

Remembranza sobre fusiones mercantiles, derecho administrativo económico venezolano y libre competencia

Manuel Rojas Pérez*

RVDM, Nro. 5, 2020. pp-267-306

Resumen: El presente trabajo hace un breve repaso sobre la regulación jurídica de la libre competencia en Venezuela, con especial referencia a las fusiones de sociedades mercantiles, haciendo énfasis en la doctrina de la antigua Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, ya que, según el autor, actualmente en Venezuela no se aplica ese régimen jurídico.

Palabras clave: Fusiones, libre competencia, derecho administrativo económico.

Remembrance about corporative mergers, economic administrative law and free competence in Venezuela

Abstract: This paper makes a brief review of the legal regulations of free competition in Venezuela with special reference to the mergers of companies, emphasizing the doctrine of the former Superintendence for the Promotion and Protection of Free Competition, since, according to the author, this legal regime is no longer applied in Venezuela.

Key words: Mergers and acquisitions, economic administrative law and free competence.

* Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Derecho Administrativo por la Universidad Central de Venezuela. Diploma de postgrado en Gestión de Políticas Públicas por la Universidad Nacional del Litoral. Diploma en Derecho Constitucional y Administración de Justicia por el International Visitor Leadership Program. Estudios de maestría en Derecho Constitucional en la Universidad Central de Venezuela, en proceso de tesis de grado. Actualmente cursa estudios de especialización en derecho administrativo e inteligencia artificial por la Universidad Castilla-La Mancha, España. Socio fundador de Omnia, asesoría legal estratégica. E-mail: rojasperez@hotmail.com

Remembranza sobre fusiones mercantiles, derecho administrativo económico venezolano y libre competencia

Manuel Rojas Pérez*

RVDM, Nro. 5, 2020. pp-267-306

“Para ser inclusivas, las instituciones económicas deben ofrecer seguridad de la propiedad privada, un sistema jurídico imparcial y servicios públicos que proporcionen igualdad de condiciones en los que las personas puedan realizar intercambios y firmar contratos; además de permitir la entrada de nuevas empresas y dejar que cada persona elija la profesión a la que se quieren dedicar”

Daron Acemoglu y James A. Robinson
Por qué fracasan los países. Pág. 96.

SUMARIO:

1.- Previo: El motivo de estas líneas. 2.- Economía y Derecho Público. 3.- La libre competencia. 4.- Fusiones, derecho administrativo económico y libre competencia. 5.- Nota final

1.- Previo: El motivo de estas líneas

El título de este trabajo posiblemente lleve a pensar es un tema propio de la historia del derecho venezolano. Y lastimosamente no le faltará razón.

Y es que el régimen jurídico venezolano de la libre competencia hoy día es absolutamente inexistente como lo es en general todo el régimen del derecho administrativo económico. Desde que se convirtió en política de Estado restringir los derechos económicos de los ciudadanos venezolanos, las normas en materia de derecho público económico se quedaron en el papel, sin jueces, sin órganos regulatorios que garanticen su debida aplicación y los hicieran respetar.

Hubo, sin embargo, una época en Venezuela donde el estudio, análisis y respeto por los principios del Derecho Administrativo económico, fueron una realidad. Nuestro

* Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Derecho Administrativo por la Universidad Central de Venezuela. Diploma de postgrado en Gestión de Políticas Públicas por la Universidad Nacional del Litoral. Diploma en Derecho Constitucional y Administración de Justicia por el International Visitor Leadership Program. Estudios de maestría en Derecho Constitucional en la Universidad Central de Venezuela, en proceso de tesis de grado. Actualmente cursa estudios de especialización en derecho administrativo e inteligencia artificial por la Universidad Castilla-La Mancha, España. Socio fundador de Omnia, asesoría legal estratégica. E-mail: rojasperez@hotmail.com

país tuvo un momento donde la libre competencia se estudiaba, se analizaba, era un tema importante en la dinámica académica. Venezuela tuvo una Superintendencia para Promover y Proteger la Libre Competencia que funcionaba, y funcionaba bien. De dónde salieron grandes providencias estudiadas en el mundo académico, incluso fuera de nuestras fronteras.

Ese era un momento donde la economía venezolana funcionaba. Existía el respeto por los derechos económicos de los ciudadanos, y sí, había empresas que se fusionaban para crecer, para abarcar más mercado. Casos de fusiones famosas que se nos vienen a la mente: Pinco-Corimon, Heinz-Yukery, Mavesa-Cargill, Seguros la Seguridad-La Metropolitana, Banesco-Banco Unión, Corp Banca-Banco del Orinoco, Cerámica Carabobo-Refractarios del Caroní, Plumrose-Alpina, Polar-Golden, Nabisco-Tejerías, Ceras Johnson-Cruz Verde, entre otras.

Este humilde trabajo pretende honrar esos tiempos. Esta monografía la escribimos hace algunos años y, al ver que el derecho público económico se desvanecía ante los ataques al Estado de Derecho por parte del Poder político gubernamental venezolano, otros temas jurídicos consumieron nuestra atención. Sin embargo, creo que para defender al Estado de derecho y al respeto por los derechos económicos que una vez existieron en nuestro golpeado país, es importante hablar de ellos y apostar a que esos tiempos regresen, e incluso mejoren.

Por ello sacamos a la luz este trabajo. Haremos referencia al excelente trabajo que se hizo desde la Superintendencia para Promover y Proteger la Libre Competencia hoy día suplantada por una Superintendencia antimonopolio la cual no tenemos conocimiento de su trabajo, y que, al parecer, no ha emitido una sola providencia administrativa desde su creación en 2014, hasta la fecha de redacción de este artículo, en octubre de 2020. Ni siquiera sabemos si realmente está funcionando. Por supuesto, también haremos referencia a la Ley para promover y proteger la libre competencia de 1992 derogada en el año 2014 por una Ley Antimonopolio que tiene una clara tendencia a limitar los derechos ciudadanos económicos y a darle al Estado unas potestades que no son de regulación sino de control totalitario de los ciudadanos.

No vamos a entrar en el análisis de la vigente Ley Antimonopolio. Esa ley, como todas las leyes que ha fomentado el gobierno nacional desde año 2000 en adelante, es manifiestamente contraria al Estado de derecho y a la teoría constitucional y es enemiga del régimen jurídico de la libre competencia. Eso de una vez lo dejamos claro.

En este humilde trabajo vamos simplemente a recordar cómo era, más bien, cómo debe ser, un sistema jurídico que haga respetar la libre competencia, pero también a los ciudadanos. Una remembranza a esos buenos tiempos.

Lo haremos analizando una figura que estuvo en boga en Venezuela, especialmente en los años noventa, como lo es el régimen jurídico de las fusiones de las sociedades mercantiles y su relación directa con el derecho administrativo económico y con el régimen jurídico de la libre competencia.

2.- Economía y Derecho Público

La economía es definida normalmente como la administración adecuada de los bienes. Algunos como RIVERO ORTEGA, la definen como la ciencia de las elecciones humanas en la distribución de recursos escasos o en la selección de fines alternativos¹. De manera más técnica, puede decirse que la economía vendría a ser el estudio de la forma en que las sociedades deciden que van a producir, como y para quien, con los recursos escasos y limitados².

En cualquiera de estos casos, se verifica la existencia de una elección por parte del que pretende utilizar la economía, para determinar de qué manera administrará los bienes que posee o está por poseer.

Es aquí justamente donde el Estado entra en juego, al interactuar con la economía, por ser justamente uno de los factores condicionantes de las distintas opciones de los agentes económicos, en algunos casos proscribiéndolas³, en otros sujetándolas a límites casi insuperables⁴, y en otros fomentándolas y amparándolas con su cobertura formal protectora⁵.

Incluso, la doctrina jurídico-privada reconoce esta relación, desde que MADURO LUYANDO afirma que el desarrollo económico, su más equitativo y eficaz funcionamiento, han hecho necesaria la intervención del Estado en el intercambio de bienes y servicios, facultándolo para fijar precios máximos y mínimos, cualidades que deben llenar los bienes y servicios ofrecidos al público⁶.

¹ RIVERO ORTEGA Ricardo (2001). *Introducción al Derecho Administrativo Económico*. Salamanca. Editorial Ratio Legis. Pág. 19.

² FISCHER Stanley, DORNBUSCH Rudiger, SCHMALENSEE Richard (1993). *Economía*. (3ra Ed.). Madrid. Mc Graw Hill. Pág. 3.

³ En muchos casos, la Ley establecía prohibiciones tajantes de producir o vender. Vbg. Sustancias estupefacientes, especies animales en extinción.

⁴ Por ejemplo, impuestos exorbitantes a supuestos de hecho específicos, o limitaciones en la solicitud de divisas extranjeras.

⁵ La Administración Pública, en ejercicio de su actividad de fomento, también llamada de subvención, otorga facilidades a los agentes económicos y de producción, para que puedan ofertar sus bienes o servicios. Vbg. La eliminación de impuestos o aranceles en mercados determinados, o eliminación de costos de producción. A veces, la Administración Pública incluso ofrece financiar un proyecto, para que luego el productor lo explote por su cuenta. Todo ello lo hace la Administración Pública cuando considera que hay un interés general en incentivar la explotación de ese mercado.

⁶ MADURO LUYANDO Eloy (1999). *Curso de Obligaciones. Derecho Civil III*. Tomo I. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello. Pág. 16.

Por ello, existen normas jurídicas que atañen a la economía, y que hacen que el Estado intervenga en la producción de bienes y servicios de los particulares.

2.1.- La Constitución Económica

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece la cláusula del Estado Social. El artículo 2 de la Carta Magna consagra que Venezuela se constituirá en un Estado Social y Democrático de Derecho y de Justicia, el cual se deriva directamente del artículo 1.1 de la Constitución Española de 1978⁷. Es decir, la consagración normativa del *Welfare State* o Estado de Bienestar.

Se convierte el Estado en el garante de los ciudadanos, relegando al olvido el sistema económico liberal *laissez faire laissez passer* o dejar hacer, dejar pasar, para dar cabida a la intervención del Estado en los aspectos económicos y sociales de los ciudadanos. El Estado Social se concibe como la expresión mínima del conjunto de acciones de intervención del aparato burocrático⁸.

