteriormente eran independientes.

Es menester definir, qué se entiende por operación de concentración económica, a los efectos de determinar si ésta se inscribe dentro del ámbito de la Ley, para luego analizar los factores necesarios para determinar las consecuencias que de ella se deriven.

La concentración económica incluye toda forma por medio de la cual una empresa adquiere control o se une a otra, siendo la consecuencia de tal vinculación que las empresas independientes van a ser controladas por una sola unidad económica. Se considerará que hay concentración cuando dos sujetos independientes pasen a estar vinculados, en los términos establecidos del artículo N° 15 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, el cual estipula:

"Se tendrá como personas vinculadas entre sí a las siguientes:

1° Personas que tengan una participación del cincuenta por ciento (50%) o más del capital de la otra o ejerzan de cualquier otra forma el control sobre élla;

2° Las personas cuyo capital sea poseído en un cincuenta por ciento (50%) o más por las personas indicadas en el ordinal anterior, o que estén sometidas al control por parte de éllas; y

3° Las personas que, de alguna forma, estén sometidas al control de las personas que se señalan en los ordinales anteriores".

Es decir, la posibilidad que tiene una persona para ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de uno de los sujetos de aplicación de la Ley, según lo describe el artículo 4 de la misma Ley.

En la Ley venezolana, el factor fundamental para identificar a una concentración es la toma de control o unión de dos o más empresas anteriormente independientes.

Res. SPPLC/16-96 10/7/96
Caso: Fusión Nabisco-Galletas Tejerías

Cuáles son los pasos que debe dar la Superintendencia para determinar si una concentración restringe o no la competencia.

Para determinar los efectos arriba descritos, la Superintendencia utiliza un método de evaluación que tiene su soporte los Reglamentos N° 1 y N° 2 de la Ley, y en la doctrina y jurisprudencia en la materia. Así, lo fundamental es la determinación de la competencia efectiva en el mercado, y su reducción posible que por efecto de la concentración se produciría. Por ello el primer paso es establecer el mercado relevante del caso particular de estudio, con base en los parámetros que al efecto establece el artículo 2° del Reglamento N° 1 de la Ley.

Con la herramienta fundamental de la determinación del mercado relevante, se pasa a analizar la competencia efectiva en el mismo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 16 de la Ley y el artículo 3° del Reglamento N° 1. Debe analizarse entonces el grado de concentración en el mercado relevante definido antes y después de la operación, la dinámica de competencia entre las empresas participantes, y las barreras a la entrada.

Una vez delimitados los extremos anteriores, la Superintendencia está en la posibilidad de responder a la pregunta fundamental de si la operación sometida a análisis tiene efectos restrictivos sobre la libre competencia, lo cual se hace luego de un procedimiento administrativo ordinario, tal como lo establece el artículo 42 de la Ley, a través de un acto administrativo declarativo.

Res. SPPLC/16-96 10/7/96
Caso: Fusión Nabisco-Galletas Tejerías

Formas para calcular la participación de mercado. En los casos de productos diferenciados debe utilizarse el valor de las ventas. En cambio, en los casos de productos no diferenciados debe utilizarse la capacidad de producción.

En cuanto a las formas de medir la participación de mercado las tres formas usadas son la capacidad de producción, el volumen de producción, y las ventas (valor). Normalmente la escogencia se realiza con base a la información accesible. Si es posible elegir, entonces uno debe usar la información que resulte más adecuada para indicar el poder de mercado.

Para un producto de consumo masivo en el cual las preferencias del consumidor se evidencian en el nivel de conocimiento e imagen de la marca, la participación de mercado medida con base al valor de las ventas resulta ser la mejor medida.

En la práctica se ha determinado que es mejor utilizar la capacidad de producción en el caso de productos no diferenciados, donde el esfuerzo productivo se refleja en la producción y en la capacidad productiva, y las ventas como indicador de la participación de mercado para productos diferenciados, donde los esfuerzos de mercadeo y publicidad que forman parte importante de los costos del agente se reflejan en las ventas.

De acuerdo con esos elementos, pasa a estimarse el grado de concentración en el mercado relevante que resultaría de la operación de concentración, considerando para ello la participación de cada una de las empresas calculada en función del valor de sus ventas anuales. El grado de concentración se presenta para la situación previa a la operación y para la estructura posterior a aquella, tal como se observa en la Tabla 7.

Res. SPPLC/9-96 6/8/96
Caso: Ceras

Para iniciar el análisis, se procede a calcular la participación de mercado de todas las empresas identificadas como participantes en el mercado relevante.

En el caso de productos diferenciados, en los cuales los esfuerzos de publicidad y mercadeo representan parte importante de los costos de las firmas y determinan los patrones de consumo y preferencia de los consumidores, se ha considerado a las ventas como indicador de la participación de mercado de las firmas.

Res. SPPLC/16-96 10/7/96
Caso: Fusión Nabisco-Galletas Tejerías

Cuál es la variación del HHI que los Lineamientos de Fusiones (Merger Guidelines) del Departamento de Estado de los Estados Unidos consideran relevantes al evaluar las concentraciones económicas.

En los *Horizontal Merger Guidelines* del Departamento de Justicia de los Estados Unidos se establecen tres rangos generales para estudiar el grado de concentración. Si el HHI en un mercado sobrepasa los 1800, se considera éste como concentrado, y si en ese tipo de mercado la variación producto de la fusión supera los 100 puntos, entonces se considera un incremento significativo y debe someterse la operación a una revisión de las condiciones de entrada y de competencia para concluir acerca de sus efectos sobre la misma.

Como se puede apreciar en la Tabla 8, la cual establece una comparación entre el índice HHI antes y después de la operación, éste aumenta en una cuantía superior a los 100 puntos; siendo que el índice exante se ubicaba por encima de los 1.800 puntos, hay indicios en cuanto a la estructura del mercado relevante que indican que como resultado de la operación de concentración se creará o reforzará el poder de mercado o facilitará su ejercicio. En consecuencia, es necesario presentar un análisis acerca de los elementos que definen tanto la dinámica de competencia como la probabilidad de entrada en el mercado relevante, para verificar si el aumento en el grado de concentración es un indicador definitivo acerca de las implicaciones para el mercado.

Res. SPPLC/16-96 10/7/96
Caso: Fusión Nabisco-Galletas Tejerías

En los mercados disputables no es suficiente que haya una variación significativa del HHI como consecuencia de la concentración económica. Es necesario además que se valoren otros elementos, como las barreras a la entrada de nuevos oferentes.

Aún cuando se concluye que la estructura del mercado es altamente concentrada, existe la posibilidad de estar ante la presencia de un mercado disputable. En este sentido, la amenaza de entrada ó salida del mercado puede disciplinar la conducta que los pocos participantes en el mercado puedan ejercer en función de su poder de mercado. Es por esta razón, que el análisis de una fusión implica el estudio tanto de la dinámica de la competencia como de barreras a la entrada.

D. Dinámica de competencia

Los elementos apuntados en relación con el grado de concentración, no son definitivos en cuanto a los efectos que el incremento en el mismo puede implicar en términos de restringir la libre competencia o de la conformación o reforzamiento de una posición de dominio en todo o parte del mercado. Para poder completar ese análisis, es necesario revisar los elementos que caracterizan la dinámica de competencia en el mercado analizado mediante la evaluación del poder de compra de los consumidores, el grado en el cual puede afectarse la probabilidad de ocurrencia de prácticas colusorias, y posteriormente, el análisis de las barreras a la entrada presentes en estos mercados.

...Puede alegarse que en situaciones donde una operación de concentración conduce a un incremento importante en el grado de concentración del mercado, la existencia de compradores en posición de fuerza puede anular cualquier ejercicio abusivo de poder de mercado. Será la posibilidad de balancear este poder un elemento fundamental para determinar la posibilidad de actuación independiente en el mercado por parte de la entidad resultante de la operación de concentración.

Res. SPPLC/9-96 6/8/96
Caso: Ceras

Los resultados obtenidos del HHI, antes y después de la operación de concentración arrojan un incremento de 1.525,98, al pasar éste de 3.350,08 a 4.876,06. De este modo, suponiendo una relación directa entre el grado de concentración y el poder de mercado, la operación evaluada incrementa de forma significativa el poder de mercado de la firma adquirente.

No obstante, debe incorporarse en el análisis la incidencia que las variables de dinámica de la competencia y la existencia o no de importantes barreras a la entrada puedan tener en el comportamiento de los agentes del mercado, en particular la posibilidad de que éstos encuentren limitada su habilidad para imponer condiciones en las relaciones de intercambio, en función del poder de mercado que detenten...

Para poder determinar si la operación de concentración genera o refuerza una posición de dominio en el mercado relevante, es imprescindible incorporar en el análisis, la posibilidad de competencia potencial proveniente de la entrada al mercado de nuevos participantes. El análisis se sustenta en el hecho que cuando un mercado es altamente contestable, vale decir, que no existen obstáculos a la instalación de nuevos participantes, las empresas que pudieran detentar una posición predominante en el mercado relevante pueden verse neutralizadas o disciplinadas, ya que tal conducta haría rentable la entrada de nuevos fabricantes de esos productos, haciendo no viable el incremento inicial de los precios. De allí que cuando las barreras a la entrada son bajas, a pesar de una alta concentración no se configura una posición de dominio en la medida que la competencia potencial es considerada en las decisiones de las firmas ya instaladas en el mercado...

Se concluye que la naturaleza y magnitud de las barreras a la entrada en este mercado relevante, limitan la posibilidad de que nuevos participantes se instalen en el mismo, de manera que se constituyan fuentes de competencia potencial que hagan frente ante eventuales ejercicios de poder de mercado por parte de la entidad resultante de la operación de concentración analizada. En consecuencia, el grado de poder de mercado asociado con el grado de concentración alcanzado en este mercado es significativo y la escasa posibilidad de nuevos entrantes dificulta que pueda disciplinarse la actuación en el mercado por parte de la

empresa S.C. Johnson & Son de Venezuela, C.A., en caso de adquirir ésta la marca Cruz Verde.

Res. SPPLC/16-96 10/7/96
Caso: Fusión Nabisco-Galletas Tejerías

La inexistencia de barreras a la entrada puede evitar que la empresa resultante de la concentración económica pueda imponer precios por encima del nivel de competencia.

Como se ha dejado sentado en anteriores oportunidades, 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. En consecuencia, es necesario detectar si esa estrada es posible, y de serlo si la misma se produciría en una magnitud suficiente como para considerar que la existencia de competencia potencial. Es decir, es necesario observar que las entradas al mercado no sólo son probables, sino que además son oportunas y suficientes. 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...

Ahora bien, estas entradas recientes, conjuntamente con las características de intenso crecimiento del mercado sugieren que no existen significativas barreras a la entrada en este mercado.

Res. SPPLC/16-96 10/7/96
Caso: Fusión Nabisco-Galletas Tejerías

A efectos de la evaluación de concentraciones económicas, qué entiende la Superintendencia por costos hundidos.

Se definen [costos hundidos] como tales aquellos costos que son de difícil recuperación, o aquellos en los cuales debe invertir la empresa

sin que sean recuperables en caso de decidir salir del mercado posteriormente. Este es el caso de los gastos de publicidad y promoción que debe atender una empresa para potenciar su capacidad de penetración de mercado.

SPPLC/34-96 9/12/96
Caso: Colas

En el caso del mercado contestables o disputables, un alto índice de concentración no es suficiente para determinar que una operación de concentración económica es restrictiva de la libre competencia.

Para poder determinar si la operación de concentración genera o refuerza una posición de dominio en el mercado relevante, es imprescindible incorporar en el análisis la posibilidad de competencia potencial proveniente de la entrada al mercado de nuevos participantes. Cuando un mercado es altamente contestable, es decir, no existen obstáculos a la instalación de nuevos participantes, las empresas que pudieran detentar una posición predominante en el mercado relevante pueden verse neutralizadas o disciplinadas en el uso del poder de monopolio, pues tal conducta, por ejemplo un incremento en los precios, haría rentable la entrada de nuevos competidores dados los nuevos beneficios supra – competitivos. De allí que cuando las barreras a la entrada son bajas, aun en presencia de una alta concentración no se configura una posición de dominio en la medida que la competencia potencial es considerada en las decisiones de las firmas ya instaladas en el mercado.

SPPLC/9-96 6/8/96
Caso: Ceras

Criterios de la Superintendencia bajo los cuales se consideró restrictiva una operación de concentración.

Una vez analizada la información consignada por las empresas S.C. Johnson & Son de Venezuela, C.A. y Procter & Gamble de Vene-

zuela, C.A., así como los demás documentos, datos e informaciones obtenidos en el curso del procedimiento, y considerando que:

1. De acuerdo con las posibilidades ciertas que tienen los consumidores de sustituir el producto, dada sus especificidades y nivel de precios, el mercado relevante, a efectos de la presente evaluación, se circunscribe al de ceras para pisos de tipo acuosa.

2. La operación de concentración estudiada, en caso de completarse, generaría un incremento considerable del grado de concentración del mercado. Por otra parte se crearía una desproporción significativa entre la empresa resultante de la operación y su más cercano competidor.

3. La evolución de las participaciones de mercado ha sido constante en el tiempo, manteniéndose las empresas objeto de la operación de concentración en sus posiciones predominantes.

4. La dinámica que se establece entre los participantes en este mercado corresponde con la segmentación de este mercado de acuerdo con las calidades y usos específicos del producto. De allí, se desprende la importancia del desarrollo de posicionamiento a través de la inversión en la imagen de marca.

5. La estructura de los canales de distribución es atomizada y los clientes en este mercado no tienen suficiente capacidad de negociación, para hacer frente a eventuales ejercicios de poder de mercado por parte de las empresas de mayor cuota de mercado.

6. En el mercado de ceras existe un significativo nivel de capacidad ociosa de producción, debido fundamentalmente a la disminución en el nivel de consumo de este tipo de productos y al hecho que la empresa S.C. Johnson & Son de Venezuela, C.A. tiene actualmente una capacidad de producción adicional que ha sido liberada desde la producción de suavizantes para ropa. Este elemento contribuye a elevar el grado de incertidumbre que debe enfrentar un competidor potencial, reduciendo la probabilidad de nuevas entradas.

7. Aun cuando la inversión en activos fijos para la producción de ceras es un costo recuperable, ya que estos activos pueden ser reorientados hacia la producción de otras mezclas líquidas; cualquier nuevo entrante deberá realizar una fuerte inversión en publicidad y promoción. Debido a la lealtad de marca desarrollada hacia las principales marcas del mercado, para que un entrante potencial pueda considerarse como un competidor efectivo, éste deberá incurrir en una significativa inversión en promoción y publicidad de marca.

8. En declaraciones emitidas ante esta Superintendencia, potenciales entrantes entrevistados señalaban como poco posible su entrada al mercado de ceras para pisos, dado el poco atractivo ritmo de crecimiento del mercado y las relativamente elevadas inversiones requeridas para penetrarlo.

Tomando en consideración todos los elementos analizados a lo largo de este estudio se concluye que la operación de concentración económica mediante la cual S.C. Johnson & Son de Venezuela, C.A. adquiere la marca Cruz Verde a Procter & Gamble de Venezuela, C.A., en caso de completarse, produciría una situación de dominio en el mercado de ceras acuosas para pisos de precio moderado en Venezuela.

Habiéndose determinado en el curso del análisis precedente que la operación de concentración económica analizada genera efectos restrictivos sobre la libre competencia al generar una situación de dominio en el mercado, y vistos los elementos jurídicos descritos, se concluye que esta es de aquellas que han sido definidas en el artículo 11 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia como restrictivas de la competencia.

2. Mercado relevante

Res. SPPLC/9-96 6/8/96
Caso: Ceras

Res. SPPLC/34-96 9/12/96
Caso: Colas

El punto de partida para la evaluación de las concentraciones económicas es la determinación del mercado relevante.

La evaluación de cuándo una operación de concentración económica genera efectos restrictivos sobre la libre competencia o conduce a una posición de dominio, parte de la definición del mercado relevante en el que operan las empresas que se concentran.

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

A efectos prácticos, se consideran dos dimensiones del mercado relevante: el mercado producto y el mercado geográfico. Para determinar si un monopolista hipotético está en posición de ejercer poder de mercado, es necesario evaluar las probables respuestas de la demanda de los consumidores ante un aumento de precios. Los consumidores podrían hacer improductivo un aumento de precios cambiándose a otros productos o comprando el mismo bien producido por empresas en otras localidades. La naturaleza y magnitud de estos dos tipos de respuestas de la demanda determinan el objeto del mercado producto y el mercado geográfico respectivamente.

a. Mercado del producto

Res. SPPLC/9-96 6/8/96
Caso: Ceras

Metodología para determinar el mercado del producto.

La determinación del mercado producto busca establecer cuál es el conjunto mínimo de bienes cuya oferta debería ser controlada por una firma hipotética para poder imponer un aumento de precios rentable y sostenido en el tiempo. Tal conjunto incluye aquellos bienes entre los

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

...El análisis de sustituibilidad por el lado de la demanda permitirá determinar la posibilidad que tienen los consumidores de desplazar el consumo de una marca específica de ceras por otras o por productos sustitutos de éstas (si los existiese) en caso que ocurra un aumento de precios significativo y no transitorio.

...La evaluación del grado de sustituibilidad por el lado de la oferta tiene por objeto establecer si ante un incremento en el precio de las ceras para pisos, los fabricantes de otros productos pueden reorientar sus instalaciones productivas, en el corto plazo y a un costo reducido, hacia la producción de ceras para pisos, de tal forma de hacer improductivo un eventual incremento de precios.

SPPLC/34-96 9/12/96
Caso: Colas

La Superintendencia determinó que las colas negras, rojas y blancas pertenecen al mismo mercado relevante. En cambio los refrescos ligeros (lights) forman su mercado relevante distinto.

4. Resulta evidente que las motivaciones de consumo de los refrescos ligeros y los refrescos con calorías son diferentes. Efectivamente, mientras que los primeros son considerados como producto dietético y consumidos primordialmente por las personas de sexo femenino, de clase socioeconómica AB, a quienes les importa su figura, los refrescos con calorías son consumidos por ser sabrosos, dulces y buen acompa-

ñante de las comidas, sin que existan mayores distinciones por sexo, edad o clase social.

5. En la mayoría de los meses estudiados, se observa que los incrementos o descensos en el ritmo de demanda de las colas negras posee como contrapartida movimientos contrarios en la demanda de los refrescos de sabores y/o los de lima limón. Este hecho pone en evidencia no sólo que las colas negras tiene sustitutos dentro de los refrescos con gas sino que dicha sustitución se puede realizar indistintamente entre cualesquiera de las restantes categorías (Sabores y lima limón).

6. No es posible establecer una diferenciación entre las categorías de refrescos con calorías (negras, de sabores y lima limón) en cuanto a sus principales atributos o el momento del día en que éstos suelen ser consumidos. Sin embargo, entre todas las categorías de refrescos sin calorías y los refrescos con calorías, sí existe un conjunto de atributos que los colocan como categorías claramente diferenciables.

En la mayoría de los meses en los cuales ha existido un incremento en la demanda de refrescos de sabores, ha existido un movimiento contrario en la demanda de los refrescos lima limón y viceversa. Análogamente, en la mayoría de los meses estudiados, se observa que los incrementos o descensos en el ritmo de demanda de las colas negras posee como contrapartida movimientos contrarios en la demanda de los refrescos de sabores y/o los de lima limón. Este hecho pone en evidencia no sólo que las colas negras tiene sustitutos dentro de los refrescos con gas, sino que dicha sustitución se puede realizar indistintamente entre cualesquiera de las restantes categorías (Sabores y lima limón).

Se concluye que, con la excepción de los refrescos ligeros, el resto de las categorías de refrescos (negras, de sabores y blancas) no poseen atributos especialmente diferentes que las hagan distintas unas de las otras.

b. Mercado geográfico

Res. SPPLC/9-96 6/8/96
Caso: Ceras

Metodología para determinar el 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 otras dimensiones de competencia.

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

...Para completar el análisis de mercado geográfico, debemos considerar si ante un eventual incremento significativo y no transitorio en el precio doméstico de las ceras para pisos, las importaciones de este tipo de productos pueden neutralizar o hacer no rentable tal incremento en el precio.

3. Obligaciones de no competir

Res. SPPLC/16-96 10/7/96
Caso: Fusión Nabisco-Galletas Tejerías

Qué son las cláusulas de no competir.

Tal y como han sido definidas en anteriores Resoluciones de esta Superintendencia Nos. SPPLC/5-96 de fecha 12 de febrero de 1996; SPPLC/8-96 de fecha 27 de marzo de 1996; y SPPLC/15-96 del 27 de mayo de 1996, las cláusulas de no competir consisten en un acuerdo accesorio a otro tipo de contrato, donde el vendedor se compromete por un período limitado a no competir ni participar en el mercado de la

empresa objeto de la negociación. Estas cláusulas son restrictivas de la libre competencia, en tanto se erigen como una limitación a la libertad de acción de un sujeto económico, pero su consideración depende del ámbito donde se encuentren.

Las cláusulas de no competencia pueden ser utilizadas en las operaciones de concentración económica; en las licencias de derechos de propiedad industrial y comercial y del saber hacer (know-how); y en los acuerdos de compra y suministro. Específicamente en los casos de concentraciones económicas, deben estudiarse como una cláusula accesoria a la operación de concentración, y cuyos efectos serán determinados dentro de la operación misma, sin necesidad de ser aislada. De esta forma, será un factor más a considerar para hacer la determinación de los efectos que sobre la competencia tenga la concentración. En el presente caso se está analizando una cláusula de no competencia en una operación de concentración económica.

Este tipo de disposición contractual tiende a garantizar que el comprador de la empresa o en general quien adquiera el derecho cedido, reciba el valor total de la empresa. Se trata entonces de una forma de garantizar la inversión de manera que el comprador reciba la totalidad del valor de los activos cedidos, por ejemplo, la clientela acumulada por el vendedor o el saber-hacer (*know-how*) que haya creado. Estos activos no sólo están directamente vinculados a la operación de concentración, sino que son necesarios para su realización ya que, si no existieran, es muy probable que la venta de la empresa o de una parte de ella no pudiera llevarse a cabo de forma satisfactoria. Para recibir todo el beneficio de los activos que se han transferido, es posible que el adquiriente deba contar con una protección respecto a la competencia del vendedor, de modo que pueda ganarse la fidelidad de la clientela y asimilar y explotar el saber hacer (*know-how*).

Dicha prohibición de competencia sólo estará justificada por la legitimidad del objetivo perseguido por la concentración cuando su duración, campo geográfico de aplicación, contenido o ámbito de aplicación individual no vayan más allá de lo que una forma razonable exige dicho fin. Esto es el resultado de análisis casuísticos, en los que la estructura de cada mercado servirá de base para que la Superintendencia pueda determinar qué plazo y extensión es razonable para la duración

de una obligación de no competir. En caso contrario, las eficiencias generadas por la mencionada prohibición serían inferiores (o simplemente no existirían) al daño ocasionado a la competencia, por lo cual no son justificables.

Si la duración, contenido y ámbito geográfico de aplicación de las cláusulas de no competir van más allá de lo que la Superintendencia considera suficiente para que el comprador reciba todos los beneficios asociados a la compra (clientela, Saber hacer o *Know How*) en la operación de concentración, se determinaría que la misma es restrictiva de la libre competencia, en cuanto al ámbito temporal, espacial y del producto, de las cláusulas de no competir.

En conclusión, las cláusulas de no competir deben ser analizadas dentro del contexto donde se encuentran, para de allí determinar sus posibles efectos restrictivos. Para el caso de las concentraciones económicas, será el estudio de las mismas el que indicará la necesidad y los límites de la prohibición en cada caso concreto.

Res. SPPLC/9-96 6/8/96
Caso: Ceras

Las cláusulas de no competir previstas en concentraciones económicas declaradas restrictivas luego del correspondiente procedimiento administrativo, no requieren ser analizadas adicionalmente, en su condición de cláusulas accesorias al contrato principal.

Tal y como ha sido definido en anteriores Resoluciones de esta Superintendencia, un ejemplo de ello es la N° SPPLC/5-96 de fecha 12 de febrero de 1996, *las cláusulas de no competir* consisten en un acuerdo *accesorio* a otro tipo de contrato, donde el vendedor se compromete por un período limitado a no competir ni participar en el mercado de la empresa objeto de la negociación. Estas cláusulas son restrictivas de la libre competencia, en tanto se erigen como una limitación a la libertad de acción de un sujeto económico, pero su consideración depende del ámbito donde se encuentren.

A los efectos de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, las cláusulas de no competir deben ser analizadas dentro del contexto principal a fin de determinar si como consecuencia de ellas se generan efectos restrictivos sobre la libre competencia. Es decir, si en el contexto general de la evaluación de la concentración económica se concluye que ésta es restrictiva a la libre competencia, entonces no es menester profundizar en el estudio de la cláusula de no competir precisamente porque esta es accesoria al contrato principal. Por lo tanto, de declararse restrictiva la operación como objeto principal, ésta arrastra a todos los elementos accesorios y con ello la cláusula de no competencia. **Y ASÍ SE DECLARA.**

H. Competencia desleal

SPPLC/34-96 9/12/96
Caso: Colas

Requisitos para que se verifique un caso de competencia desleal.

Para analizar la presunta existencia de competencia desleal en el presente caso, se deben fijar los criterios básicos para que de conformidad con el artículo 17 de la Ley pueda configurarse la competencia desleal. A tal efecto, se deben exigir los siguientes requisitos para su aplicabilidad: en primer lugar, que se trate de la ejecución de un acto de competencia, es decir, la existencia de una actuación en el mercado por parte de un agente económico, realizada con fines competitivos, en segundo lugar que ese acto de competencia sea de naturaleza desleal, lo cual implica que pueda ser considerado como contrario a los principios que rigen el ordenamiento económico, es decir que se trate de un abuso del derecho de la libertad de empresa, en tercer lugar, dicho acto debe falsear la competencia; además, que ese falseamiento sea relevante, en el sentido de que sea de gran importancia en relación con el mercado nacional o de una parte sustancial del mismo; y por último, que afecte el orden público concurrencial. Por lo tanto, no basta que se realice un acto comercial que pueda ser calificado como desleal, sino que es necesario probar que la competencia haya sido afectada, por lo que el análisis que de ello realice esta Superintendencia a tales efectos se efectúa con base en cada caso en particular.