Se ha impuesto entonces, la solución del Estado Social con el principal objetivo de conseguir que los trascendentales logros plasmados en los textos jurídicos alcancen una efectividad práctica tal que resulten verdaderamente operativos. “*Para ello, el Estado actual no duda en convertirse en el principal agente económico del país, protagonismo que conlleva un aumento, quizás desmesurado, del personal a su servicio y de las estructuras administrativas, así como una complejidad organizativa tal que dificulta hasta extremos intolerables en un Estado democrático de Derecho la tarea de delimitar quién es realmente el responsable de la prestación de una actividad concreta*”⁹.

Así, es necesario que la Constitución dicte los elementos básicos de la relación del Estado. Es entonces ese grupo de normas constitucionales, referentes a la relación economía-Estado, a lo que la doctrina ha denominado Constitución Económica.

En efecto, las constituciones modernas, si bien establecen de manera la forma de actuación de los Poderes Públicos y de los individuos en la actividad económica, dicha consagración se hace en términos principistas; de esta forma, la Constitución Económica, entendida como el *conjunto de normas constitucionales destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la*

⁷ Así lo afirman HERNÁNDEZ G José Ignacio (2004a). *La Libertad de Empresa y sus Garantías Jurídicas*. Caracas. Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Ediciones Iesa. Pág. 43, y; PLANCHART MANRIQUE Gustavo (2000). *El Estado Social de Derecho y de Justicia*. En *La Constitución de 1999*. Caracas. Biblioteca de Ciencias Políticas y Sociales. Pág. 386.

⁸ PAREJO ALFONSO Luciano (1984). *El Concepto del Derecho Administrativo*. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana. Pág. 183

⁹ SISCO RICCIARDI Octavio (2004). *Hacia un nuevo concepto de Servicio público. Su visión en la Constitución venezolana de 1999*. En *Revista de Derecho*. Número 13. Caracas. Tribunal Supremo de Justicia. Pág. 253.

*actividad económica*¹⁰, no está destinada a garantizar la existencia de un determinado orden económico, sino que actúan como garantes de una economía social de mercado, inspiradas en principios básicos de justicia social y con una base neutral que deja abiertas distintas posibilidades al legislador, del cual sólo se pretende que observe los límites constitucionales.

En ese sentido se enfoca la Constitución Económica, recogiendo los principios constitucionales de ordenación de la economía, definiendo la actuación de los Poderes Públicos y de los individuos en la actividad económica¹¹. Y en el caso en concreto de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, esta propugna una serie de valores normativos superiores del régimen económico, consagrando como tales a la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado, y fundamentalmente el del Estado Social de Derecho.

Estos conceptos se desarrollan fundamentalmente mediante el concepto de libertad de empresa, que encierra tanto la noción del derecho subjetivo a dedicarse a la actividad económica que prefiera el ciudadano, como un principio de ordenación económica dentro del cual se manifiesta la voluntad de la empresa de decidir sobre sus objetivos¹². En este sentido, los poderes públicos cumplen un rol básico de intervención, la cual puede ser directa, a través de las empresas del Estado, o indirecta, por medio de los entes reguladores del mercado.

Las premisas señaladas, sirven para determinar el grado de flexibilidad de nuestra Constitución Económica, el cual puede tener como modelo la economía social de mercado, adaptándose a las necesidades de los tiempos actuales.

En esos parámetros, se encuentra la Constitución Económica venezolana: la regulación por parte del Estado de la economía, pero a la vez, permitiendo la libertad de acción de los agentes económicos, debiendo intervenir sólo cuando el interés general lo exija.

¹⁰ Sentencia de la Sala Política Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia del 15 de diciembre de 1998. Caso: Pedro Antonio Pérez Alzurut. Magistrado ponente: Hildegard Rondón de Sansó. Al respecto, enfatiza PEÑA SOLÍS haciendo hincapié en que la Constitución es una denominación que la doctrina le otorga a un grupo de normas que se encuentran dentro de la Constitución que “*En realidad con la expresión ‘Constitución Económica’ la doctrina no pretende más que revelar la importancia que actualmente reviste en una Constitución el conjunto de normas, contentivas de principios, criterios y valores, de carácter económico, que delinear el sistema o modelo económico que sirve de base a la vida económica social de un país. Debe quedar claro que ese conjunto de normas constitucionales no tiene autonomía en sí mismo, pues necesariamente debe inscribirse dentro de los grandes lineamientos sistematizados que le dan vida al texto constitucional*”. PEÑA SOLÍS José (2003). *Manual de Derecho Administrativo*. Volumen tercero. Caracas. Tribunal Supremo de Justicia. Colección de Libros Jurídicos. Pág. 461.

¹¹ DE LEÓN Ignacio (1998). *Análisis Positivo del Sistema Constitucional Venezolano*. En *Summa. Libro Homenaje a la Procuraduría General de la República*. Caracas. Fundación Procuraduría General de la República. Pág. 294.

¹² GARRIDO FALLA Fernando (1981). *El modelo económico en la Constitución y la revisión del concepto de servicio público*. En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 29. (CD-ROM). Madrid. Editorial Civitas. Madrid.

En palabras del profesor José Ignacio HERNÁNDEZ: “...el Estado está llamado a actuar para fomentar la igualdad real de la sociedad, sin que la existencia de los derechos y libertades públicas pueda mostrarse siquiera como un obstáculo a superar. El Estado social no tutela las libertades económicas de unos pocos, sino los derechos sociales de la mayoría¹³”.

Recapitulando, se tiene que el sistema de economía social de mercado parte del reconocimiento, estímulo y protección de la libre iniciativa privada en régimen de libre competencia, sin perjuicio de las restricciones que a su ejercicio puedan adoptarse para tutelar específicos bienes de interés general, como manifestación de los mandatos positivos que, a favor de los Poderes Públicos, dimanen del Estado Social de Derecho¹⁴. Aunque, claro está, hay que denotar que la actual Constitución otorga un carácter desmesuradamente protagónico al Estado en su intervención en la economía, y pareciera que existe una minimización del sector privado en la Carta Magna de 1999¹⁵.

2.2.- Derecho Público de la Economía: entre el intervencionismo y la regulación de la economía

Hasta aquí, hemos dicho que el marco del Estado Social de Derecho implica necesariamente, para lograr soluciones justas y equitativas, la injerencia del Estado en las actividades económicas y mercantiles de los particulares. A esa intrusión se le ha denominado *intervención estatal*.

La doctrina jurídico-pública de todos los países está intentando hacer ya algunos años delimitar en toda su extensión el verdadero significado del intervencionismo público en el campo de la economía. El impacto que el intervencionismo económico del Estado ha causado en la sistemática tradicional del Derecho Público ha sido señalado dentro y fuera de nuestras fronteras¹⁶. La delimitación de este nuevo tipo de actividad administrativa, los problemas planteados por su régimen jurídico, la novedad y la magnitud de protagonismo administrativo en el proceso económico fueron las causas de un estudio al que fue sometida la actividad social de la Administración, en especial sus servicios económicos.

¹³ HERNÁNDEZ G José Ignacio (2004b). *Disciplina Jurídico-Administrativa de la Libertad Económica. La diatriba actual entre la libertad económica y el Estado social*. En VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo ‘Allan Randolph Brewer-Carias’. El principio de legalidad y el ordenamiento jurídico-administrativo de la libertad económica. Tomo I. Caracas. Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Pág. 183.

¹⁴ HERNÁNDEZ G (2004a). Ob. Cit. Pág. 77.

¹⁵ Así lo afirman entre otros, BADELL MADRID Rafael (2000). *Consideraciones acerca de las Normas Constitucionales en Materia Económica*. En *El Nuevo Derecho Constitucional Venezolano*. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello. Pág. 236 y siguientes, y; TURÍN ORTIZ Carolina (2004). *Bases Constitucionales de los servicios Públicos en Venezuela*. En *Revista de Derecho Administrativo*. Número 19. Caracas. Editorial Sherwood. Pág. 282.

¹⁶ CARRO José Luís (1973). *Aproximación jurídica al concepto de intervencionismo económico*. En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 3. (CD-ROM) Madrid. Editorial Civitas.

La intervención ha sido definida como cualquier forma de injerencia de la Administración en la actividad de los particulares¹⁷. Esta figura engloba distintas formas de reincidencia del Estado sobre la economía. En cada momento histórico suele asociarse la intervención a la técnica más característica del ejercicio del poder Público en el campo económico: dirigismo, planificación, servicio público, empresa pública, supervisión. Técnicas dispares de intervención, caracterizadas cada una de ellas por su distinta intensidad (*publicatio*) y por los diversos efectos que producen sobre el mercado y en general sobre el sistema económico, dejando un mayor margen de libertad al sector privado.

Implica amplitud en cuanto a las formas de injerencia del Estado en la libertad de empresa de los ciudadanos. La intervención puede darse por cualquier medida que la Administración decida tomar. Es justamente esa amplitud lo que ha hecho que a la intervención se le vea con cierto recelo, y que un grupo de autores¹⁸, prefieran en la actualidad utilizar el concepto más restringido de *regulación*.

Como advierte RIVERO ORTEGA¹⁹, la elección de palabras no pareciera trivial, no parte de pura retórica. Se aboga actualmente por una restricción del empleo del término intervencionismo, que se suele asociar a un protagonismo excesivo del sector público en la economía. Por tanto, la doctrina prefiere utilizar el concepto de regulación, que remite a varias ideas: ajustar el funcionamiento de un sistema a determinados fines, o determinar las reglas o normas a que debe ajustarse una persona.

Jurídicamente hablando, la regulación se asocia a la liberalización de la economía, la creación de autoridades administrativas independientes, llamados entes reguladores, y la nítida separación de la iniciativa económica en el mercado de las decisiones pretendidamente neutrales de fijación de reglas, control de su cumplimiento y solución de conflictos planteados en su interpretación y aplicación.

La regulación, conocida como la capacidad y necesidad del estado de dictar un conjunto de disposiciones en la capacidad y necesidad del Estado de dictar un conjunto de disposiciones a las que se incorporan objetivos económicos, políticos y sociales

¹⁷ VILLAR PALASÍ José Luis (1964). *La intervención administrativa en la industria*. Madrid. Instituto de Estudios Políticos. Pág. 31.