SPPLC/34-96 9/12/96
Caso: Colas

Citando la doctrina española, la Superintendencia considera que en los casos de competencia desleal no es necesario que la conducta restrictiva se produzca entre competidores.

Por otra parte, al analizar las prácticas de competencia desleal, resulta de gran importancia determinar si para que ésta tenga lugar se requiere que se trate de competidores directos. Al respecto, debemos señalar que la doctrina española ha establecido que no es necesario que exista una relación de competencia entre las partes para que pueda tener lugar una práctica de competencia desleal, en el sentido de que sí bien el efecto final será un daño sobre la competencia en el sector en el cual participa el agente económico que está siendo objeto de la competencia desleal, *no necesariamente* aquel que sea el causante de la misma debe ser competidor directo toda vez que pueden mediar intereses de otra índole distintas al del negocio principal del afectado.

I. Obligaciones y sanciones

Res. SPPLC/33-96 28/11/96
Caso: Fefarven

Los poderes de la Superintendencia conforme al artículo 38 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

En consecuencia de conformidad con el artículo 38 ordinal 1° y 3° del Parágrafo Primero, esta Superintendencia **ORDENA** a **LA FEDERACIÓN FARMACÉUTICA VENEZOLANA, EL COLEGIO FARMACÉUTICO DEL ESTADO ARAGUA y EL COLEGIO FARMACÉUTICO DEL ESTADO SUCRE** , la cesación y supresión de los efectos de las decisiones que impidan u obstaculicen la entrada a las farmacias a comercializar sus productos y a prestar servicio durante los días sábados, domingos, días feriados y en horario nocturno, cuando la farmacia no se encuentre de turno farmacéutico. **Y ASÍ SE DECIDE.**

VII. SANCIÓN

Ahora bien, por las consideraciones que anteceden y que ponen de manifiesto la realización de prácticas restrictivas de la competencia, esta Superintendencia **ACUERDA** de conformidad con lo establecido en el ordinal 2° del Parágrafo Primero del artículo 38 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, imponer a **LA FEDERACIÓN FARMACÉUTICA VENEZOLANA, AL COLEGIO FARMACÉUTICO DEL ESTADO ARAGUA y AL COLEGIO FARMACÉUTICO DEL ESTADO SUCRE**, la siguiente obligación:

1.- Ordenar a **LA FEDERACIÓN FARMACÉUTICA VENEZOLANA, AL COLEGIO FARMACÉUTICO DEL ESTADO ARAGUA y AL COLEGIO FARMACÉUTICO DEL ESTADO SUCRE,** a que convoquen cada uno, por prensa a una Asamblea extraordinaria en un plazo no mayor de diez (10) días, contados a partir de la fecha en que prescriba el término establecido para ejercer el recurso contencioso administrativo otorgado en el artículo 53 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia. Las Asambleas deberán verificarse dentro de los diez (10) días siguientes a la convocatoria. En dichas Asambleas deberán informar a todos los miembros agremiados el contenido de esta Resolución y deberán tocar como otro punto, que las farmacias pueden abrir los sábados, domingos, días feriados, y horario nocturno, aunque no estén de turno.

Igualmente en dichas Asambleas deberán fijarse nuevas lineas de conductas a seguir por **LA FEDERACIÓN FARMACÉUTICA VENEZOLANA, EL COLEGIO FARMACÉUTICO DEL ESTADO ARAGUA y EL COLEGIO FARMACÉUTICO DEL ESTADO SUCRE,** las cuales deberán estar ajustadas a lo establecido en la Ley de Ejercicio de la Farmacia y al artículo 88 de su Reglamento.

En consecuencia, de las mencionadas Asambleas deberán levantarse un acta donde se deje constancia de todo lo dicho en las mismas, y una copia certificada del Acta deberá ser consignada ante esta Superintendencia en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles siguientes a la celebración de las Asambleas.

En caso de incumplimiento de la obligación anterior , o de recurrir esta Resolución en el plazo de Ley, sin suspender los efectos de la misma, se informa a **LA FEDERACIÓN FARMACÉUTICA VENEZOLANA, AL COLEGIO FARMACÉUTICO DEL ESTADO ARAGUA y AL COLEGIO FARMACÉUTICO DEL ESTADO SUCRE,** que le será impuesta la sanción contenida en el artículo 51 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

Res. SPPLC/33-96 28/11/96
Caso: Fefarven

Conforme el artículo 57 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, son nulas las decisiones de los Colegios Profesionales que impidan la apertura de farmacias fuera de su turno obligatorio.

Para esta Superintendencia, es importante advertir a **LA FEDERACIÓN FARMACÉUTICA VENEZOLANA, AL COLEGIO FARMACÉUTICO DEL ESTADO ARAGUA y AL COLEGIO FARMACÉUTICO DEL ESTADO SUCRE,** que declarada la existencia de una práctica restrictiva de la competencia por parte de esta Superintendencia, en conformidad con el artículo 57 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, deben entenderse como nulos de nulidad absoluta, las decisiones que impiden la apertura de las farmacias fuera del turno farmacéutico, por así considerarlo el propio texto de la Ley eiusdem. **Y ASÍ SE DECLARA.**

Doctrina Administrativa y Jurisprudencia en materia de Propiedad Industrial: 26 de abril de 1996 al 31 de octubre de 1996

Selección, recopilación y notas
por Gabriela NÚÑEZ MÁRQUEZ*©

SUMARIO

I.- MARCO LEGAL INSTITUCIONAL
- A. Aplicación de la Normativa Supranacional y Constitucional
- B. Órganos involucrados Organismo Nacional de carácter Administrativo

II.- REGIMEN JURIDICO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL
Principios generales de la propiedad industrial (establecidos en la decisión 344)
Temporalidad

III.- SIGNOS DISTINTIVOS
- A. Las marcas (lema comercial, y marcas colectivas)
  1. Conceptualización y criterios de valoración
     Caso de Nombres Personales como marcas
  2. Procedimiento de registro de marcas y requisitos
  3. Observaciones y mejor derecho
- B. La marca notoria
  1. Conceptualización y criterios de valoración
  2. Derechos conferidos por la Marca Notoria
- C. Denominaciones de origen
  Conceptualización
- D. Indicaciones geograficas
  Conceptualización

---

* La autora es abogado egresada de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), Especialista en Propiedad Intelectual de la Universidad de Los Andes (ULA) y Propfesora de La Universidad central de Venezuela en materia de Propiedad Industrial y Derechos de Autor.

I. MARCO LEGAL INSTITUCIONAL

A. Aplicación de la normativa Supranacional y Constitucional

CPCA 24/05/1996

Caso: Amparo Constitucional contra el registrador de la Propiedad Industrial por violación de los artículos 63 y 65 de la Ley de Propiedad Industrial

Ponente: Belén Ramírez Landaeta

Idoneidad de la acción de amparo en materia de propiedad industrial.

En cuanto a la inadmisibilidad alegada basada en que el amparo ejercido no es la vía idónea porque es una acción de naturaleza subsidiaria, excepcional y especial, y porque la acción propuesta, centrada en determinar si la patente contaba o no con características de novedad, encuentra desarrollo adecuado a través del sistema impugnatorio creado por la Ley de Propiedad Industrial de 1955, la Decisión 344 del Acuerdo de Cartagena y el Convenio de París se observa: No señala el opositor cuál sería esa vía expedita prevista en los tres instrumentos jurídicos que menciona como conformadores del sistema de impugnación aplicable, capaz de proporcionarle al agraviado el remedio urgente que mediante un amparo puede lograr. Estima la Corte conveniente reiterar que ni el recurso jerárquico ni el contencioso administrativo de nulidad constituyen una vía expedita a los fines urgentes característicos de la acción de amparo y así se declara.

CPCA 24/05/1996

Caso: Amparo Constitucional contra el registrador de la Propiedad Industrial por violación de los artículos 63 y 65 de la Ley de Propiedad Industrial

Ponente: Belén Ramírez Landaeta

Aplicación preemimente de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena frente a la Ley de Propiedad Industrial respecto al uso de patentes.

En lo que respecta a la aplicación del artículo 70 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, aun cuando el recurrente invocó como base legal de su recurso al artículo 21 de la Ley de Propiedad Industrial, este Despacho no comparte los argumentos expuestos por el titular de la patente en cuestión, en el sentido de considerar que la disposición a aplicarse sea esta última, en virtud de la Disposición Transitoria Primera de la mencionada Decisión 344. Por el contrario, es precisamente esta última disposición la que establece los límites de aplicación de la decisión al disponer. "Todo derecho de propiedad industrial válidamente concedido de conformidad con la legislación existente con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la presente decisión, subsistirá por el tiempo en que fue concedido. En lo relativo a su uso, goce, obligaciones, licencias, renovaciones y prórrogas, se aplicarán las normas contenidas en la presente Decisión" (*Resaltado del acto*). De esta disposición se desprende que todos aquellos aspectos que se refieren al ejercicio del derecho se regirán por esa Decisión, reservando lo relativo al tiempo de duración de tal derecho a los términos en que fue concedido. Los recursos que se intentan en contra de tales derechos, persiguen cuestionar el ejercicio o goce de los mismos, por lo que la norma aplicable será la vigente para el momento en que tales recursos sean interpuestos, tal como ocurren en el presente caso, es decir, las normas contenidas en la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, quedando reservada la Ley Nacional para todos aquellos asuntos sobre Propiedad Industrial no comprendidos en dicha Decisión Andina (Artículo 144 comprendidos en dicha Decisión Andina (Artículo 144 ejusdem), es decir, que permanecen vigentes en materia de propiedad industrial sólo los dispositivos de la legislación nacional, no regulados por la Decisión 344 y que no la contradigan. (Subrayado de la Corte). En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Andino del Acuerdo de Cartagena, con sede en Quito, Ecuador, el cual en un pronunciamiento basado en la interpretación prejudicial de los artículos 143 y 144 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, y a propósito de la complementariedad entre el Derecho de la Integración y el Derecho interno de los Estados, dictaminó: "...siguiendo la 'Ratio Legis' del Derecho de la Integración en ella expresada, se comprueba que la intención del legislador es llegar a la uniformidad del sistema de administración comunitario, propendiendo a obtener la autonomía y modernización de las llamadas 'Oficinas Nacionales Competentes', con miras a homogenizar los sistemas y servicios de informa-

ción. Todo lo cual establece una colaboración estrecha entre el derecho nacional y el derecho comunitario, en el cual el primero de los nombrados actúa como derecho complementario del derecho de integración. No de la prevalencia del derecho comunitario sobre el nacional, asunto sobre el que no cabe duda alguna, ...ni de la derogatoria tácita del derecho nacional por aquél, puesto que ambos derechos pueden coexistir complementándose en beneficio de los intereses tutelados, en la medida en que el derecho nacional no contradiga sino que fortalezca el ordenamiento Jurídico Comunitario..." (PROCESO N° 3-IP-94, Quito, Ecuador, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 162 del 09 de septiembre de 1994).

En lo que respecta al Recurso de Nulidad, la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, lo contempla en sus artículos 52, en lo que se refiere a las Patentes de Invención, 70 en cuanto a los Diseños Industriales, 113 en cuanto a las marcas comerciales, y 140 para las Denominaciones de Origen, estableciendo un procedimiento especial, así como las causales en las que tendrá que fundamentarse dicho recurso. Y tomando en cuenta la anterior decisión del tribunal andino, los términos del artículo 144 ejusdem, y al encontrarnos ante una figura contemplada y regulada por la norma andina, consideramos que la Ley a aplicar es ésta última, correspondiéndole el artículo 70 de la mencionada Decisión relativo a la nulidad de los diseños industriales, modalidad ésta que agrupa a los dibujos y modelos industriales que contemplaba la Ley de Propiedad Industrial de 1955. (Subrayado de la Corte).

Al respecto cabe observar que como lo han destacado los tratadistas que se han ocupado de las distintas cuestiones inherentes al problema de la retroactividad de las leyes, y entre ellos, el jurista Joaquín Sánchez Covisa en su importante obra "La Vigencia Temporal de la Ley en el Ordenamiento Jurídico venezolano", *la ley posterior no valora los supuestos de hechos pasados*, por lo que no afecta la existencia o inexistencia, validez o nulidad, licitud o ilicitud de los supuestos de hecho verificados antes de su vigencia, y tampoco regula las consecuencias pasadas de supuestos de hecho pasados, o lo que es lo mismo, no afecta las consecuencias jurídicas producidas con anterioridad a su vigencia, sino que sólo se aplica de inmediato al contenido de los derechos adquiridos conforme a leyes anteriores. En este orden de ideas se observa,

que la Disposición Transitoria Primera de la mencionada Decisión 344 armoniza plenamente con tales postulados, pues de una parte, declara expresamente que todo derecho de propiedad industrial válidamente concedido de conformidad con la legislación anterior subsistirá por el tiempo en que fue concedido, y por otra parte, que todo lo relacionado a los derechos y obligaciones que derivan de tales registros se regirán por el nuevo instrumento. De manera que no podía el Registrador de la Propiedad Industrial ejercer la potestad anulatoria que le confiere la Decisión 344, para anular patentes concedidas de conformidad con la legislación anterior. Al hacerlo incurrió en la violación del artículo 44 de la Constitución.....Por su parte, al alegato de POLINCA, según el cual el Registrador no incurrió en irretroactividad alguna, porque las normas de procedimiento son de aplicación inmediata, aun a los procedimientos que se hallaren en curso, cabe igualmente observar que es precisamente en la nueva disposición procesal aplicada en donde se encuentra la limitación que priva a la autoridad nacional de la competencia que otorga para anular patentes conferidas con anterioridad a su entrada en vigencia, respecto de las cuales este mismo instrumento jurídico en su Disposición Transitoria garantiza que quedan en vigencia por el tiempo en que fueron otorgadas.