¹⁸ Entre ellos: RIVERO ORTEGA (2001). Ob. Cit. Pág. 22-23; FERNÁNDEZ Pablo (1992). *Las funciones del principio de unidad de mercado en la jurisprudencia constitucional*. En *Revista Española de Derecho Administrativo* Número 73 (CD-ROM). Madrid. Editorial Civitas; DELPIAZZO Carlos E. (2004). *Los Derechos Constitucionales y la Libertad Económica*. En *VIII Jornadas...* Ob. Cit. Tomo I. Pág. 68 y siguientes; BADELL MADRID Rafael (2005). *Fundamentos Jurídicos de la Regulación Económica*. En *VIII Jornadas...* Ob. Cit. Tomo II. Pág. 39 y siguientes; FERRER Juan de la Cruz (2005). *Fundamentos Jurídicos de la Regulación Económica: el modelo de la Unión Europea*. En *VIII Jornadas...* Ob. Cit. Tomo II. Pág. 39 y siguientes; ARIÑO ORTIZ Gaspar (1996). *Regulación Económica. Teoría y Práctica de la regulación para la Competencia*. Buenos Aires. Editorial Abaco de Rodolfo Depalma. Pág. 41 y siguientes.

¹⁹ RIVERO ORTEGA (2001). Ob. Cit. Pág. 22.

acordes con los postulados del Estado Social²⁰, es entonces el nuevo paradigma del intervencionismo público sobre la economía, ya que el protagonismo que en otras épocas históricas correspondía a la planificación, al servicio público o a la empresa pública, aunque hay que aclarar que estas técnicas no han desaparecido del abanico de posibilidades de intervención del Estado sobre las actividades mercantiles privadas de los ciudadanos.

Por tanto, pareciera más consecuente con la libertad económica el concepto de regulación económica, y no el de intervención económica, ya que en definitiva lo importante es que exista ese necesario equilibrio entre la injerencia estatal y la libertad de los ciudadanos, que exista una racionalización de la intervención del Estado en la economía, y no una injerencia desproporcionada.

2.3.- Las técnicas jurídico administrativas de protección de los ciudadanos

La policía administrativa es una de las cuatro formas clásicas de la actividad administrativa junto con el servicio público, el fomento y la gestión económica del Estado.

A la policía administrativa se le ha definido como aquella actividad que la Administración despliega en el ejercicio de sus propias potestades que, por razones de interés público, limita los derechos de los administrados mediante el ejercicio, en su caso, de la coacción sobre los mismos²¹.

La finalidad de la policía es el resguardo del orden público. Es el orden público entonces el que justifica las medidas de policía, por medio del cual se permite a la Administración la limitación de derechos particulares²². Sin embargo, modernamente se afirma que la Administración se encuentra legitimada para limitar coactivamente las actividades de los particulares cuando el interés público lo exija, y no solamente debido al orden público, que era entendido como el estado opuesto al desorden.

La Administración Pública, en su condición de policía, cuando verifica que un particular realiza una practica contraria al interés general, en nuestro caso una actuación contraria a la libre competencia, siempre que la Ley le otorgue la potestad, podrá aquella ejercer coactivamente una actividad de restricción de esa actuación contraria al interés general.

²⁰ PESCI-FELTRI SCASSELLATTI Flavia (1998). *La Libre Competencia en el Desarrollo de la Intervención Estatal en la Economía*. En *Revista de Derecho Administrativo*. Número 4. Caracas. Editorial Sherwood. Pág. 231.

²¹ GARRIDO FALLA Fernando (1973). *Tratado de Derecho Administrativo*. Volumen II. Madrid. Estudios de Derecho Políticos. Pág. 161.

²² GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo, FERNÁNDEZ Tomás Ramón (2004). *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. (9na Ed.). Madrid. Editorial Civitas. Pág. 107.

La policía administrativa se hace particularmente dinámica en materia económica. Ya hemos dicho que el Estado Social busca el bienestar de los ciudadanos, y debe hacerlo controlando que los agentes económicos tengan una relación de igualdad entre ellos, respetando por supuesto, las diferencias naturales de mercado, de musculatura corporativa y formas de oferta de sus bienes o servicios. El Estado regula la actividad económica mediante lineamientos, y si estos no son acatados, el Estado obliga a su definitivo sometimiento a esas directrices.

El orden público económico atiende a los postulados imperativos conforma a los cuales el Estado interviene en la economía, ahormándola²³ en atención a la realidad social, y en función entonces, del interés general, la Administración económica determinará, en cada caso, que manifestaciones de la iniciativa económica privada resultan contrarias a tal orden público económico.

De esta manera, el Estado crea entes reguladores que se encargan de dictar los lineamientos económicos a los cuales hemos hecho referencia, y velar por su cumplimiento, incluso mediante la coacción, a través de prohibiciones, limitaciones y consiguientes sanciones²⁴.

Así, en Venezuela encontramos a la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, el Instituto Nacional de Protección al Consumidor y al Usuario, la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras, la Superintendencia de Seguros, la Comisión nacional de Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de Valores, entre muchos otros. Todos esos órganos y entes tienen competencia para fomentar la actividad económica que cada de una de ellas regula, pero, también tienen plena potestad para sancionar el incumplimiento de las normas particulares de cada sector, e incluso, pueden llegar a coaccionar de tal manera, que obliguen a un dar, hacer o no hacer determinado, con la finalidad de cuidar el libre ejercicio de las diversas actividades sectoriales.

²³ HERNÁNDEZ G. (2004b) Ob. Cit. Pág. 193.

²⁴ CÁRDENAS PERDOMO Orlando (1997). *Libre Competencia, Orden Público y Actividad de Policía*. En *Revista de Derecho Internacional Económico*. Volumen 2, número 1. Primer semestre de 1997. Caracas. Pág. 5. Algunos, como José Ignacio HERNÁNDEZ se oponen al uso de la figura de la policía administrativa, por considerarla limitativa de derechos ciudadanos, y prefieren utilizar las figuras de ordenación y limitación económica. HERNÁNDEZ G. (2004b) Ob. Cit. Pág. 195. Sin embargo, no coincidimos en esa tesis, por cuanto no vemos diferencia sustancial entre esos términos. Quizás la tendencia de restringir al mínimo posible la intervención del Estado en la economía, tal como en España lo propugna ARIÑO ORTIZ (1996), conlleve a buscar figuras que no suenen tan gravosas como la policía administrativa, pero en verdad, lo importante es que la Administración pública pueda obligar a los ciudadanos a cumplir con las normas de Derecho público en beneficio de la colectividad, y de todos los agentes económicos.

3.- La Libre Competencia

El artículo 112 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que *todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia*. Así, la Carta Magna no vacila en proclamar la libertad económica como un derecho subjetivo constitucional²⁵.

Puede verse entonces que la libertad económica no es otra cosa que ese derecho que tienen los ciudadanos a escoger libremente, es decir, sin coacción alguna la actividad lucrativa que se les plazca, o como la define José Ignacio HERNÁNDEZ: “...*el derecho subjetivo de rango constitucional, en cuya virtud todos los particulares podrán acceder al mercado de su preferencia, explotar la empresa que han emprendido, según su autonomía negocial, y cesar en el ejercicio de tal empresa*”²⁶, siendo que dicha libertad llega hasta donde comienza el derecho a la libertad económica de los demás. Es decir, su límite es el derecho de los otros ciudadanos.

Esta libertad, como se dijo, corresponde a todos los sujetos de derecho. Sin embargo, y también se adelantó, el Estado garantiza ese derecho con las limitaciones establecidas en la Constitución y las leyes. Por tanto, la libertad económica no es absoluta, sino que puede y debe ser limitada por razones de seguridad, de sanidad u otras de interés social²⁷.

De manera que, en principio, cualquier persona puede dedicarse libremente a la actividad lucrativa de su preferencia, y las excepciones a esa libertad deben provenir necesariamente de un texto normativo de rango legal, siempre que esa norma funde tal limitación en el interés general.

Y evidentemente, es del interés de los ciudadanos que, en el desempeño económico de su actividad, estos tengan en su mercado una igualdad o equiparamiento con los otros agentes económicos, sin que exista la posibilidad que otro agente pisotee su gestión económica mediante formulas que no permitan una competencia debida. Por ello, la libre competencia es justamente uno de los factores que permiten limitar de alguna manera la libertad de empresa²⁸.

²⁵ CASAL Jesús María (2005). *Libertad Económica y Derechos Fundamentales*. En *VII Jornadas...* Tomo II. Ob. Cit. Pág. 68.

²⁶ HERNÁNDEZ G. (2004b) Ob. Cit. Pág. 186.

²⁷ Sentencia número 274 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 6 de marzo de 1997. Caso: Pinco Pittsburg., Corimón S.A.C.A. Magistrado ponente: María Amparo Grau.

²⁸ BAUMEISTER TOLEDO Alberto, LINARES BENZO Gustavo José (1997). *La Fusión Pinco-Corimon. Un caso de concentración económica*. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana. Pág. 7.

El artículo 3 de la derogada Ley para Promover y Proteger la Libre Competencia establecía que libre competencia sería aquella actividad en la cual existan las condiciones para que cualquier sujeto económico, sea oferente o demandante, tenga completa libertad de entrar o salir del mercado, y quienes están dentro de él, no tengan posibilidad, tanto individualmente como en colusión con otros, de imponer alguna condición en las relaciones de intercambio.

La doctrina, por su parte, señala que la libre competencia se define como la contienda entre los particulares sobre su posición en el mercado como operadores económicos en ejercicio de la libertad de empresa²⁹.

La libre competencia existe debido a que la presencia de la competencia en el mercado es necesaria para que el derecho fundamental a la libertad económica adquiera todo su sentido, ya que la ejecución de ese derecho comprende libertad para decidir y para competir. Pero, la libertad económica debe estar sujeta a las limitaciones que impone el resto al bien común, lo cual se manifiesta en las diferentes prohibiciones que establece la Ley Procompetencia a aquellas conductas que, de alguna manera, conduzcan a situaciones de abuso de ese Derecho constitucional.

Entonces, la libre competencia es el derecho que tiene cualquier persona de participar en determinada actividad económica como oferente o demandante, con libertad de decidir cuando entrar y salir de un mercado, sin que exista nadie que pueda imponer, individual o conjuntamente, condiciones en las relaciones de intercambio.

En un ambiente de libre competencia, las negociaciones entre compradores y vendedores, esto es, los conceptos económicos de oferta y demanda establecen las condiciones de la relación comercial. De allí que la aptitud de disputar o rivalizar en el mercado, conforme a la autonomía privada, es justamente el sustento, la razón de ser, el fundamento del derecho a la libre competencia.