En efecto, como antes se indica, la salvaguarda de los derechos adquiridos conforme a leyes anteriores, quedó expresamente prevista en la Disposición Transitoria Primera de la propia Decisión 344 al establecer que: "Todo derecho de propiedad industrial válidamente concedido de conformidad con la regulación existente con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la presente Decisión, subsistirá por el tiempo en que fue concedido", y el mandato que establece en el último párrafo de esta disposición, de que "En lo relativo a su uso, goce, obligaciones, licencias, renovaciones y prórrogas, se aplicarán las normas contenidas en la presente Decisión", no tiene otra consecuencia que la señalada por los recurrentes, en el sentido de que si bien se respetan los derechos adquiridos conforme a legislaciones anteriores, estos sin embargo cambian de contenido con respecto a los atributos de esos derechos, lo cual nada tiene que ver con el régimen de nulidad de las patentes conferidas con anterioridad a la Decisión 344. De manera que considera la Corte que en efecto, el acto recurrido en amparo es violatorio de los artículos 44, 99 y 100 de la Constitución ya que afecta los derechos de propiedad adquiridos por PRECIPLOM FERRETTI, C.A. derivados de la Patente N° 2465, sobre

el Modelo Industrial denominado "precinto de seguridad para bolsas y sacos", concedida el 1° de agosto de 1988, bajo la vigencia de la Ley de Propiedad Industrial de 1955. Lo anterior es suficiente para declarar la procedencia del amparo interpuesto, y así se decide.

Juzgado 11°. de Primera Instancia en lo Civil,
Mercantil y del tránsito del área Metropolitana
de Caracas. 26/09/1996
Caso: Amparo Constitucional violación de derechos de patente
Ponente: Charles Fegali

Idoneidad de la acción de amparo en materia de propiedad industrial.

Es preciso para este Juzgador concretar el examen y verificación de los aspectos justificables a fin de que sea concedido un mandamiento de amparo, y al efecto debe destacarse.

1. Que la situación jurídica infringida por el acto, hecho u omisión de la autoridad pública o del particular, sea violatoria en forma directa, manifiesta e incontestable de un derecho o garantía constitucionalmente tutelado.

2. Que no exista para el restablecimiento de esa situación jurídica lesionada ningún otro medio ordinario procesal adecuado;

3. Que la lesión o el derecho o garantía afectados sean de tal naturaleza que no podrían ser reparados mediante la utilización de ese medio procesal.

Consecuente con lo expuesto, este Juzgador hace suya la jurisprudencia que pacífica, diuturna y constante ha emanado de nuestro Supremo Tribunal, en el sentido de que sólo procede la acción de amparo en presencia de violación directa, o amenaza de violación directa de disposiciones de la Constitución Nacional, y que al no presentarse la infracción directa e inmediata y clara de las garantías constitucionales es inadmisible el recurso de amparo, ya que la acción de amparo es un

recurso extraordinario previsto en la Ley especial para la protección constitucional, pero cuyo carácter excepcional sólo debe ser utilizado ante la evidente violación o amenaza de violación de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, pues de lo contrario y de aplicarse a todo caso se estaría soslayando la jurisdicción ordinaria, puesto que tales infracciones no deben referirse a normas de rango legal. Por sentencia del 17 de abril de 1996, la Sala de Casación Civil de nuestra Corte Suprema de Justicia, en el caso María Magdalena Pérez de Perdomo, fijó el criterio siguiente:

> **"Adicionalmente, la Sala de Casación Civil ha establecido que es necesario agotar las vías procesales ordinarias y extraordinarias antes de intentar el recurso de amparo, y que el actor en amparo tiene la carga procesal de utilizar el procedimiento normal preestablecido por la ley adecuado a sus intereses como tercera, que es un juicio de resolución de contrato incoada por la Sociedad Mercantil La Fonda Antioqueña S.R.L., juicio este que terminó por transacción celebrada entre las partes y que al no utilizarse el medio procesal normal, su incumplimiento produce la inadmisibilidad de la acción de amparo constitucional intentado y así se decide".** (Negrillas y subrayado del Tribunal). Se infiere que la acción de Amparo Constitucional ejercida aparece REGULADA en el artículo 51 de la Decisión 344 que regla el Régimen Común Sobre Propiedad Industrial, y por tanto dicho texto legal tiene por finalidad otorgar una protección al titular o quien se considere con derechos a una patente de acuerdo con la indicada DECISION. Bajo la óptica indicada es concluyente para quien sentencia que el artículo 100 de la Constitución Nacional consagra de forma general las directrices que deben guiar a la legislación especial al momento de proteger los derechos consagrados en dicho dispositivo, y que el único derecho subjetivo que en él se le confieren a los titulares es que nunca le podrán ser desconocidos. Ahora bien, resulta evidente que en el caso de autos es imposible para este Juzgador emitir un pronunciamiento sobre la violación del derecho subjetivo consagrado en tal precepto constitucional, ya que ello sería siempre necesa-

rio fundamentarse en una norma de rango legal que escapan de la protección de esta vía constitucional. De manera que, luego de dictada la ley sobre la materia- DECISION 344- es concluyente para este Sentenciador que cualquier violación de ésta (DECISION 344) tendría que ser reparada precisamente por los mecanismos procesales por ella previstas de forma especial o por los ordinarios destinados a tales fines. No cabe duda de que, la acción de amparo solo sería procedente para el caso de agresión directa que impidiese al propietario de la invención por el uso de la violencia a la utilización de la misma, pero el que otros utilicen la misma podría dar lugar a una acción ordinaria por la vía correspondiente- artículo 51 de la DECISION- para lograr la prohibición del uso de la invención, el pago de los daños y perjuicios e incluso, la aplicación de medidas preventivas de acuerdo al artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, de allí que la protección del derecho de propiedad no siempre involucra en el derecho de amparo. Si así fuera, una concepción como la puesta en evidencia llevaría a que pudiera decretarse el amparo en caso de que alguien poseyera lo ajeno, y en vez de ocurrir a la vía de reivindicación establecida en el artículo 548 del Código Civil, el propietario ocurriese a la vía del amparo constitucional, obviándose así la jurisdicción ordinaria para dilucidar cuestiones atinentes al derecho de propiedad. ... Por ello, no existe duda para este Juzgador que la acción de amparo ejercida presuntamente por haberse violado derechos constitucionales atinentes al derecho de invención alegado por la agraviada no involucra la directa infracción o amenaza de violación inminente y grave de un derecho o garantía constitucional. Es la violencia, el hecho arbitrario, la amenaza inminente lo que podría dar lugar a un amparo de tal naturaleza, de lo contrario la generalización de los amparos haría inútil la jurisdicción civil y la legislación procesal que no son sino formas de amparo regidos por el juicio ordinario o los procedimientos especiales contra las violaciones a las normas jurídicas. El amparo no está dirigido a este tipo de situaciones porque si así fuera, toda violación de la ley es en último término, una violación de

la Constitución, por tal vía llegaría a hacerse irrelevante e inútil a la jurisdicción ordinaria. Como consecuencia de lo expuesto, es necesario concluir forzosamente que en el caso subjudice la acción de amparo constitucional ejercida, es improcedente, y así debería decretarse en la parte dispositiva del presente fallo.

CSJ/SPA 10/10/1996
Caso: Amparo Constitucional contra el Registrador de la Propiedad Industrial solicitada por Laboratorios Calox, Laboratorios Klinos, Laboratorios Politécnicos Nacionales, Laboratorios Protón, etc.[1]
Ponente: Alfredo Ducharne

Objeto: desaplicación del artículo 15 ord. 1° de la Ley de Propiedad Industrial.

Es el caso que, sin tener que pronunciarse la Sala sobre la procedencia o no de la interpretación de la Corte Primera sobre el artículo 6, numeral 4° de la Ley Orgánica de Amparo, y su aplicabilidad en el caso planteado, resulta claro para este Supremo Tribunal que, de cualquier modo, la pretensión de las acciones no puede ser satisfecha, no tanto en virtud de que hubiese operado la caducidad o no de la acción, sino porque de forma alguna está presente otro requisito indispensable del amparo constitucional como lo es la existencia de un acto, hecho u omisión cierta concreta que cause la lesión constitucional denunciada o en todo caso de una amenaza inminente y determinada de violación de los derechos y garantía invocados. En efecto, siendo la acción de amparo por esencia restablecedora, resulta improcedente cualquier pretensión que tenga por fin una simple declaración de lo que es constitu-

1 En el caso que nos ocupa pareciera que la acción de amparo solicitada, no ha sido mas que un subterfugio para impedir en forma rápida la aplicación de la norma contenida en la Decisión 344. Aún cuando disiento de la posición mantenida por los solicitantes del amparo, probablemente la vía mas adecuada -técnicamente- es la acción de nulidad por inconstitucionalidad, lo cual no deja de ser beneficiosos a fin de que de una vez por todas el mas alto Tribunal determine las razones de porqué si es aplicable la normativa andina. Esto evitaría acciones perturbatorias permanentes por sectores interesados en mantener beneficios especiales a la industria farmacéutica nacional en detrimento de todos los compromisos internacionales adquiridos por la República.

cional y de lo que no es, que es lo solicitado en el caso de autos. No atacan las accionantes algún acto o hecho concreto, sino la aplicación, en general, que hace el Registrador de la Propiedad Industrial de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. Por ese motivo, no solo podría sostenerse válidamente -como lo hizo la Corte Primera- la inadmisibilidad de la acción por haber transcurrido mas de seis meses desde el supuesto comienzo de las violaciones constitucionales, sino que además debe declararse de plano la improcedencia de la acción ejercida, con fundamento en lo dispuesto en los numerales 2° y 3° del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo, que exigen que exista al menos una amenaza de violación de derechos constitucionales concreta, posible, inmediata y realizable por el imputado; y que la pretensión tenga efectos restablecedores, es decir, que conduzca a reponer al accionante en la situación que ostentaba antes de la existencia de la lesión.

En conclusión, al ser improcedente la pretensión genérica de los actores -que mas que de restablecimiento es, prácticamente mero declarativa- debe desestimarse la apelación ejercida contra el fallo de la Corte Primera del 6 de septiembre de 1995, el cual, en los términos aquí expuestos, queda confirmado en su totalidad. Así se declara

B. Organos involucrados
Organismo Nacional de carácter Administrativo

CSJ/SPA 11/07/1996
Caso: Joy c. Eau de Joy Jean Patou
Ponente: Cecilia Sosa Gómez

Vicio de inmotivación de los actos Administrativos.

Se encuentra inmotivado un acto cuando de su texto no es posible colegir las razones que tuvo la Administración para dictarlo. Por ello es que, en fallo del 18 de marzo de 1993, esta Sala dejó sentado que "el acto que describa brevemente las razones que sirvieron para apreciar los hechos, se considerará motivado, si la parte afectada ha podido ejercer a plenitud las defensas de sus pretensiones, permitiéndole también al Tribunal el control judicial del acto".

SARPI/ MIC PRIVADO
Caso: GUESS
Resolución N° 4298 29/05/96

Ejecutoriedad de los actos administrativos en el ámbito de la propiedad industrial.

Al respecto es necesario señalar que es práctica administrativa de este Organismo detener las solicitudes en curso, cuando hay una solicitud anterior que reivindica prioridad, no obstante la solicitud 2671 del año 1983, ya fue estudiada y decidida tal como se señala anteriormente, arrojando como resultado la negativa de la misma, reconociéndose la notoriedad de la marca comercial GUESS y la titularidad de la misma a favor de la empresa GUESS INC. razón por la cual se continuó el procedimiento de las marcas comerciales solicitadas por la referida empresa, basándose en la aplicación de la Ley que rige la materia, en este caso la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos la cual contempla en su Artículo 8 lo siguiente: "...Los actos administrativos que requieran ser cumplidos mediante actos de ejecución, deberán ser ejecutados por la Administración en el término establecido. A falta de este término se ejecutarán inmediatamente". De igual forma ha reseñado la Doctrina al respecto lo siguiente: ".. Se entiende por ejecutoriedad de los actos administrativos, la cualidad que les es inherente en virtud de la cual las autoridades administrativas, para hacer efectivas sus decisiones, no están obligadas a solicitar la intervención de las autoridades judiciales, sino que pueden alcanzar ese fin por medio de la actuación de los propios agentes de la administración. La ejecutoriedad es característica de aquellos actos administrativos que imponen deberes y restricciones a los particulares, y significa que, adoptada una decisión por la administración, podrá cumplirse, aun contra la voluntad de los obligados, sin que haya necesidad de obtener pronunciamiento alguno de los tribunales. Los actos administrativos o decisiones unilaterales de la autoridad administrativa, dirigidos a establecer deberes o limitaciones a los particulares, por regla general pueden ser ejecutados, como antes se dijo, por los propios agentes de la administración, sin necesidad de pronunciamiento judicial. No suspende la ejecución de un acto administrativo la interposición de algún recurso contra el mismo, sea por la vía administrativa o por la vía jurisdiccional. La doctrina sostiene en principio, y lo

mismo algunas legislaciones extranjeras, que los recursos, administrativos o jurisdiccionales, no deben ocasionar la suspensión de los efectos del acto. De la misma manera sostiene el Dr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS lo siguiente:

"En cuanto a la ejecutividad de los administrativos, puede decirse que equivale, en materia administrativa, a la prescindencia de un proceso de cognición que declare formalmente el derecho o título jurídico que tiene la Administración para actuar, lo cual en cambio, es esencial en las relaciones jurídicas que se resuelven en el proceso judicial ordinario. En efecto, uno de los principios fundamentales del orden jurídico contemporáneo que regula las relaciones entre particulares, es el principio según el cual nadie puede hacerse justicia por si mismo. Por tanto, cuando un particular quiera hacer valer un derecho contra otro, si no logra llegar amigablemente a un acuerdo con el otro particular, no puede hacer otra cosa que acudir a la autoridad judicial para que sea el juez el que constate su derecho y pueda, por tanto exigir el cumplimiento de la obligación por parte del otro particular. En otras palabras, los particulares, en sus relaciones jurídicas, para exigirse mutuamente el cumplimiento de obligaciones, tienen que hacer que sus derechos sean declarados por un juez el cual produce una decisión de carácter ejecutivo, la cual permite que pueda ejecutarlo a través de medidas judiciales.

La Administración, en cambio, puede decirse que no tiene necesidades de acudir ante un órgano judicial para que su derecho sea declarado formalmente, pues sus actos tienen carácter de título ejecutivo, y de allí su ejecutividad, es decir la posibilidad de ser ejecutados de inmediato. Por tanto, la Administración, cuando dicta un acto administrativo tiene, en realidad, la facultad de declarar sus derechos mediante actos unilaterales que crean obligaciones para los administrados, y esos actos, en sí mismos, tienen fuerza de títulos ejecutivos. Es decir, el acto administrativo al dictarse, per se, es ejecutable, por que tiene carácter ejecutivo, y por eso la Ley Orgánica en el Artículo 8 establece que el acto debe ejecutarse de inmediato, lo cual sólo es posible por que tiene carácter ejecutivo.

Por eso, podemos decir que esta ejecutividad del acto administrativo es un rasgo común de todos los actos, consecuencia del principio de la presunción de legitimidad que hemos visto. Como el acto se presume

válido, legítimo, veraz y oportuno, ese acto es ejecutable de inmediato y, en si mismo, tiene carácter ejecutivo.

La ejecutoriedad de los actos administrativos, que es el otro aspecto, enfoca un problema distinto. Si la ejecutividad se refiere al carácter ejecutivo de los actos administrativos, la ejecutoriedad se refiere a la posibilidad de ejecución forzosa de los actos por la propia administración que lo dictó; o sea, la ejecutividad, como hemos visto, es el carácter de título ejecutivo de acto; la ejecutoriedad es la posibilidad que tiene la Administración, ella misma, de ejecutarlo. Por tanto, la Administración no tiene que acudir a un juez para que declare el título como veraz y válido para poder ser ejecutado sino que tampoco tiene que acudir al juez para llevar a cabo su ejecución, por que ella puede ejecutarlo directamente. Esto distingue también esta situación de Administración de la de los particulares, quienes en este caso tienen que cumplir un procedimiento judicial de ejecución.

En efecto, hemos dicho, los particulares tienen que acudir ante un juez para declarar su derecho con carácter ejecutivo, y una vez que tienen sus derechos declarados por el juez, pueden lograr su ejecución también por vía judicial. Es el juez quien va a ejecutar el título y embargar o rematar los bienes del deudor, por ejemplo. En cambio, la Administración no tiene que acudir al juez ni para una ni para la otra cosa, sino que en general, su acto tiene fuerza ejecutoria y la Administración puede ejecutarlo forzosamente.

En esta forma, la ejecutoriedad es la posibilidad de ejecución forzosa de los actos administrativos, por supuesto, que imponen deberes de hacer (obligaciones) o deberes de no hacer (prohibiciones) a los administrados; y pueden considerarse como una característica de los actos administrativos, en virtud de la cual, la Administración no tiene necesidad de acudir ante una autoridad judicial para iniciar un proceso de ejecución de sus actos, sino que ella puede directamente ejecutarlos, por sus propios medios, en vía administrativa.

Una de las consecuencias fundamentales de la ejecutoriedad de los actos administrativos, derivada también del principio de la presunción de legitimidad y legalidad de los mismos, es la no suspensión de los efectos de los actos administrativos por razón de la interposición de

recursos administrativos o jurisdiccionales contra los mismos. Se trata, en otros términos del principio de los efectos no suspensivos de los recursos regulado indirectamente en el Artículo 87 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y en el Artículo 136 de la ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, según que se trate de un recurso administrativo o de un recurso contencioso administrativo.

Considerándose por lo antes expuesto improcedente el petitorio de suspender la tramitación de las referidas observaciones, y así se declara debido a que la Administración esta facultada para ejecutar los actos dictados por ella, y la interposición de un recurso no suspende los efectos de dicho acto, que en el presente caso era reconocer la notoriedad de la marca comercial GUESS y la titularidad de la misma a favor de la firma GUESS INC., negando la concesión del registro sobre las marcas comercial GUESS (ADIVINAR), inscripción No.2671/83, fundamento de las referidas observaciones.

Además siguiendo el análisis de las marcas comerciales solicitadas se pudo constatar la existencia de los siguientes registros, correspondientes a la marca comercial GUESS cuyo titular es la firma GUESS INC. Razón por la cual la referida Empresa con dichas solicitudes lo que desea es ampliar un derecho válidamente concedido con anterioridad por cuanto el alcance del derecho sobre los signos distintivos concede al titular de un registro, el derecho subjetivo de obtener nuevas marcas idénticas o similares y al respecto señala la Doctrina.

> *"...El propietario de un signo distintivo tiene derecho a registrarlo para distinguir artículos semejantes a los amparados por su registro original" de igual forma sostiene* "... o puede impedirse que un término registrado como marca pueda ser objeto de un nuevo registro por parte de su titular, ya se presente en la misma manera precedente o bien formulando parte de un conjunto, siempre y cuando dicho conjunto no se preste a confusión con otro registrado anteriormente".

En resumen considera esta Oficina Registral que se debe declarar sin lugar las observaciones interpuestas dando cumplimiento a las disposiciones legales vigentes en relación con la protección que debe concederse a las marcas notoriamente conocidas, y no estimular la conduc-

ta que asumen algunas personas al tratar de hacer suyas las creaciones intelectuales de terceros, sin importarle el perjuicio que puedan ocasionar a los legítimos titulares de esos derechos, ni a los consumidores en general, porque en definitiva lo que persiguen con el plagio de los signos distintivos es inducir a error al público consumidor en relación con la procedencia y origen de los productos y servicios que pretenden identificar con marcas que no le pertenecen, y de esta forma obtener ventajas económicas que sin mediar el referido engaño no hubiesen podido obtener."

II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL
Principios generales de la propiedad industrial
Temporalidad

SARPI/ MIC
Caso: GLORIARTE
Resolución N° 2290 27/06/96

Derecho de prelación para la obtención de derechos sobre marcas.

Analizado el recurso de reconsideración interpuesto contra la negativa de acordar el registro al signo comercial solicitado "GLORIARTE", y vistos los argumentos del recurrente, en los cuales alega que en fecha 19 de enero de 1987, le fue otorgado el registro No. 127.404-F marca comercial "GLORIARTE" en la clase 28, siendo dicho registro base de la negativa ya que por cuestiones prioritarias solicitó la marca "GLORIARTE" como persona natural, siendo el mismo el presidente de la compañía DISTRIBUIDORA GLORIARTE, C.A. Este Despacho al avocarse al conocimiento del caso planteado y realizando un análisis de lo alegado por el recurrente decide no valorarlos a su favor por cuanto si bien es cierto que la marca "GLORIARTE" le pertenece a DISTRIBUIDORA GLORIARTE, C.A., siendo el presidente de la misma ARCANGELO GIANDONI MODUGALO, no es menos cierto que la marca la solicita el presidente como persona natural, habiendo sido otorgada de manera primigenia a una persona jurídica. Por lo antes expuesto la prelación es de obligatoria observación dentro del trámite administrativo por estar contemplado en la legislación que rige la materia

y que esa prelación esta supeditada a condiciones específicas que le dan razón a su existencia y aplicabilidad.

III. SIGNOS DISTINTIVOS

A. Las Marcas (lema comercial, y marcas colectivas)

1. Conceptualización y criterios de valoración
Caso de Nombres Personales como marcas

SARPI/ MIC
Caso: VALENTINO
Resolución N° 4052 07/05/96
Protección de los nombres y apellidos.

Analizado el recurso de reconsideración interpuesto contra la negativa de acordar el registro al signo comercial solicitado "CAMILO VALENTINO", y vistos los argumentos del recurrente, en los cuales alega que el signo solicitado "CAMILO VALENTINO" no se encuentra incurso en supuesto prohibitivo alguno, por cuanto dicho signo está constituido por parte de su nombre Camilo y Valentino que es la forma característica que a través del tiempo lo han llamado amigos y familiares. Este Despacho al avocarse al conocimiento del caso planteado y realizando un análisis estructural del conjunto considera no estimar a su favor dichos argumentos en virtud de que si bien es cierto que en el signo solicitado se encuentra el término "CAMILO" y que corresponde al nombre del solicitante es también cierto que "VALENTINO" constituye el apellido de un tercero y cuya autorización no ha sido acompañada. Por lo que es Doctrina de este Despacho que cuando un signo consiste en el nombre y apellido, seudónimo, firma o caricatura de un tercero distinto del peticionario, si no se ha presentado autorización para hacer la solicitud, por él o por sus herederos, no se puede otorgar, porque ello constituiría un usufructo ilegítimo de la fama o prestigio ganado por dicha persona natural y de los derechos subjetivos derivados del nombre civil.

SARPI/ MIC
Caso: WALGREEN's c. WALGREEN
Resolución N° 5327 28/06/96

Protección de un nombre y su uso a nivel comercial.[2]

Ha sido presentada por ante este Despacho la solicitud de registro de la marca comercial WALGREEN's, a cuya concesión hace observación WALGREEN Co.; considerar que la marca solicitada es el apellido de un tercero distinto del peticionario así como alega que reproduce a la marca WALGREENS la cual no está solicitada y/o registrada en Venezuela y que considera una marca notoria. Analizados los alegatos expuestos por el opositor sin medios probatorios de la notoriedad de dicha marca en el extranjero, este Despacho considera que la calificación de notoria dada a una marca debe ser en función del conocimiento parcial que de ella tenga el público consumidor del país donde se pretenda hacer valer su notoriedad. Dicha notoriedad se atribuye al signo distintivo que ha adquirido renombre por la calidad y buena fama que ofrecen los productos, actividades o servicios que distingue y su protección viene dada, aún cuando no se encuentren registradas. Otro principio de especial importancia es que el registro de una marca comercial en el extranjero no es relevante a los fines de su Registro en Venezuela, cuando no existe en autos medios probatorios de la notoriedad de la antes mencionada marca, en tal sentido existe Doctrina Administrativa frecuentemente reiterada por este Despacho la cual señala que: "No constituye valor que procedente el hecho de que una marca esté registrada en el exterior, ya que a los fines del registro lo que debe tomarse en cuenta son las disposiciones de la Ley venezolana" (TEXTO PATENTE Y SIGNOS DISTINTIVOS, PÁGINA 18, Dra. HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ). De igual manera existe otro principio Doctrinario el cual establece: Para ser considerada como MARCA FAMOSA, la marca debe ser reconocida como notoria por el público en general o por una parte importante de los consumidores. En tal caso la marca famosa es susceptible de protección contra el uso por terceros de una marca idéntica o similar para productos incluso diferentes de los del titular de la marca famosa. No obstante ser necesario que las circunstancias sean tales que a falta de protección de la marca famosa, los consumidores serán inducidos a error respecto del origen de los productos, o a la conclusión errónea de que los productos están relacionados de alguna forma

2 Resulta interesante el caso, pues se trata del uso de un nombre a nivel comercial, por demás famoso dentro del campo respectivo. Esto trae a colación aquellos casos en que el nombre no sólo tiene un uso civil, sino el potencial uso que puede atribuirle valor comercial al mismo, como en este caso.

con el titular de la marca famosa, sin embargo, en conformidad con lo alegado por el observante en su escrito de oposición, la marca solicitada si consiste en el apellido de un tercero distinto del peticionario, sin que exista autorización del tercero para utilizar su apellido como signo marcario, por ende, encontramos la marca solicitada incursa en el Artículo 83, Literal F, de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

2. Requisitos para el registro de una marca

SARPI/ MIC
Caso: ALTAGRACIA c. ALTAGRACIA
Resolución N° 5159 28/06/96

Parecido gráfico y fonético entre marcas.[3]

Ha sido presentada por ante este Despacho la solicitud de registro de la marca comercial ALTAGRACIA, a cuya concesión hace observación FABRICA DE BEBIDAS Y ENVEJECIMIENTO EL MUCO, C.A.; por considerar que el grado de parecido gráfico y fonético existente entre su marca "ALTAGRACIA", Reg. N°98.556-F, para clase 49, con la marca solicitada es tal que es imposible su convivencia pacífica en el mercado sin inducir al consumidor medio a error de confundirlas. Este despacho vistos los alegatos presentados por el oponente y realizado el análisis comparativo global entre los signos distintivos, considera que los elementos de identidad entre ambos son sustancialmente más determinantes que los diferenciadores y en consecuencia en atención a la doctrina pacífica y de acuerdo a jurisprudencia reiterada que consideran que no se pueden registrar como marcas un signo que establezca riesgo de confusión con otro registrado o solicitado para identificar productos o servicios idénticos o similares, declara la presente solicitud incursa en la prohibición contenida en el Literal A, del Artículo 83, de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, en vista de que se tratan de productos análogos.