La libre competencia así se tiene como un derecho de los ciudadanos, pero que también puede tener implicaciones sociales, esto es, en beneficio del interés general, ya que, al ampliar su mercado, las empresas pueden crear nuevos puestos de trabajo, incitan a un aumento de la inversión y del crecimiento económico, beneficiando con ello a los consumidores gracias a la consecuente reducción de costos³⁰.

²⁹ HERNÁNDEZ G. (2004a) Ob. Cit. Pág. 515.

³⁰ BADELL BENÍTEZ Nicolás (2006). *La Libre Competencia como Límite a la Actividad de Fomento: El Control de las Ayudas Públicas en la Unión Europea*. En *Revista de Derecho Administrativo*. Número 20. Caracas. Editorial Sherwood. Pág. 9.

El Derecho de la competencia es una forma de control estatal en la economía, necesaria en el Estado Social de Derecho tal y como lo hemos señalado *supra*, ya que instituye los mecanismos necesarios para impulsar la efectividad de la competencia, proteger el ejercicio de la libertad de empresa individual, crear los presupuestos necesarios para que todos tengan en igualdad de condiciones acceso a las actividades lucrativas y tutelar los intereses de los consumidores; todo ello implica que el Estado como regulador económico establece los cauces jurídicos apropiados tanto para fomentar y desarrollar la economía global del país, así como para salvaguardar las necesidades y prioridades de los particulares y de los grupos sociales.

Ahora, es importante destacar que la libre competencia entre los operadores económicos puede degenerar de tal forma que conlleve a su propia destrucción³¹. Esto puede suceder desde que un agente económico se hace tan fuerte en su propio mercado, que comienza a realizar prácticas que de alguna u otra manera, restringen o limitan la posibilidad de otros agentes a competir en ese mercado. De ahí, la necesidad que se dicten normas que protejan y promocionen la libre competencia y que, a su vez, impidan los efectos ruinosos que hagan imposible una mayor eficiencia económica y que limiten el ejercicio de los derechos económicos.

4.- Fusiones, Derecho Administrativo Económico y Libre Competencia

Entre las prohibiciones a las cuales hicimos referencia en el capítulo anterior se encuentran las concentraciones económicas, dentro de las cuales, se inscriben las fusiones.

Según GARRIGUES, la fusión es la transmisión del patrimonio entero de una sociedad a otra, a cambio de acciones que entrega la sociedad que recibe ese patrimonio³².

Lo que generalmente se conoce por fusión de compañías anónimas, aludiendo a que funden sus elementos patrimoniales y personales para formar una sola, comprende la absorción o incorporación y la fusión propiamente dicha.

En el primer caso, el de la absorción, una sociedad desaparece y la otra subsiste con la incorporación a su patrimonio y a su elenco de socios³³, del patrimonio y los socios de la compañía desaparecida. En el segundo caso, ambas sociedades desaparecen para dar lugar a una sociedad nueva, integrada por los elementos de las dos desaparecidas.

³¹ Así lo afirma PESCI-FELTRI SCASSELLATTI (1998). Ob. Cit. Pág. 242.

³² GARRIGUES Joaquín (1968). *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo I. Imprenta Aguirre. Madrid, 1968. Pág. 502.

³³ MALARRIAGA Carlos C (1951). *Tratado Elemental de Derecho Comercial*. Tomo I. Buenos Aires. Tipografía Editora Argentina. Pág. 725.

En ambos casos, es válido hablar de fusión³⁴, ya que los artículos 344 y 346 del Código de Comercio hablan de nueva compañía resultante de la fusión, y de la compañía que quede subsistente o que resulte de la fusión.

La fusión en Venezuela está contemplada legislativamente como un supuesto de disolución de las compañías mercantiles³⁵, pero el legislador le asigna un tratamiento separado antes de desarrollar la liquidación de las compañías, porque la fusión no va seguida necesariamente de la liquidación³⁶.

Desde el punto de vista económico, la fusión es un instrumento de fortalecimiento del capital de la sociedad. Redefinen las relaciones de competencia dentro de los mercados, aumenta la posición de dominio de mercado de la compañía absorbente o la nueva entidad creada a partir de la fusión, por lo que dicho instrumento jurídico-mercantil puede eventualmente tener implicaciones negativas que tiene en el ámbito de la competencia, *razón por la cual el derecho norteamericano ha regulado cuidadosamente sus manifestaciones*³⁷.

En definitiva, la fusión como tal es una reforma estatutaria por virtud de la cual una sociedad absorbe financiera y jurídicamente el patrimonio de otra u otras, quienes, por disposición de la ley, quedan por este hecho disueltas, sin necesidad de liquidar su patrimonio, ahora en cabeza de la sociedad absorbente, o de la nueva empresa resultante.

Es una manifestación del movimiento general de concentración de fuerzas económicas propio de la expansiva economía moderna, proceso lanzado hacia grandes concentraciones por la necesidad de abarcar mercados mundiales y sobrevivir a la competencia.

El artículo 10 de la vigente Ley Antimonopolio, como lo hacía la derogada Ley Procompetencia, restringe las concentraciones económicas que generen efectos restrictivos sobre la libre competencia. Concretamente señala que se prohíben las concentraciones económicas que produzcan o refuercen una posición de dominio en todo o parte del mercado, o que puedan generar efectos contrarios a la competencia efectiva, la democratización en la producción, distribución y comercialización de bienes y servicios. Sin embargo, exceptúa de la aplicación de dicha norma a las pequeñas y medianas empresas, cooperativas, así como las contempladas en el sistema de economía comunal.

³⁴ MORLES HERNÁNDEZ Alfredo (1999). *Curso de Derecho Mercantil. Las Sociedades Mercantiles*. (4ta Ed.). Tomo II. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello. Pág. 1450.

³⁵ Numeral 7 del artículo 340 del Código de Comercio.

³⁶ GOLSDCHMIDT Roberto (1979). *Curso de Derecho Mercantil*. Caracas. Ediar venezolana, S.R.L. Pág. 242. GARRIGUES (1968). Ob. Cit. Pág. 502. MORLES HERNÁNDEZ (1999). Ob. Cit. Pág. 1449.

³⁷ MORLES HERNÁNDEZ (1999). Ob. Cit. Pág. 1450.

El tema de las concentraciones económica es de los temas que más debates jurisprudenciales suscitó en su momento en Venezuela en materia de competencia. No en vano, ORTIZ-ÁLVAREZ lo reseña como uno de los contenidos del derecho de competencia más importantes y apasionantes en cualquier país con una legislación de defensa de la competencia³⁸.

Las concentraciones económicas son bien vistas por los operadores económicos, toda vez que las empresas tienden a fusionarse o a adquirir otras, con el fin de expandir su área de negocios, abaratar sus costos o aumentar su posición de dominio, más posiblemente, pueda en ciertos casos, generar daños a la libre competencia³⁹.

De antemano, hay que destacar que la fusión de compañías mercantiles, como parte de las concentraciones económicas, de por sí, no implica necesariamente el menoscabo a la libre competencia, sino que es necesario comprobar que la fusión genera ciertamente un menoscabo a la libre competencia. El propósito del régimen jurídico de la libre competencia es el de sancionar las conductas que realmente tengan un efecto restrictivo de la competencia, “...*más no sancionar conductas inocuas que no tengan efecto alguno sobre la misma*”⁴⁰.

De allí que la Administración deba fundamentar, comprobar y demostrar el supuesto efecto anticompetitivo de la fusión. Como puede observarse, el legislador sólo pretende sancionar aquellas conductas que realmente sean anticompetitivas.

En el caso en específico de las concentraciones económicas, la norma del artículo 10 de la Ley Antimonopolio, que tuvo a su vez su referencia en el artículo 11 de la derogada Ley Procompetencia encuentra su antecedente en la sección 7 de la *Clayton Act*, que establece la regulación de dichas concentraciones en los Estados Unidos⁴¹. Según esa regulación foránea, tales concentraciones son contrarias al interés económico general cuando puedan restringir la libre competencia (“*may to be substantially lessen competition*”) o tiendan a crear una situación de monopolio (“*or tend to create a monopoly*”).

³⁸ ORTIZ-ÁLVAREZ Luis A (2001). *Antitrust, Competencia y Contencioso Administrativo*. Caracas. Editorial Sherwood. Pág. 80.

³⁹ LINARES BENZO Gustavo José (1999). *Fusiones. Análisis de las Concentraciones Económicas en el Derecho de la Competencia*. En *Revista de Derecho Administrativo*. Número 6. Caracas. Editorial Sherwood. Pág. 219.

⁴⁰ ORTIZ-ÁLVAREZ Luis A (2001). *Antitrust, Competencia y Contencioso Administrativo*. Caracas. Editorial Sherwood. Pág. 80.

⁴¹ *Ídem*. Pág. 80.

4.1.- El concepto de concentración económica a la luz de la libre competencia

Son varias las providencias administrativas emanadas de Procompetencia que han establecido un concepto de concentración económica.

La primera decisión administrativa que desarrolló el concepto de concentración económica fue la importante decisión Heinz-Yukery⁴², en la cual Procompetencia hizo propia la definición del Informe sobre la Política de Competencia de la Comisión de las Comunidades Europeas, por lo que, concentración económica sería toda operación que abarque a las operaciones que implique una modificación permanente de la estructura de las empresas afectadas, mediante la adquisición de un control que puede ser exclusivo o conjunto

Luego, la decisión Nabisco-Galletas Tejerías⁴³, señaló que el término concentración económica tiene un sentido 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 solo sujeto económico.

Meses después, la Superintendencia⁴⁴, aclaró que las concentraciones económicas incluyen toda forma a través de la cual una empresa adquiere el control de otra u otras que anteriormente eran independientes,

Para la determinación de la existencia de una concentración económica, hoy se debe verificar el control de una empresa sobre otra, según lo establecido en el párrafo único del artículo 14 de la vigente Ley Antimonopolio⁴⁵.

Esta norma se refiere al control de que produce el ejercicio de los derechos de propiedad o de uso de la totalidad o parte de los activos de otra empresa. Ese control se puede también lograr, según el artículo *in commento*, mediante el ejercicio de derechos

⁴² Providencia administrativa número SPPLC/22 del 11 de abril de 1994 emanada de Procompetencia. Caso: Heinz-Yukery.