---

3 Este resulta un caso muy particular, pues si bien existía un registro previo sobre el signo, igualmente no puede negarse el hecho de que la marca de la compañía BODEGAS POMAR resulta notoria dentro del mercado venezolano, lo cual debió ser considerado por la administración, pues el tratamiento de estas marcas resulta diferente y su protección debe otorgarse inclusive aún cuando no sea hubiere registrado.

SARPI/ MIC
Caso: LASER WRITER
Resolución N° 3938 29/05/96

Una marca descriptiva no puede obtener el calificativo de notoria.

Analizando el Recurso de Reconsideración interpuesto contra la negativa de acordar el registro al signo comercial solicitado "LASER WRITER", y vistos los argumentos del recurrente, en los cuales alega que el mencionado signo no es genérico de los productos para los cuales se aplica, pues el término LASER WRITER es una palabra de fantasía creada por la empresa APPLE COMPUTER INC. y la cual ha hecho del signo notoriamente conocido tal y como aparece en el contexto de la guía del usuario "PERSONAL LASER WRITER 300" que acompaña marcado con la letra "A", razón por la cual no debe impedírsele su concesión, este Despacho en el análisis y resolución del interpuesto recurso, observa que el signo en aparente contravención con los supuestos prohibitivos de la Ley que rige la materia, resulta genérico pues la expresión "LASER WRITER" traducido a nuestro idioma oficial significa "ESCRITURA LASER", además es la forma común o usual como se designan en el comercio y en el mercado nacional a las "impresoras láser", aunado a esto de que el solicitante no le agrega al signo ningún elemento distintivo que permita diferenciar el producto con respecto a los demás que se encuentran en el mercado, razón por la cual esta oficina a fin de evitar que los administrados se apoderen de términos que pertenecen al Dominio público reitera su Doctrina que cuando un signo consiste en una mención o designación de uso común o general, indicando el género de un producto o servicio, o describiendo las cualidades, características, fines o naturaleza del mismo, y cuando indica o describe los efectos del uso de dicho bien, no es objeto de registro.

SARPI/ MIC
Caso: RENTA-A PHONE
Resolución N° 4055 07/05/96

Prohibición de registro de denominaciones genéricas. Conceptualización.

Analizado el recurso de Reconsideración interpuesto contra la negativa de acordar el registro al signo comercial solicitado "RENTA-A PHONE", y vistos los argumentos del recurrente, en los cuales alega que la marca solicitada "RENT-A-PHONE" no es genérico de los servicios para los cuales se aplica, ya que el mismo no constituye una expresión usual o de uso comercial y frecuente, dentro del contexto del marco jurídico territorial en el cual tiene lugar la decisión 344, muy por el contrario, siendo Venezuela un país con un predominante y oficial lenguaje castellano, el vocablo RENT A PHONE, no pasa de ser un modismo, no significa absolutamente nada bajo el mero aspecto descriptivo de la marca, este Despacho, observa que el signo en aparente contravención con los supuestos prohibitivos de la ley de la materia no resulta genérico de los servicios que distinguen, pues el signo solicitado es considerado por la administración simplemente evocativo y no genérico. En atención a lo anteriormente expuesto, este Despacho sostiene su doctrina reiterada y constante de que "Cuando un signo comercial no presenta de un modo claro y evidente la indicación del género o de la descripción de alguna característica o cualidad del producto o servicio, o de su finalidad o efectos, puede ser concedido, por cuanto es individualizador y distintivo de dicho bien o servicio en el mercado, siendo su carácter o naturaleza evocativa o sugestiva de la idea del producto o de sus cualidades.

SARPI/ MIC
Caso: LOGO JABON
Resolución N° 5211 28/06/96

Diseño de marca tridimensional descriptivo.[4]

Ha sido presentada por ante este Despacho la solicitud de registro de la marca comercial ETIQUETA, a cuya concesión hace observación PROCTER & GAMBLE DE VENEZUELA, C.A.; por considerar que el diseño solicitado carece de toda originalidad, el cual es actualmente utilizado de manera usual en la industria jabonera venezolana. En efecto, al hacer un análisis del diseño en cuestión, se observa que el mismo

4 Se niega el registro por considerar el diseño descriptivo del tipo de productos al cual se pretendía aplicar.

no cumple con el mínimo requisito de distintividad, ya que consiste en una forma usual de comercialización de los jabones, y ofrece una ventaja funcional de los productos a los cuales se aplica este diseño. En consecuencia la marca solicitada se encuentra incursa en los supuestos prohibitivos establecidos en los Literales a), b) y c) del Artículo 12 de la Decisión 344 del Acuerdo de Cartagena.

SARPI/ MIC
Caso: CAVIT A VITE
Resolución N° 2291 27/06/96

Aspectos de la marca compleja.

Analizado el recurso de reconsideración interpuesto contra la negativa de acordar el registro al signo comercial solicitado "CAVIT A VITE AD VITAM CANTINA VITICOLTOPI" (ETIQUETA), y vistos los argumentos del recurrente, en los cuales alega "que dicho signo se corresponde al de una marca compleja y por ende el parecido que presenta con la marca base de la negativa no debe considerarse como elemento aislado del signo ya que la marca solicitada está representada por un signo complejo en el cual los elementos que la integran son reivindicados en su conjunto y no aisladamente, mientras que el signo registrado esta representado por un elemento nominativo. Este Despacho acoge plenamente en el estudio .... según la cual "la marca compleja es la integrada por varios elementos nominativos o gráficos, que constituyen un conjunto en su totalidad el cual individualiza la marca como signo diferenciador de productos análogos, de aquí que para juzgar la registrabilidad de una marca compleja, debe tomarse en cuenta la marca en su conjunto y no el análisis de cada uno de sus elementos por separado, aún cuando alguno de éstos puedan coexistir en signos o palabras descriptivas, los que por su naturaleza dentro del conjunto no quedarían protegidas aisladamente por sí solas, con derecho exclusivo de uso, puesto que el registro es sobre el conjunto que constituye la marca y no sobre uno de sus elementos por separado", por lo tanto pueden figurar palabras de uso común en diseños registrables, por cuanto lo que interesa es el conjunto como un todo y no cada uno de sus elementos, siempre y cuando los términos de uso común no sean la parte esencial y resaltante y la única manera de denominar el producto.

SARPI/ MIC
Caso: SHORE OFF c. OFF SHORE
Resolución N° 5173 28/06/96

Productos análogos para signos similares.

Ha sido presentada por ante este Despacho la solicitud de registro de la marca comercial SHORE OFF, a cuya concesión hace observación OFF SHORE DE VENEZUELA HOLDINGS, S.A.; por considerar que el grado de parecido tanto gráfico como fonético de la marca oponente "OFF SHORE", Reg. N° 27533-D, clase 50, N°103.325-F, clase 39, N° 139.524-F, clase 42, N°139.523-F, clase 22, respectivamente, y la cual es una marca notoria, con la marca solicitada es tal que es imposible su convivencia pacífica en el mercado sin inducir al consumidor medio a incurrir en el error de confundirlas. Este Despacho visto los alegatos presentados por el oponente y realizado el análisis comparativo global entre los signos distintivos, considera que los elementos de identidad entre ambos son sustancialmente más determinantes que los diferenciadores y en consecuencia en atención a la Doctrina y de acuerdo a la jurisprudencia reiterada que consideran que no se puede registrar como marca un signo que establezca riesgo de confusión con otro registrado o solicitado para identificar productos o servicios idénticos o similares. Esto aunado al hecho de que la marca opositora es una marca notoria, la obtención del calificativo de notoriedad para una marca otorga a la misma total protección ante el intento de registro de terceros que no sean titulares aún con independencia de que se le haya otorgado N° de registro y la clase sea la misma, la presente solicitud se haya incursa en la prohibición contenida en el Artículo 83, Literal A, de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

SARPI/ MIC
Caso: ALCOLADO ARTICO
Resolución N° 4011 07/05/96

Signos Complejos.

En el presente caso, una vez analizada minuciosamente la marca comercial solicitada "ALCOLADO ARTICO" (ETIQUETA) frente a la marca comercial "ALCOLADO GLACIAL" (ETIQUETA), se advierte

que entre ellas no hay similitud evidente, por cuanto el signo solicitado consiste en una etiqueta, la cual representa un envase el cual presenta en su parte frontal a las figuras de dos pingüinos y en su parte inferior están impresas las palabras "ALCOLADO ARTICO", mientras que la marca comercial registrada está representada por una etiqueta en donde se presenta el siguiente conjunto las palabras "ALCOLADO GLACIAL", y en un diseño en el cual se ve al fondo la representación de un témpano de hielo en el que se lee la palabra "REFRESHING" (refrescante), hacia la derecha del mismo se lee la palabra "INVIGORATING" (vigorizante), el lado izquierdo arranca la representación de un rastro que se corta para intercalar la palabra "WHOLESOME" (saludable), y luego a los pies de la figura de un pingüino, siendo consideradas ambas marcas como signos complejos en el cual los elementos que los integran son reivindicados en su conjunto y no aisladamente, ya que la protección que se concede a este tipo de signos no recae aisladamente en cada uno de sus componentes sino que la exclusiva abarca la totalidad del conjunto. En este sentido la Doctrina Administrativa constantemente reiterada por este Despacho considera "El sistema para apreciar las semejanzas entre los signos distintivos se basa en la apreciación alternada y global del efecto gráfico y fonético que los mismos producen en el consumidor medio. Por lo tanto el objeto de la marca comercial es individualizar los productos de una empresa, comercio o fábrica, señalando que la marca persigue ante todo distinguir un producto de otro del mismo género. .... para juzgar la registrabilidad de una marca compleja debe tomarse en cuenta la marca en su conjunto y no el análisis de cada uno de sus elementos por separado, aún cuando alguno de éstos puedan consistir en signos o palabras descriptivas, las que por su naturaleza, dentro del conjunto no quedarían protegidas aisladamente, con un derecho exclusivo de uso, puesto que el registro es sobre el conjunto que constituye la marca, y no sobre uno de sus elementos por separado".

SARPI/ MIC
Caso: RACKET
Resolución N° 3942 29/05/96

Prohibición de registro de denominaciones genéricas.

Analizando el Recurso de Reconsideración interpuesto contra la negativa de acordar el registro al signo comercial solicitado "RACKET",

y vistos los argumentos del recurrente, en los cuales alega que el mencionado signo no es genérico de los productos para los cuales se aplica; puesto que ya el solicitante es titular del registro de la marca RACKET anotado bajo el No.91423-F, razón por la cual no debe impedírsele su concesión puesto que lo que pide es una extensión de un derecho ya adquirido, este Despacho en el análisis y resolución del interpuesto recurso, observa que el signo en aparente contravención con los supuestos prohibitivos de la ley de la materia, resulta genérico para los productos que distingue pues la expresión "RACKET" traducida a nuestro idioma oficial significa "RAQUETA" lo cual se corresponde con la forma común o usual como se designan en el comercio que se comercializa en el presente caso; ahora bien, mal puede alegar el solicitante la existencia de un registro de la marca "RACKET" en clase 39 del cual ya es titular puesto que *en el presente caso no puede haber una extensión del derecho a una clase de productos donde la expresión "RACKET" pasa a ser el género y no se constituye en arbitraria*; razón por la cual la oficina reitera su Doctrina que cuando un signo consiste en una mención o designación de uso común o general, indicando el género de un producto o servicio, o describiendo las cualidades, características, fines o naturaleza del mismo; y cuando indica o describe los efectos del uso de dicho bien, no es objeto de registro por cuanto nadie puede apropiarse de menciones que pertenecen al Dominio Público.

SARPI/ MIC
Caso: SEA PRIDE
Resolución N° 2289 27/06/96

Prohibición de registros de signos genéricos.