⁴³ Providencia administrativa número SPPLC/16 del 10 de julio de 1996 emanada de Procompetencia. Caso: Nabisco-Galletas Tejerías.

⁴⁴ Providencia administrativa número SPPLC/34 del 9 de diciembre de 1996 emanada de Procompetencia. Caso: Colas.

⁴⁵ **Artículo 14.-** Se tendrá como personas vinculadas entre sí, 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 ella.
2. Las personas cuyo capital posea el cincuenta por ciento (50%) o más, de las personas indicadas en el ordinal anterior, o que estén sometidas al control por parte de ellas.
3. Las personas que, de alguna forma, estén sometidas al control de las personas que se señalan en los numerales anteriores.

Parágrafo Único: Se entiende por control a la posibilidad que tiene una persona para ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de uno de los sujetos de aplicación de esta Ley, sea mediante el ejercicio de los derechos de propiedad o de uso de la totalidad o parte de los activos de éste, o mediante el ejercicio de derechos o contratos que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de este o sobre sus actividades.

o contratos que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de los sujetos de la Ley o sobre sus actividades.

Lo que hay que tener en cuenta para lograr una definición certera de concentración económica es que hay que incluir en esa definición sólo las operaciones que impliquen una modificación permanente de la estructura de las empresas afectadas mediante la adquisición de un control que puede ser exclusivo o conjunto⁴⁶.

La jurisprudencia resaltó en su momento la dificultad de definir a las concentraciones económicas por su “indeterminación legislativa”⁴⁷. El problema de la concentración económica ha enfrentado enormes dificultades para su regulación, debido a que no todas las conductas empresariales aparentemente lesivas al desarrollo de las actividades de sus competidores resultan contrarias a los intereses económicos de la colectividad⁴⁸. Así, el acto mediante el que dos empresas se fusionan puede disminuir la intensidad de las fuerzas competitivas en un sector, pero puede al mismo tiempo resultar en un aumento significativo en la productividad de éste, a través de las economías de escala que experimente la nueva empresa, y de la eliminación de gastos duplicados de publicidad, investigación, entre otros.

Debido a esta dificultad, el Ejecutivo Nacional de entonces dictó en su oportunidad⁴⁹ el Reglamento número 2 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, el cual estableció en su artículo 4⁵⁰ que actividades comerciales deben entenderse como concentraciones económicas.

⁴⁶ CURIEL LEIDENZ Claudia (1998). Régimen de Evaluación de las Operaciones de Concentración Económica en Venezuela. En <http://www.procompetencia.gov.ve>

⁴⁷ Sentencia número 274 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 6 de marzo de 1997. Caso: Pinco Pittsburg S.A. y Corimón, S.A.C.A. Magistrada ponente: María Amparo Grau.

⁴⁸ Sentencia número 2019 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 10 de diciembre de 1998. Caso: Coca Cola-Pepsi Cola. Magistrado ponente: Héctor Paradisi León.

⁴⁹ Gaceta Oficial número 35.963 del 21 de mayo de 1996.

⁵⁰ Artículo 4.- Modalidades de las Operaciones de Concentración Económica *A los efectos de este Reglamento, se entenderá que las siguientes constituyen operaciones de concentración económica:*

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

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

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

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

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

La norma es bastante amplia, pero ayuda a definir el término concentración económica: *cualquier operación que genere vínculos entre empresas en sentido económico y que éstos permitan hablar de una nueva unidad económica independiente.*

Así, tal y como lo señala la doctrina comparada, las operaciones de concentración engloban las fusiones, la creación de filiales comunes, los aportes de activos de una sociedad a otra, las tomas de participación en el capital de una empresa, y, además, todo acto que permita que una empresa tenga una influencia determinante sobre otra⁵¹.

El literal a) del artículo 4 del mencionado Reglamento se refiere a las fusiones típicas mercantiles, reguladas por el Código de Comercio. Esa fusión de compañías anónimas, para ser considerada como una forma de concentración económica que pueda generar menoscabo a la libre competencia, debe realizarse entre dos o más de las personas a que se refiere el artículo 4 de la Ley Procompetencia. Es decir, todas las personas 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.

Por otra parte, y también para que la fusión sea considerada como una concentración económica, a los efectos del Derecho de la competencia, dichas empresas no pueden estar vinculadas entre sí. La misma Ley define que se debe entender por sujetos vinculados: (i) 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 ella; (ii) las personas cuyo capital sea poseído en un cincuenta por ciento (50%) o más por las personas indicadas en el punto anterior, o que estén sometidas al control por parte de ellas, y; (iii) las personas que, de alguna forma, estén sometidas al control de las personas que se señalan en los puntos anteriores.

Todo agente económico que esté dentro de alguno de los tres supuestos del artículo 14 de la Ley, deberá ser considerada como una empresa vinculada con otra o con otras, y, por tanto, pueden eventualmente fusionarse sin necesidad de que el Estado controle tal actividad, ya que no tendría sentido regular la fusión de dos o más empresas que ya se encontraban fusionadas o vinculadas de hecho, desde antes de oficializar tal concentración.

⁵¹ SERRA Yves (1993). *Le Droit Français de la Concurrence*. Paris. Dalloz. Pág. 99-100. En igual sentido, MALARRIAGA (1951), quien señala: "...la fusión constituye como se ha observado con razón, un aspecto parcial del fenómeno económico más amplio de la concentración de capitales y de fuerzas económicas característico del capitalismo moderno, pues si unas veces la concentración se manifiesta a través de meras uniones contractuales o financieras de sociedades que continúan conservando su autonomía jurídica, aunque pierdan total o parcialmente la independencia económica que es lo que ocurre con los concursos, los cártels, las Holding Companies y las sociedades en cadena, otras veces la unión de fuerzas económicas desemboca en la fusión de las sociedades, como forma de lograr, con la concentración de los elementos patrimoniales y personales de las mismas, la absoluta unidad de sociedades antes independientes". MALARRIAGA (1951). Ob. Cit. Pág. 725-726.

Lo importante aquí es tener en cuenta que una de las formas de llegar a violentar la libre competencia es por medio de la fusión entre empresas competidoras⁵², que en definitiva es la que nos interesa a los meros efectos de este trabajo. Para controlar y sancionar los posibles monopolios y otras actividades ilícitas producidos a través de las fusiones, gran parte de las legislaciones sobre libre competencia cuentan con normas especializadas de control sobre las concentraciones económicas.

El artículo 113 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela constituye un apoyo sólido al sistema de control de las fusiones, que no sólo trata de controlar los cambios estructurales que conlleven a un solo oferente en el mercado, sino también, los casos donde la empresa resultante de la fusión tiene poder de mercado para incidir en los precios sin que se lo impidan el resto de los competidores.

Esto demuestra que no toda conducta corporativa con miras a fusionar dos o más empresas configura una concentración económica capaz de limitar el ejercicio constitucional de la libre competencia. Para que ello sea efectivamente así, es necesario medir si el monopolista hipotético tiene capacidad de incidir sobre los precios de los productos o servicios en el mercado donde participa, sin que lo impidan competidores actuales o potenciales. Por tanto, la fusión de por sí no siempre menoscaba a la libre competencia, sino que será necesario que la Administración demuestre fehacientemente que esa empresa nacida de la fusión de otras, o la que absorba a otras, tenga capacidad de incidir en los precios del mercado en el cual oferta. Ahí sí existirían restricciones a la libre competencia.

Como se ha dicho, y se insiste en ello, no toda fusión –como la principal, que no única forma de concentración económica- genera *per se* limitaciones a la libre competencia.

El artículo 10 de la Ley Antimonopolio, como lo hacía el artículo 10 de la derogada Ley Procompetencia, prohíbe las concentraciones económicas en tanto generen efectos restrictivos sobre la libre competencia o produzcan una posición de dominio de mercado.

Así, para determinar los posibles efectos negativos de una fusión a la libre competencia, la antigua Procompetencia estableció en su momento que los efectos restrictivos que puede generar una operación de concentración económica, están relacionados con la que a consecuencia de la operación de concentración económica se produzca una situación en la que los agentes económicos tengan la posibilidad de imponer condiciones en las relaciones de intercambio, por una parte y por la otra,

⁵² FLAMARIQUE (2004). Ob. Cit. Pág. 381.

la posibilidad, de la creación o aumento de las barreras a la entrada o salida del mercado, siendo que la competencia implica la entrada y salida del mercado⁵³.

En este sentido, es fundamental destacar que, a los efectos de las posibles restricciones a la libre competencia por parte de una fusión, mucho depende el tipo de operación económica. Una de las clasificaciones básicas de las fusiones son las que la dividen en horizontales y verticales, siendo las primeras las que envuelven empresas que compiten directamente entre si desde el punto de vista del mercado geográfico y del mercado de producto. Las verticales, por su parte, no se producen entre competidores, por lo que no existe propiamente un desplazamiento de agentes económicos del mercado de que se trate, y daño que puede causar a la libre competencia sería mucho menos fuerte que las horizontales.

De este modo, las fusiones horizontales son a las que fundamentalmente refiere la Ley Antimonopolio, ya que este tipo de concentración económica horizontal, entre agentes económicos que se dedican a una misma actividad implica la desaparición de uno o más competidores independientes del mercado, y tal reducción en el número de competidores puede implicar, a su vez, una reducción en el grado de competencia efectiva, dependiendo del número e importancia relativa de los competidores que queden en el mercado, de la intensidad de la rivalidad entre ellos y de la existencia de barreras significativas a la entrada de nuevas empresas⁵⁴.

4.2.- La evaluación de los efectos restrictivos de las fusiones en la libre competencia

La actual Superintendencia Antimonopolio, como órgano estatal de policía administrativa, tiene la obligación de velar por el cumplimiento de las normas que promuevan y protejan la libre competencia⁵⁵. Entonces, ese órgano desconcentrado tiene la carga de evaluar si la actividad comercial de fusión de empresas genera o no prácticas restrictivas a la libre competencia.

Las fusiones horizontales redefinen las relaciones de competencia dentro de los mercados, ya que competidores se convierten en unidades que funcionan como entidades individuales en el mercado. Aumenta el poder de mercado de la nueva entidad

⁵³ Providencia administrativa número SPPLC/18 del 15 de marzo de 2004. Caso: Conduven vs. Unión Industrial Venezolana.

⁵⁴ Providencia administrativa número SPPLC/18 del 15 de marzo de 2004. Caso: Conduven vs. Unión Industrial Venezolana.

⁵⁵ Salvo cuando el procedimiento administrativo sea iniciado a instancia de parte, donde la Superintendencia pasa a actuar en su carácter de administración cuasi jurisdiccional, resolviendo, cual juez, un conflicto entre dos partes iguales, como un órgano totalmente imparcial. Véase entre otras, sentencia número 332 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 11 de mayo de 2005. caso: Rctv. Juez ponente: Rafael Ortiz-Ortiz y; sentencia número 515 del 5 de mayo de 1997 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. Caso: Coca Cola vs. Pepsi Cola. Magistrada ponente: Belén Ramírez Landaeta.

corporativa, o que puede resultar en mayor eficiencia económica o, por el contrario, permitir abusos de esa posición de dominio y lograr la fijación predatoria de precios o entrar en componenda con otras empresas del mismo mercado⁵⁶. Son estos elementos los que deben evaluarse para comprobar si hay un menoscabo real y efectivo a la libre competencia con la fusión de compañías anónimas.

La forma de evaluación de las fusiones en el marco de la Ley Procompetencia fue determinada por Procompetencia inicialmente en el caso Heinz-Yukery, aplicando una metodología de análisis que le permite responder a la pregunta fundamental de si una operación de concentración permitiría a la empresa resultante obtener poder de mercado mediante el uso de un conjunto objetivo de criterios técnicos que incluyen la definición del mercado relevante donde operan las compañías que se fusionan, el cálculo del grado de concentración en dicho mercado antes y después de la operación, la evaluación de la dinámica de competencia entre las empresas competidoras y, finalmente, la magnitud de las barreras de entrada en el mercado⁵⁷.

En otras providencias⁵⁸, la antigua Procompetencia estableció la metodología de análisis de las concentraciones económicas de cara a la libre competencia, señalando que para determinar el daño o no al derecho a competir, es necesario definir (i) el mercado relevante; (ii) estudiar el grado de concentración en el mercado relevante; (iii) la dinámica de competencia entre las empresas participantes, y; (iv) las barreras a la entrada actuales y potenciales.

4.2.1.- Mercado relevante

Lo primero que debe determinarse es cual es el mercado relevante⁵⁹, es decir, definir el mercado⁶⁰ en el cual compiten las empresas fusionadas, que es el menor grupo de productos y el área geográfica más reducida en la cual a una empresa hipotética maximizadora de beneficios, no sujeta a regulación de precios, que sea la única oferente presente y futura del producto de dicha área, le sea rentable incrementar el precio de su producto de manera significativa y no transitoria⁶¹.

En la providencia administrativa SPPLC/38 de Procompetencia sobre Lineamientos para la Evaluación de las Operaciones de Concentración Económica, publi-

⁵⁶ LINARES BENZO (1999). Ob. Cit. Pág. 220.

⁵⁷ Providencia administrativa número SPPLC/22 del 11 de abril de 1994 emanada de Procompetencia. Caso: Heinz-Yukery.

⁵⁸ Providencia administrativa número SPPLC/18 del 15 de marzo de 2004. Caso: Conduven vs. Unión Industrial Venezolana.

⁵⁹ Providencia administrativa número SPPLC/16 del 10 de julio de 1996 emanada de Procompetencia. Caso: Nabisco-Galletas Tejerías.

⁶⁰ ORTIZ-ÁLVAREZ (2001). Ob. Cit. Pág. 82.

⁶¹ Providencia administrativa sin número del 29 de noviembre de 1993 emanada de Procompetencia. Caso: Pinco-Corimon I.

cada en la Gaceta Oficial número 36.819 del 1° de noviembre de 1999, se definió al mercado relevante como el grupo de productos más reducido y el área geográfica más limitada dentro de la cual un monopolista hipotético podría imponer un aumento significativo y no transitorio en el precio.

Por su parte, la providencia administrativa recaída en el caso Comercializadora Internacional de Maderas, C.A., vs. Terranova de Venezuela, C.A., o mejor conocido como el caso Maderas⁶², se dijo que el mercado en el cual las empresas participan y tienen lugar las presuntas prácticas restrictivas de la libre competencia, debe definirse bajo el concepto de mercado relevante.

El mercado relevante, no es más que un criterio delimitador un parámetro dentro del cual se medirán las actividades de un cúmulo de sujetos, que comprende cierto tipo de productos sustituibles entre sí —desde el punto de vista del consumidor— en un momento y en un sector geográfico determinado. Es entonces una noción que permite aislar de otros elementos, aquellos que son objeto de una investigación⁶³. El mercado relevante es así la unidad mínima de productos y geográfica en la que puede existir un monopolio rentable⁶⁴.

Cuando se dice que un monopolista hipotético podría imponer un aumento de precio significativo y no transitorio, impone la necesidad que tal cosa ocurriría. Existe un tratamiento muy frecuente en términos de competencia, que es la expresión “disciplinar de los precios⁶⁵”. Si existiera algún elemento que disuadiera a un agente económico de imponer aumentos de precios, ese hecho sería identificado como una fuente de disciplina para los niveles de precios que podría trabajar el agente económico analizado.

De ser así, la capacidad de influenciar las decisiones de precios de un agente económico implica que ciertamente se trata de una competencia efectiva para el producto fabricado por aquella. De esa manera, lo que se busca por intermedio de la definición de mercado relevante, es identificar tanto en términos de productos como de procedencia geográfica, cuales son los elementos que obligan a disciplinar los precios de una empresa, es decir, quienes y en que productos compiten efectivamente con el producto analizado y donde están ubicados esos competidores.

⁶² Providencia administrativa SPPLC/33 del 18 de julio de 2006 emanada de Procompetencia. Caso: Comercializadora Internacional de Maderas, C.A., vs. Terranova de Venezuela, C.A.

⁶³ KIRIAKIDIS Jorge (1993). *Algunas Reflexiones en torno a la prohibición del Abuso de Posición Dominante y otras conductas unilaterales en la Ley venezolana sobre Defensa de la Competencia*. En *Anuario de la Universidad de Carabobo*. Valencia. Pág. 227.

⁶⁴ BAUMEISTER TOLEDO, LINARES BENZO (1997). Ob. Cit. Pág. 132.

⁶⁵ CURIEL LEIDENZ (1998). Ob. Cit.

Por ello, como se dijo en el caso Ceras⁶⁶, para iniciar el análisis de la concentración económica, y su posible influencia relevante en el mercado, se debe calcular la participación de mercado de todas las empresas identificadas como participantes en el mercado relevante.

Para aplicar este concepto, se deben considerar las posibilidades de sustitución que tienen tanto las empresas oferentes como las demandantes del mercado⁶⁷. En general, mientras mayor sea la posibilidad de sustitución que disponen los usuarios, más amplio debe ser la definición del mercado relevante.

En el particular caso de las fusiones, se identifica quienes compiten efectivamente con las empresas fusionadas, y deben definirse tantos mercados relevantes como sean afectados por la operación corporativa de fusión. Esto es fundamental en la medida que el análisis de competencia debe efectuarse de manera independiente y completa para cada uno de los mercados afectados.

Con el análisis del mercado relevante se llega a la conclusión si existe una competencia efectiva entre los agentes económicos, es decir, si ciertamente existe competencia entre las empresas que se fusionan. De no haber competencia entre ellos, esto es, de ser una fusión vertical, no existe prácticamente posibilidad alguna de que haya a la libre competencia en el mercado relevante.

Así lo estableció Procompetencia⁶⁸, cuando concluyó que las empresas Tambrands Inc, y C.R. Macintosh Inc., eran empresas que no participaban dentro de un mismo mercado, por lo que no se consideran competidores efectivos en el mercado de tampones y toallas sanitarias, en consecuencia, la operación de concentración económica relativa a la adquisición de las acciones de la primera de las empresas mencionadas por parte de la segunda no generaba efectos restrictivos sobre la libre competencia.

4.2.2.- Grado de concentración en el mercado

En segundo lugar, hay que determinar la llamada *concentración en el mercado*, esto es, aquella medida para conocer la estructura del mercado relevante, previa y posterior a la operación de concentración económica⁶⁹. El grado de concentración es una magnitud derivada de las cuotas de mercado de cada empresa interviniente en la fusión,

⁶⁶ Providencia administrativa número SPPLC/009 del 6 de agosto de 1996 emanada de Procompetencia. Caso: Ceras Johnson-Cruz Verde.

⁶⁷ Providencia administrativa SPPLC/33 del 18 de julio de 2006 emanada de Procompetencia. Caso: Comercializadora Internacional de Maderas, C.A., vs. Terranova de Venezuela, C.A.

⁶⁸ Providencia administrativa SPPLC/31 del 4 de diciembre de 1997 emanada de Procompetencia. Caso: Tambrands Inc-C.R: Macintosh, Inc.

⁶⁹ ORTÍZ-ÁLVAREZ (2001). Ob. Cit. Pág. 83.

dentro del mercado relevante⁷⁰. El literal a) del artículo 5 del Reglamento número 2 de la Ley señala que a los efectos de establecer si una operación de concentración económica genera efectos restrictivos sobre la libre competencia, se tendrá en cuenta si la operación produce un aumento significativo de la concentración en el mercado relevante y, como resultado de esta, se genere un mercado relevante moderado o altamente concentrado.

Siendo que la concentración es un indicador de estructura de mercado, es el punto de partida para observar la situación de relación de fuerzas entre los particulares. En tanto más concentrado sea un mercado, en función del número de participantes y del tamaño relativo de los mismos, “...*mayor será la probabilidad que se configuren situaciones de poder de mercado...*”⁷¹.

Para determinar esta concentración de mercado, Procompetencia ha venido utilizando desde los tiempos de la providencia Heinz-Yukery, un índice económico denominado Herfindahl-Hirschmann (HHI), un indicador que permite apreciar la estructura del mercado, y en la mayoría de los casos se estima en función de las participaciones de las empresas involucradas en la fusión⁷², y se calcula como la suma de los cuadrados de las participaciones de mercado de cada empresa en el mercado relevante⁷³. Este índice refleja la estructura del mercado en la medida que da un peso proporcionalmente mayor a las participaciones de mercado de las empresas más grandes de acuerdo con su importancia relativa. El índice puede adoptar valores que van desde cero (0) hasta diez mil (10.000) puntos⁷⁴. El primer extremo corresponde a una situación de completa atomización del mercado, y por tanto una libre competencia, mientras que el segundo a una de monopolio puro.