Analizado el recurso de reconsideración interpuesto contra la negativa de acordar el registro al signo comercial solicitado "SEA PRIDE", y vistos los argumentos del recurrente, en los cuales alega que el mencionado signo no es genérico de los productos para los cuales se aplica, este Despacho en el análisis y resolución del interpuesto recurso, observa que el signo en aparente contravención con los supuestos prohibitivos de la Ley de la materia, no resulta genérico para los productos de la clase solicitada que usualmente sea designado con el nombre del signo solicitado, pues es doctrina reiterada por este Despacho que cuando un

signo consiste en una mención de uso general pero aplicada a una clase de productos o de servicios no relacionada con dicho signo, el mismo resulta arbitrario y distintivo, no asociado a la clase del nomenclator oficial de la marca solicitada.

SARPI/ MIC
Caso: "CAFE LA HACIENDA"
Resolución N° 4065 07/05/96

Relevancia del elemento emergente dentro del conjunto registrable.

En el mismo sentido antes expresado debe este Despacho señalar su igualmente reiterado pronunciamiento sobre el elemento emergente de los signos, en el sentido de que si bien la apreciación debe hacerse en conjunto, existen elementos que se hacen resaltantes frente a otros que se presentan accesorios o bien pasan desapercibidos, y que lo que la administración debe analizar cuando se presentan conflictos de parecidos entre signos, es aquel que resalta del conjunto, en el presente caso es lógico pensar que el consumidor retiene fundamentalmente el nombre del producto, en la marca solicitada hay una parte dominante como es el término "LA HACIENDA" que produce un impacto global sobre el consumidor ordinario dado que es el primer elemento verbal que predomina debido a que es más factible que la etiqueta en cuestión impresione la memoria del comprador y se utilice para identificar y solicitar el producto.

3. Observaciones y mejor derecho

Juzgado Superior 7mo. en lo Civil, Mercantil
y del Tránsito del Área Metropolitana 12/06/1996
Caso: Nulidad de registro de la marca comercial JOAN & DAVID
Ponente: Iván Escalona

Diferencia entre uso y derecho de registro.[5]

5 Lamentablemente en esta sentencia se desconocen todos los criterios aplicables en materia de derecho marcario, y específicamente aquellos vinculados a Convenios Internacionales, quedando en este caso, desprotegido un signo distintivo de gran renombre a nivel internacional y que efectivamente contaba con las herramientas necesarias para que le fuera otorgada la protección conforme a las normas aplicables en Venezuela. Así, el derecho preferente que menciona la sentencia, es precisamente la notoriedad de la marca a nivel internacional, y no como pretende interpretar el Juzgador, "solo si se usa y registra en Venezuela".

Ciertamente la parte actora probó ser la titular de los Derechos de Registro de las tantas veces nombrada marca "JOAN & DAVID" en los países como Japón, Gran Bretaña, Irlanda del Norte, Alemania, Canadá, Francia, Italia y Estados Unidos de América, sin embargo, no probó el uso de la misma en dichos países pues, a criterio de este Juzgador una cosa es el Registro y otra cosa muy distinta es el uso, a saber el Registro es el derecho a usar la marca de que se trate y el uso es una situación de hecho. Son actos materiales así pues, pudiera gozar en uno cualquiera de esos países, del Derecho Preferente al que ella ha hecho referencia, una vez que se le venciese el tiempo por el cual le fue otorgado el Derecho de Registro y cumpliendo con las exigencias del país de que se trate. Pero en nuestro país, Venezuela, no goza de tal Derecho Preferente, por; cuanto en ningún momento probó tener un Registro anterior de tal marca "JOAN & DAVID", ni gozar del uso de la misma. Tampoco probó que el uso de la marca en litigio conduce al público consumidor en error en cuanto a la procedencia de los artículos que distingue la misma, ni la publicidad que tiene la mencionada marca en el Exterior Uso y derecho de Registro que sí fue demostrado por la demanda, tal y como ya quedó plasmado en el cuerpo de esta decisión. Y así se declara.

SARPI/ MIC
Caso: GALAXY c. GALAXY
Resolución N° 5186 28/06/96

Examen de fondo y legitimación para presentar oposiciones.

Ha sido presentada por ante este Despacho la solicitud de registro de la marca comercial GALAXY, a cuya concesión hace observación GENERAL INSTRUMENT CORPORATION. Vistos los alegatos formulados por el oponente, este despacho decide que por cuanto la oposición sólo se basa en una expectativa de derecho, ya que sus marcas son simples solicitudes de fechas anteriores a la presente y esto no le da facultad para solicitar la negativa de ésta, simplemente goza del derecho de prelación para obtener la marca Galaxy; pero por cuanto existen otras razones que si son fundamentales para negarlas; esta oficina decide declarar sin lugar la presente oposición, pero no concede el registro, ya que la marca solicitada tiene parecido gráfico y fonético con la marca registrada bajo el N°120536, marca GALAXY, en la misma clase, vale

decir 21 (nomenclator oficial); lo cual si causaría error o confusión al consumidor, sobre la calidad y procedencia de los productos. Es por lo antes expuesto que la marca solicitada se encuentra incursa en los supuestos prohibitivos de los Literales H e I, del Artículo 82, y Literal A, del Artículo 83, de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

SARPI/ MIC
Caso: EL AL c. EL AL ISRAELI AIRLINES
Resolución N° 5216 28/06/96

Oposición por marca notoria.

Ha sido presentada por ante este Despacho la solicitud de registro de la marca comercial EL AL, a cuya concesión hace observación EL AL ISRAEL AIRLINES LIMITED; por considerar que el signo solicitado reproduce íntegramente a la notoriamente conocida marca EL AL AEROLINEAS DE ISRAEL, comercializada en el mercado internacional por su representada y la cual se encuentra solicitada en Venezuela bajo la solicitud N°18207-86, sin cumplir así con los requisitos de variedad y originalidad que todo signo distintivo debe poseer. Este Despacho después de realizado el análisis comparativo global entre las marcas considera que la marca solicitada sí reproduce a la marca notoria base de la oposición. La calificación de notoria a una marca, debe ser en función del conocimiento general que de ella tenga el público consumidor. Dicha notoriedad se atribuye al signo distintivo que ha adquirido renombre por la calidad y buena fama que ofrecen los productos, actividades o servicios que distinguen y su protección viene dada aún cuando no se encuentre registrada, en evitar que sea registrada por terceros no titulares de la misma a fin de impedir que los consumidores puedan ser inducidos a error al adquirir los productos en la creencia que la procedencia y cualidad de esta son las mismas.

SARPI/ MIC
Caso: GLOBO
Resolución N° 3994 07/05/96

Apreciación de conjunto en los signos complejos.

Analizando el recurso de reconsideración interpuesto contra la negativa de acordar el registro del signo comercial solicitado y vistos los argumentos del recurrente en los cuales alega que la denominación comercial "CONFECCIONES EL GLOBO S.R.L." toda vez que son marcas absolutamente diferentes, donde el punto de semejanza es la palabra "GLOBO", si se atiende a una visión de conjunto y sintética, operando con la totalidad de los elementos integrante de cada uno de los signos sin descomponer su unidad fonética y gráfica se advierte una evidente disparidad entre ellos, porque si bien presentan algunas coincidencias parciales cada signo tiene claros elementos de una significativa carga diferencial que resultan decisivos para su convivencia pacífica en el mercado. En este sentido la Doctrina Administrativa ha establecido que:

> "El hecho de que una marca esté íntegramente contenida en otra, no es por sí sola circunstancia capaz de impedir su registro, ya que otros elementos pueden crear entre dichos signos características diferenciales.

SARPI/ MIC
Caso: PEPE GRILLO
Resolución N° 5383 28/06/96

Protección de personaje protegido por el Derecho de Autor.

Ha sido presentada por ante este Despacho la solicitud de registro de la marca comercial GRILLO, a cuya concesión hace observación WALT DISNEY PRODUCTIONS, se objeta la presente solicitud por considerar que constituye la reproducción íntegra de uno de los personajes famosos ficticios de una de las tiras cómicas creadas y producidas por su legítimo titular "WALT DISNEY PRODUCTIONS". En efecto y como bien lo demuestra la observante, este famoso personaje ficticio "PEPE GRILLO", es objeto de un derecho de autor en su país de origen; así como constituye una marca notoriamente conocida, la cual se encuentra revestida de una protección especial no solo por las leyes venezolanas, sino por todos los regímenes existentes de Propiedad Industrial y Derecho de Autor, rompiendo en consecuencia el principio de la espe-

cialidad de la marca por la buena fama que ofrecen los productos o actividades que distingue, como también por el conocimiento general que de este signo distintivo tiene el público consumidor. Ello además de que se encuentra registrada ante este Organo Administrativo desde el 14 de junio de 1958, bajo el N°34159-F. Por las razones antes expuestas, la marca solicitada se encuentra incursa en los supuestos prohibitivos establecidos en los Literales A, D, G, del Artículo 83 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

B. La marca notoria

1. Conceptualización y criterios de valoración

SARPI/ MIC
Caso: PAM AM
Resolución N° 2293 27/06/96

Posibilidad de confusión respecto a marcas notorias.

Analizando el Recurso de Reconsideración interpuesto contra la negativa de acordar el registro al signo comercial solicitado "PAM AM" y vistos los argumentos del recurrente, en los cuales alega que los signos marcarios "PAN AM" no se parecen a otra marca ya registrada, ni indica alguna cualidad o procedencia, es una marca totalmente de fantasía, no es genérica, por lo tanto al observar la marca "PAN AM" tiene bastantes características que le dan la novedad y originalidad que exige la Ley", este Despacho al avocarse al conocimiento del caso planteado y realizando un análisis estructural del conjunto considera ilegítima la pretensión del recurrente, ya que la marca solicitada "PAN AM" ..... utiliza una expresión marcaria que pertenece a la creación y uso de PAN AMERICAN WORLD AIRWAYS INC., por cuanto es conocida como una marca notoria para distinguir una línea aérea y todos los servicios relacionados con la misma, que efectúa vuelos entre Venezuela y los Estados Unidos y entre los Estados Unidos y el mundo entero, "PAN AM" se encuentra registrada como denominación comercial, ...en toda una gama de servicios y de productos, entre los cuales se encuentran evidentemente amparados por la marca solicitada. El uso de la mencionada expresión en la forma como aparece solicitado y publicado evidentemente que induce a confusión y haría creer a los eventuales adquirientes

que los productos que así se distinguieren provienen y son originarios de PAN AMERICAN WORLD AIRWAY INC., la cual utiliza actualmente y desde hace varios años tal expresión marcaria para distinguir toda su producción. En este sentido es doctrina de este Despacho que "Si una marca comercial goza de extensivo conocimiento y difusión internacional, subregional o nacional, divulgación publicitaria, antiguedad, constancia en el uso, éxito comercial y liderazgo en el mercado debe ser considerada notoria y famosa, así mismo la protección otorgada por el derecho marcario a los signos que posee la connotación de notorio, rompe el principio de la especialidad de la clase, extendiéndose a toda clase de productos, bienes y servicios y a todos los tipos y clases de marcas.

Caso: TRAVEL FOX c. FOX
Resolución N° 5202 28/06/96

Protección de una marca notoria.[6]

Ha sido presentada por ante este Despacho la solicitud de registro de la marca comercial TRAVEL FOX, a cuya concesión hacen observación TWENTIETH CENTURY-FOX FILM CORPORATION Y BARRY KLEIN KLEIN; los observantes se oponen a la presente solicitud por considerar que el parecido de la marca solicitada con su marca hace imposible su convivencia en el mercado. Este Despacho, analizados los recaudos concluye: La similitud de la firma T.S. FOX, con la solicitada es ínfimo y no suficiente para confundir al consumidor medio, por lo tanto se declara sin lugar la observación. En cuanto a las solicitudes invocadas por los otros observantes, este despacho, consecuente con la jurisprudencia y doctrina pacíficas, declara legítima la pretensión del observante BARRY KLEIN KLEIN, por ser anterior en el tiempo a las del observante MICHELANGELI y el solicitante y poseer por ello derecho prioritario. Se declara con lugar la observación del ciudadano BARRY KLEIN.

6 Llama la atención como en este caso, el criterio de la administración fue no dar valor a la existencia de parecido al colocar únicamente la palabra TRAVEL. En efecto, la palabra Travel acompañada del signo FOX podría producir el riesgo de asociación respecto a la marca notoria del oponente TWENTIETH CENTURY-FOX FILM CORPORATION.

SARPI/ MIC
Caso: TOMMY HILFIGER
Resolución N° 3983 07/05/96

Protección de marca notoria.

Han sido negadas de oficio las solicitudes de registro de las Marcas comerciales "TOMMY HILFIGER", etiqueta, identificadas ut-supra, por considerar esta Oficina Administrativa, que las solicitudes guardan parecido gráfico y fonético y con la consiguiente posibilidad de confusión con el público consumidor, sobre la falsa procedencia de los productos que ella distinguen con la marca comercial "TOMMY HILFIGER", registrada por ante este Despacho ...., para distinguir: "Artículos de vestir, sombreros y calzados", (Productos nacionales y/o extranjeros), clase 39 ....Es doctrina reiterada por este Despacho, que cuando un signo presente parecido o identidad gráfica y fonética con un signo previamente registrado para la misma clase de productos o servicios, no puede otorgarse por cuanto podría engañar o confundir al consumidor respecto a la procedencia origen, naturaleza características y calidad del producto que pretende proteger y de este modo introducir distorsiones de apreciación en el mercado respectivo. En este sentido la Doctrina Administrativa señala que "No pueden coexistir dos marcas destinadas a los mismos productos, cuando la solicitada comprende íntegramente a la marca registrada manteniendo su naturaleza los mismos elementos que caracterizan a esta última". Además la marca comercial registrada "TOMMY HILFIGER", es una marca notoria, conocida en el mercado internacional, considerando que la calificación de notoria dados en una marca debe ser en función del conocimiento general que de ella tenga el público consumidor del país donde se pretenda hacer valer su notoriedad. Dicha notoriedad se le atribuye al signo distintivo que ha adquirido renombre por la calidad y buena fama que ofrecen los productos, actividades o servicios que distinguen dicha marca y su protección viene dada aún cuando no se encuentre registrada, evitar que sea registrada por terceros, no titulares de la misma a fin de impedir que los consumidores puedan ser inducidos a error al adquirir los productos en la creencia de que se trata de la marca notoria o que la procedencia o cualidad de estos son las mismas. Además *el tercero que pretenda registrar como propia una marca notoria, se estaría aprovechando de una fama que no ha sido*

por él producida y de ventajas que puedan ir en detrimento del público consumidor.

2. Derechos conferidos por la Marca Notoria

SARPI/ MIC
Caso: PEPE
Resolución N° 4299 29/05/96

Protección de las marcas notorias.

Además siguiendo el análisis de las marcas comerciales solicitadas es necesario señalar que la marca comercial PEPE, es una marca notoria, conocida en el mercado internacional, considerando que la calificación de notoria dadas a una marca debe ser en función del conocimiento general que de ella tenga el público consumidor del país donde se pretenda hacer valer su notoriedad. Dicha notoriedad se le atribuye al signo distintivo que ha adquirido renombre por la calidad y buena fama que ofrecen los productos, actividades o servicios que distinguen dicha marca y su protección viene dada, aún cuando no se encuentre registrada, en evitar que sea registrada por terceros, no titulares de la misma a fin de impedir que los consumidores puedan ser inducidos a error al adquirir los productos en la creencia de que se trate de la marca notoria o que la procedencia o cualidad de éstos son las mismas. Además, el tercero que pretende registrar como propia una marca notoria, se estaría aprovechando de una fama que no ha sido por él producida y de ventajas que puedan ir en detrimento del público consumidor. En tal sentido existe un principio doctrinario de especial importancia el cual establece: ..."para ser considerada como marca famosa la marca debe ser reconocida como notoria por el público en general, o por una parte importante de los consumidores. En tal caso, la marca famosa es susceptible de protección contra el registro o el uso, por terceros de una marca idéntica o similar para productos incluso diferentes de los del titular de la marca famosa. No obstante será necesario que las circunstancias sean tales que a falta de protección de la marca famosa, los consumidores serían inducidos a error respecto del origen de los productos, o a la conclusión errónea de que los productos están relacionados de alguna forma con el titular de la marca famosa". En este sentido la Corte Suprema de Justicia en senten-

cia de fecha 10 de marzo de 1993, ha sostenido, que el ordinal 12o.) contempla: "la circunstancia de que la marca pueda inducir a error por indicar una falsa procedencia o cualidad, de lo que deriva la intención del legislador de proteger el colectivo de la posibilidad de que la marca adoptada suponga una ventaja ilegítima en el comerciante que la adopte o registre, en razón de que en definitiva pueda engañar en relación a la procedencia o a las cualidades del producto que con ella se comercializa. De este último supuesto es que deriva la noción de marca notoria, conforme a la cual no puede ser adoptada o registrada una marca por quien no sea el que originalmente le haya dado tal notoriedad, ya que el hecho mismo de tal notoriedad hace posible que se induzca a que se considere el producto que ella identifica como procedente del primer sujeto que le dio tal notoriedad o con las cualidades propias de la mercancía que éste comercializa, cuando en realidad es usada pro un sujeto distinto. Este mecanismo legal tiene una doble vertiente de protección: la referida a la colectividad susceptible de ser emanada: y la referida a la necesidad de evitar una competencia desleal conforme a la cual, quien ha labrado tal notoriedad comercial vea cercenados sus esfuerzos en razón de que se le quiera oponer el efecto preclusivo del registro, lo cual virtualmente constituye un despojo, ya que una creación intelectual como lo es una marca se hace propiedad de la persona por el hecho mismo de la creación". Agrega la Corte en la misma sentencia al referirse al concepto de territorialidad de la Ley, lo siguiente: "Este concepto en modo alguno permite afirmar que el ámbito de notoriedad deba circunscribirse al territorio nacional, sino únicamente que a los efectos del registro en Venezuela deben tenerse en cuenta básicamente las normas patrias. De tal modo resulta claro que la Ley nacional antes dictadas, en sus artículos 3 y 33 ordinal 12o), prevé todo un sistema de protección a las marcas ya registradas, que por la circunstancia se presumen propiedad del titular del registro, y a las marcas notorias, notoriedad esta que en modo alguno puede interpretarse como circunscrita necesariamente al ámbito nacional. De lo contrario se estaría negando la posibilidad de proteger al propietario de una marca extranjera, por lo demás notoria fuera de las fronteras patrias, por el hecho de que no sea notoria en el país", y que la firma PEPE UK LIMITED es propietaria de la marca DON PEPE, registro No.84111-F de fecha 24-02-77 (renovada), razón por la cual la referida Empresa con dichas solicitudes lo que desea es ampliar un derecho válidamente concedido con anterioridad, por cuanto

el alcance del derecho sobre los signos distintivos concede al titular de un registro, el derecho subjetivo de obtener nuevas marcas idénticas o similares .....

SARPI/ MIC
Caso: METALKIT c. METALSIX
Resolución N° 5205 28/06/96

Marca notoria y pruebas.

Ha sido presentada por ante este Despacho la solicitud de registro de la marca comercial METALKIT, a cuya concesión hace observación METALSIX COMERCIO INDUSTRIA CONEXOES LTDA.; por considerar que es prácticamente idéntica a la marca METALSIX que conforma la base de su escrito de observaciones, limitándose el solicitante a sustituir la S por la K, y la X por T quedando la partícula principal idéntica. Este Despacho después de un análisis global comparativo entre los signos en conflicto, no duda que existan entre ellas elementos de similitud evidentes, lo cual impide que tales signos sean individualizables en el mercado; pero al hacer la correspondiente revisión del escrito de observaciones, encuentra que el observante no aporta hasta la presente fecha las pruebas necesarias para demostrar la notoriedad de la marca base de sus observaciones, como tampoco que la misma se encuentre registrada a favor de su representada tanto en el país de origen como en otros países. Por tales razones, este despacho no considera que la marca solicitada se encuentra incursa en supuesto prohibitivo alguno.

SARPI / MIC
Caso: INDUSTRIAS CHANDAL c. CHANEL
Resolución N° 5320 28/06/96

Límites de protección de una marca notoria.[8]

Ha sido presentada por ante este Despacho la solicitud de registro de la marca comercial INDUSTRIAS CHANDAL, a cuya conce-

8 En este cso se declaró sin lugar la oposición presentada por Chanel, con fundamento en la intensa distintividad de la marca, por demás notoria, pues su fuerza distintiva impide la confusión con el registro solicitado, y en consecuencia, no puede hablarse de dilución de la fuerza distintiva.

sión hace observación CHANEL, S.A., por considerar que la marca solicitada presenta parecido gráfico y fonético con la marca notoria CHANEL. Este Despacho después de realizado el análisis comparativo entre las marcas en conflicto considera que la marca solicitada no presenta parecido gráfico ni fonético con la marca CHANEL. La marca notoria CHANEL, no se confundiría con la marca solicitada, ya que CHANEL es tan conocida, difundida y notoria que permite que el público consumidor puede diferenciarlo de otra marca. En consecuencia, la administración señala que ambas marcas puedan coexistir pacíficamente en el mercado sin que induzcan a error o confusión al público consumidor y ordena el registro solicitado.

C. Denominaciones de origen
Conceptualización

SARPI/ MIC
Caso: PINEAU c. PINEAU
Resolución N° 5170 28/06/96

Protección de las Denominaciones de Origen.

Ha sido presentada por ante este Despacho la solicitud de registro de la marca comercial PINEAU, a cuya concesión hace observación INSTITUTO NUTRICIONAL DES APPELLATIONS D' ORIGINE. La marca comercial solicitada PINEAU, es una denominación de origen protegida proveniente de Francia. En efecto, PINEAU es un vino generoso de la región de Charenles según el diccionario Larousse; protegido además en el INSTITUT NATIONAL DES APPELLATIONS D' ORIGINE del gobierno Francés. Es doctrina reiterada de este Despacho, que cuando un signo consiste en una denominación de origen, no se puede conceder, por cuanto podría inducir a error al consumidor sobre la procedencia o calidad de los productos. El signo solicitado se halla incurso en el Literal I, Artículo 83, de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

D. Indicaciones geográficas
Conceptualización

SARPI/ MIC
Caso: KIOTO
Resolución N° 4021 07/05/96

Falsa Indicación de procedencia.

El motivo de la negativa de registro de la marca comercial "KIOTO" anotada bajo el N°17995-88, ha sido la aplicación de la disposición prohibitiva del ordinal 5°) de la Ley de Propiedad Industrial el cual dispone: "No podrán adoptarse ni registrarse como marcas:... 5°) los nombres geográficos, como indicación del lugar de procedencia". Ahora bien, esta disposición legal dentro de la institución marcaria esta íntimamente ligada a las designaciones de origen que muchas legislaciones protegen para indicar los productos cuando los mismos tienen determinadas características de calidad en razón precisamente del lugar donde se fabrica. La normativa vigente en Venezuela contenida en el ordinal 5°) del artículo 33 ejusdem, se contrae exclusivamente a aquellos nombres geográficos cuando indica lugar de procedencia. Esta prohibición tiene sentido pleno para evitar que la persona natural o jurídica trate de reivindicar para si el nombre de la región geográfica que en alguna forma se caracteriza por la producción o elaboración de productos determinados, con la calidad específica muy propia de tal región geográfica. En efecto el caso de autos, considera este Despacho que el lugar geográfico denominado "KIOTO" no se distingue ni es reconocido por la fabricación, distribución, comercialización, representación, importación, exportación de calzados, cinturones y carteras, por lo que en la presente situación queda desvirtuada la presente negativa de oficio de la solicitud de autos.

Impreso en
los talleres gráficos de
Editorial Torino
Telfs.: (02) 239.76.54, 235.24.31
Fax: (02) 235.43.46
Caracas - Venezuela

La Revista

La Revista es una publicación semestral para contribuir a la divulgación, estudio y discusión de temas vinculados con las regulaciones económicas internacionales, y, en particular, de la relación entre el Derecho, la Política Pública y la Economía, en el nivel internacional, y de los aspectos jurídicos de las relaciones económicas internacionales. La Revista dará especial prioridad al tratamiento de temas como: regulaciones al comercio internacional de bienes y servicios, tratados de integración económica y de libre comercio, regulaciones a las inversiones extranjeras, propiedad intelectual, organizaciones internacionales en materia económica y mecanismos para la solución de diferencias, comercio y ambiente, comercio y regulaciones laborales, y otros temas relevantes en el área de las relaciones económicas internacionales.

A pesar de que la Revista es ante todo, una publicación jurídica, no está dirigida sólo a los abogados, sino también a profesionales y estudiantes de otras disciplinas, interesados en conocer aspectos de las relaciones económicas internacionales.

Publicacion de Textos

La Revista gratamente considerará todas las contribuciones espontáneas recibidas, pero no asumirá responsabilidad alguna respecto de su publicación, no estando obligada a informar las razones por las cuales se decida no publicar una determinada contribución.

Las contribuciones deberán ser inéditas y escritas en lengua castellana. Estas deberán ser presentadas en original y tres copias, en cuartillas a doble espacio impresas en una cara, con márgenes de al menos un centímetro y medio de cada lado. Igualmente se deberá adjuntar una versión de las mismas en procesador de textos, en medio magnético (disquete).

Las contribuciones serán recibidas por el equipo editorial de la Revista. Este hará una revisión estilística preliminar de la contribución presentada y luego sometidas a consideración de árbitros, miembros del Consejo Asesor. A los árbitros corresponderá la decisión final, respecto de la publicación.

Se recomienda a aquellas personas interesadas en escribir para la Revista, entrar en contacto con el equipo editorial, con el fin de obtener información en torno a las normas de estilo.

Para cualquier información, favor contactar a la Revista de Derecho Internacional Económico: Aspectos Juridicos de las Relaciones Economicas Internacionales, Apartado de Correos 510, Carmelitas, Caracas 1010, Venezuela, o enviar su mensaje al correo electrónico: jcastrb@cantv.net

CARACAS-VENEZUELA