Este índice de concentración HHI resulta básico para determinar si ha habido un menoscabo al derecho a la libre competencia, y puede verse esto de las diversas decisiones de Procompetencia con respecto a fusiones de compañías anónimas. Por ejemplo, en la decisión Seguros La Seguridad⁷⁵, se determinó que la concentración en la mayoría de los mercados relevantes se ubicó en niveles moderados, incrementándose en ciento sesenta y nueve puntos (169) en el índice de concentración HHI después de la fusión, por lo que se determinó que dicho grado de concentración no tendría incidencia sobre el nivel de competencia efectiva existente en el sector.

⁷⁰ LINARES BENZO (1999) Ob. Cit. Pág. 228.

⁷¹ CURIEL LEIDENZ. (1998). Ob. Cit. Providencia administrativa número SPPLC/17 del 25 de abril de 2006. Caso: Sas Jean Cassegrain vs. New York and Company y otros.

⁷² Providencia administrativa número SPPLC/18 del 15 de marzo de 2004. Caso: Conduven vs. Unión Industrial Venezolana.

⁷³ BAUMEISTER TOLEDO, LINARES BENZO (1997). Ob. Cit. Pág. 157.

⁷⁴ ORTÍZ-ÁLVAREZ (2001). Ob. Cit. Pág. 83.

⁷⁵ Providencia administrativa número SPPLC/0024 del 1º de noviembre de 1993 emanada de Procompetencia. Caso: Seguros La Seguridad-Seguros Metropolitana.

De igual manera sucedió en el caso Cerámica Carabobo-Refractarios del Caroní⁷⁶, donde se consideró que el incremento en el grado de concentración era poco significativo, pues la variación del HHI resultó inferior a quince (15) puntos.

Caso contrario pasó con la desautorizada fusión Pinco-Corimon⁷⁷, donde los economistas de Procompetencia determinaron que, de darse la operación de concentración económica, el índice HHI se incrementaría en mil cuatrocientos treinta y un puntos (1.431), lo cual implicaría un aumento sustancial en el índice de concentración.

También Procompetencia negó la autorización de fusionarse a las empresas Heinz y Yukery⁷⁸, por cuanto se produciría una variación de HHI de tres mil quinientos dieciocho puntos con seis décimas (3.518,6), lo cual implicaría un acercamiento real y peligroso a un monopolio.

Emblemático en este mismo sentido fue el caso Suavizantes Favor y Johnson⁷⁹, donde se lleva a cabo una operación en virtud de la cual se concede a Unilever NV, propietaria de la marca comercial Suavizante Favor, una licencia por dos años par el uso de la marca en cuestión, implicando la obligación por parte de ésta de comprar periódicamente a Johnson & Son, Inc., unas serie de productos relacionados con la línea de suavizantes Favor, y el transferir la información técnica existente para la fecha de cierre de la negociación. Procompetencia decidió que, de completarse, la concentración económica generaría una restricción a la libre competencia, siendo el incremento del HHI de cinco mil quinientos un punto con treinta y seis centésimas (5.501.36). Propiamente, este caso no es una fusión, sino un tipo distinto de concentración económica, pero sirve para verificar la importancia radical del índice Herfindahl-Hirschmann para poder verificar el grado de concentración económica dentro del mercado relevante de las empresas que se fusionan.

Como puede verse, el elemento de la concentración económica es básico, es clave para la determinación de prácticas contrarias a la libre competencia en materia de fusiones. Ese solo elemento, de por si, puede determinar la autorización o no de una fusión de dos o más sociedades mercantiles.

⁷⁶ Providencia administrativa sin número del 2 de marzo de 1994 emanada de Procompetencia. Caso: Cerámica Carabobo-Refractarios del Caroní.

⁷⁷ Providencia administrativa sin número del 29 de noviembre de 1993 emanada de Procompetencia. Caso: Pinco-Corimon I.

⁷⁸ Providencia administrativa número SPPLC/22 del 11 de abril de 1994 emanada de Procompetencia. Caso: Heinz-Yukery.

⁷⁹ Providencia administrativa número SPPLC/8 del 27 de marzo de 1996 emanada de Procompetencia. Caso: Suavizantes Favor-Johnson.

Ahora bien, a pesar que Procompetencia calificó de elevado, índices que van desde mil ochocientos ochenta y seis (1.886) puntos hasta cuatro mil noventa y cinco (4.095) puntos, como sucedió en el caso Yukery, o tipificado como moderadamente concentrado, índices de mil diecisiete (1.017) puntos a mil doscientos ochenta y seis (1.286) puntos, en el caso específico de la providencia Seguros La Seguridad, en incluso, de oligopolio cerrado, un índice de tres mil ochocientos ochenta y seis (3.886) puntos, también en el caso Heinz-Yukery, lo cierto es que no existen parámetros definidos sobre las calificaciones sobre el índice HHI, por lo que la discrecionalidad de Procompetencia es sumamente amplia y extensa, suficiente para que el límite entre la discrecionalidad y la arbitrariedad de la Administración sea tan tenue, que traspararla resulta más sencillo que respetarla⁸⁰.

Debería tomarse como ejemplo las normas *antitrust* norteamericanas, donde se considera previamente que un HHI menor de mil (1.000) puntos, corresponde a un mercado no concentrado; entre mil (1.000) y mil ochocientos (1.800) puntos, pertenece a un mercado muy concentrado. Esto evidentemente mantiene al margen a la actividad de la Policía Administrativa⁸¹, y genera mayor posibilidad de ejercicio de la libertad económica, ya que, un agente económico, sabrá a que atenerse si realiza una fusión que va a superar los índices HHI ya planteados previamente.

Luego de ello, con la herramienta fundamental de la determinación del mercado relevante, se pasa a analizar la competencia efectiva en el mismo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3 del Reglamento número 1 de la Ley Procompetencia, debiendo 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 entrada⁸².

4.2.3.- Dinámica de competencia

Luego, es menester determinar la *dinámica de la competencia*, la cual hace referencia a la situación en que quedaría el mercado luego de la fusión, en el sentido de que el impacto será negativo en el caso que resulte o se refuerce una posición de dominio en el mercado, o que se generen efectos restrictivos a la libre competencia.

⁸⁰ Puede suceder que existan casos donde exista un alto grado de concentración, más Procompetencia permita la fusión. Providencia administrativa SPPLC/3 del 16 de enero de 2001 emanada de Procompetencia. Caso: Salineras.

⁸¹ Que, según la tesis de ARIÑO ORTIZ, la limitación de la actividad administrativa dentro de los mercados económicos privados debe ser la principal función del moderno Derecho Administrativo económico. ARIÑO ORTIZ (1996). Ob. Cit. En ese mismo sentido, MIRANDA LONDOÑO Alfonso; MÁRQUEZ ESCOBAR Carlos Pablo (2005). *Intervención Pública, Regulación Administrativa y Económica: elementos para la definición de los objetos de la regulación*. En VII Jornadas... Tomo II. Ob. Cit. Pág. 172.

⁸² Providencia administrativa número SPPLC/16 del 10 de julio de 1996 emanada de Procompetencia. Caso: Nabisco-Galletas Tejerías.

Puede ocurrir que una alta concentración en los compradores de los productos del mercado donde se produce la fusión les brinde suficiente poder de mercado como para contrarrestar el abuso de los fusionantes⁸³.

Así, cuando los mercados son competitivos y existe rivalidad entre las empresas, las participaciones en el mercado de cada una de las empresas varían constantemente, demostrando que las empresas permanentemente se enfrentan para atraer clientes⁸⁴.

También se analiza la dinámica de la competencia en precios y condiciones de comercialización y la posibilidad de prácticas colusorias. Para ello, se estudia el análisis histórico de ese mercado, a fin de establecer si en el pasado se han producido acuerdos u otras prácticas concertadas restrictivas de la libre competencia.

4.2.4.- Barreras a la entrada y salida del mercado

Para poder determinar si la operación de concentración económica genera o refuerza una posición de dominio en los mercados relevantes, o genera efectos restrictivos de la libre competencia, es imprescindible incorporar en el análisis, la posibilidad de competencia potencial proveniente de la entrada a los mercados relevantes de nuevos participantes⁸⁵.

Cuando se está en presencia de un mercado con escasas o muy bajas barreras a la entrada, será previsible la entrada de nuevos competidores en caso de que se produzcan situaciones de aumentos sostenidos y significativos en los precios⁸⁶. Esto último, al elevar la rentabilidad de participación en este mercado, atraería inversionistas y en esa medida, ante la amenaza inminente de nuevos competidores, los actuales agentes económicos competidores en el mercado ven disciplinado su comportamiento de largo plazo⁸⁷.

Precisamente, en virtud de la importancia de la competencia potencial en el proceso de alcanzar una asignación eficiente de recursos, cuando a raíz de los cambios en la estructura de mercado que implica una operación de concentración económica, se levantan barreras a la entrada o a la salida de competidores, se estaría lesionando seriamente la competencia.

⁸³ Providencia administrativa SPPLC/2 del 4 de marzo de 1997 emanada de Procompetencia. Caso: Ciba Geigy, S.A.- Sandoz de Venezuela S.A., y SPPLC/18 del 21 de julio de 1997. Caso: Fideicomiso Plantas de Colas.

⁸⁴ Providencia administrativa sin número del 29 de noviembre de 1993 emanada de Procompetencia. Caso: Pinco-Corimon I.

⁸⁵ Providencia administrativa número SPPLC/18 del 15 de marzo de 2004. Caso: Conduven vs. Unión Industrial Venezolana.

⁸⁶ Providencia administrativa SPPLC/19 del 13 de agosto de 1997 emanada de Procompetencia. Caso: Good Year, C.A.

⁸⁷ CURIEL LEIDENZ (1998). Ob. Cit.

El análisis se sustenta en el hecho que cuando un mercado es altamente contable, es decir, que no existen obstáculos a la instalación de nuevos participantes, las empresas que pudieran detentar una posición predominante en los mercados relevantes pueden verse neutralizadas o disciplinadas a abusar de ella, por ejemplo, imponiendo aumentos de precios, ya que tal conducta haría rentable la entrada de nuevos productores, 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 de posición de dominio en la medida que la competencia potencial es considerada en las decisiones de las firmas ya instaladas en los mercados.

Para fortalecer la idea de la generación de efectos restrictivos de la competencia y del refuerzo de una posición de dominio en el mercado relevante luego de la operación de concentración económica denunciada, es importante considerar también la dificultad de existencia de competencia potencial, proveniente de las barreras de entrada al mercado de nuevos participantes.

Así, hay interés en verificar si eventuales conductas podrán verse neutralizadas, en función de la posición de la estructura resultante de la fusión y de las barreras de entrada, pues en caso de dificultad de control y de entrada de nuevos agentes económicos independientes y efectivos, sería viable e inminente, por ejemplo, el incremento de los precios y el abuso de cualesquiera condiciones de comercialización⁸⁸, todo ello en desmedro de la libre competencia.

4.3.- La inexistencia de concentraciones económicas creadoras de posición de dominio prohibidas per se

Hemos dicho en diversas oportunidades que la fusión por sí misma no genera una restricción a la libre competencia, sino que hay que seguir una serie de parámetros legales y económicos para poder llegar a determinar la existencia, o no, de prácticas prohibidas por la Ley Procompetencia. Sin embargo, el artículo 11 prohíbe toda concentración económica que genere posición de dominio, y no su abuso como es la regla general. Sin embargo, con el estudio de las condiciones de acceso al mercado y la posibilidad de competencia potencial, se demuestra que la simple configuración de una posición de dominio no necesariamente implica *per se*, una práctica prohibida. Es necesario, fundamental, obligatorio, que, para prohibir la fusión, que la misma haya generado una posición de dominio, y que esa posición de dominio creada genere una barrera al acceso al mercado a otros agentes económicos menores.

⁸⁸ ORTIZ-ÁLVAREZ (2001). Ob. Cit. Pág. 85.

Así específicamente lo ha señalado la providencia administrativa del caso Conduven, ya citada⁸⁹, la cual afirmó que mientras la posición de dominio generada por la fusión de compañías anónimas, cuando el acceso al mercado sea amplio, permitido a otros, sin barrera por parte de la nueva empresa nacida de la fusión, dicha concentración económica podría ser perfectamente válida y viable, no importando la creación de la posición de dominio. Por tanto, pareciera desaplicarse la incongruente tesis de las concentraciones económicas de Posición de dominio prohibida *per se*, a la cual hizo referencia Procompetencia en la providencia Heinz-Yukery⁹⁰, y luego ratificada por la providencia administrativa recaída en el caso Ceras Jonson y Cruz Verde⁹¹.

Según lo señaló en su oportunidad la referida providencia Heinz-Yukery, la intención del legislador fue la de evitar posiciones de dominio que pueda, en un futuro, eventualmente generar abusos de esa posición dominante. Criterio este que, consideramos no solo contrario a la Ley Procompetencia analizada en su integridad, como un todo cuerpo normativo unitario, sino francamente ilógico.

Parece absurdo sostener que se busque evitar posiciones de dominio, porque estas puedan eventualmente, generar un abuso de esta, ya que se estaría limitando la constitucional libertad de empresa a hechos inciertos, fortuitos, ocasionales, y no a hechos ciertos, reales y efectivos. Es decir, se evitan las posiciones de dominio consecuencia de las fusiones, para evitar que estas, quizás, generen un abuso de posición de dominio.

Si esto fuera cierto, que no lo es, resultaría irracional el argumento, ya que para ninguna otra conducta económica se prohíbe la creación de una posición dominante en el mercado. Mal puede prohibirse la formación de posición de dominio a las concentraciones económicas, y no, por ejemplo, a las prácticas concertadas, donde hay necesariamente que demostrar que dicha práctica afecta a la libre competencia.

Por otra parte, si se hace un análisis de la Ley en su conjunto, utilizando el sistema de argumentación jurídica *a completudine*, o del carácter completo del ordenamiento jurídico⁹², y en el entendido que las normas deben interpretarse de modo que

⁸⁹ Providencia administrativa número SPPLC/18 del 15 de marzo de 2004. Caso: Conduven vs. Unión Industrial Venezolana.

⁹⁰ Esa providencia destacó: “*La operación misma estará prohibida per se, por imperativo previo y objetivo del texto de la propia Ley, sin que la misma distinga si de la posición de dominio provocada por a la operación de concentración se ha hecho abuso o no. Esto es así ya que, en estos casos, lo que busca la Ley es evitar la formación de posiciones dominantes y prevenir con ello situaciones de abuso que serían altamente probables en la ausencia de una competencia efectiva, tal como se ha venido exponiendo. Lo que requiere, por tanto, es evidencia de que la empresa adquiriente disfrutará de una posición de dominio*”. Providencia administrativa número SPPLC/22 del 11 de abril de 1994 emanada de Procompetencia. Caso: Heinz-Yukery.

⁹¹ Providencia administrativa número SPPLC/009 del 6 de agosto de 1996 emanada de Procompetencia. Caso: Ceras Johnson-Cruz Verde.

⁹² Véase, ZERPA Levis Ignacio (2004). *La Argumentación Jurídica*. En *Curso de Capacitación sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica*. Caracas. Tribunal Supremo de Justicia. Pág. 232 y siguientes.

las disposiciones favorables se entiendan ampliamente, y las desfavorables restrictivamente⁹³, se tiene que el artículo 1º de la Ley Procompetencia establece que la misma tiene por objeto promover y proteger el ejercicio de la libre competencia y la eficiencia en el beneficio de los productores y consumidores y prohibir las conductas que puedan *impedir, restringir, falsear o limitar el goce de la libertad económica*.

Como asevera ORTIZ-ÁLVAREZ, con quien concordamos, el artículo 1º de la Ley Procompetencia, constituye el primer pilar fundamental que se debe seguir a la hora de interpretar el resto de la Ley⁹⁴. En ese sentido, es claro que dicha disposición deja sentado que el propósito de la Ley es el de sancionar las conductas que realmente tengan un efecto restrictivo de la competencia, más no sancionar *conductas inocuas* que no tengan efecto alguno sobre la misma.

De allí que la Administración deba comprobar el supuesto efecto anticompetitivo a la hora de aplicar las normas defensoras de la competencia en libertad. Como puede verse, el legislador pretendió sancionar sólo aquellas conductas que realmente sean anticompetitivas, con lo cual, la doctrina sentada en el caso Yukery, carece de todo sentido.

Siguiendo esta línea argumentativa, esa posición fijada por Procompetencia en el caso Yukery, ignora lo establecido en el artículo 5 de la propia Ley, según el cual se prohíben las conductas, prácticas, acuerdos, convenios, contratos o decisiones *que impidan, restrinjan, falseen o limiten la libre competencia*. Por tanto, toda conducta, para que se considere violatoria de la Ley y pueda ser sancionada, debe producir un afecto anticompetitivo específico, y en ausencia de este, ninguna sanción deberá establecerse.

De otra parte, el artículo 6 del Reglamento número 1 de la Ley Procompetencia señala que para que las conductas y prácticas a que se refieren los artículos 6 al 13 de la Ley, se consideren efectivamente prohibiciones particulares, *deberán impedir, restringir, falsear o limitar la libre competencia*.

En definitiva, para darse los supuestos de hechos de las prohibiciones particulares, será necesario comprobar que la conducta de concentración económica pueda impedir, restringir, falsear o limitar el goce de la libertad económica.

⁹³ Así expresamente lo afirmó la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia el 26 de mayo de 1981, en el caso Banco Metropolitano.

⁹⁴ ORTIZ-ÁLVAREZ (2001). Ob. Cit. Pág. 44.

Tan es así, que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo⁹⁵ reconoció la insuficiencia del entonces vigente artículo 11 de la Ley Procompetencia -similar al actual artículo 14 de la Ley Antimonopolio- para establecer cargos a los particulares, y determinó que, para que se configure la conducta prohibida, deben generarse efectos restrictivos sobre la libre competencia.

No debía Procompetencia, por tanto, basarse en una norma ambigua, como lo es la establecida en el artículo 14 de la vigente Ley⁹⁶, para sancionar a particulares, y limitarles, casi hasta la negación, su constitucional Derecho a la libertad económica.

En este sentido, y atendiendo a estos elementos, Procompetencia, mediante la providencia administrativa recaída en el caso Conduven⁹⁷, aseguró que cuando una operación de concentración económica no produce efectos negativos en la competencia, es decir, no es contraria a las disposiciones que regulan la libre competencia, no se hace necesario evaluar las posibles eficiencias generadas en la operación de concentración económica, porque las eficiencias se consideran únicamente en aquellos casos en que simultáneamente se producen efectos restrictivos en el mercado.

La posición de dominio es aquella situación en la que una empresa tiene la posibilidad de actuar en un mercado, o tomar decisiones de forma independiente al resto de sus competidores, sin una capacidad de respuesta efectiva por parte de estos últimos.

En Venezuela la posición de dominio no es propiamente una violación a la ley⁹⁸. Lo que prohíbe la legislación defensora de la competencia es el abuso de posición de dominio con la intención de obtener beneficios extraordinarios en perjuicio del resto de sus competidores, que se materializa a través de conductas que conllevan a la explotación, es decir, aquellas conductas desplegadas por una empresa con posición de dominio, a través del uso excesivo de dicha posición con la finalidad de obtener beneficios extraordinarios, mediante precios excesivos, discriminación de precios, ventas atadas o negativa a negociar.

En definitiva, la generación de efectos restrictivos de la competencia consistirá básicamente en la posibilidad de imponer unilateralmente condiciones en las relaciones de intercambio⁹⁹. El elemento básico entonces, para autorizar la concentración económica

⁹⁵ Sentencia número 274 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 6 de marzo de 1997. Caso: Pinco Pittsburg., Corimón S.A.C.A. Magistrado ponente: María Amparo Grau.

⁹⁶ Así la califica LINARES BENZO (1999). Ob. Cit. Pág. 239.

⁹⁷ Providencia administrativa número SPPLC/18 del 15 de marzo de 2004. Caso: Conduven vs. Unión Industrial Venezolana.

⁹⁸ Lo afirma la propia Superintendencia en su página web. A tal evento, véase el dictamen "Sobre el Régimen de Libre Competencia en Venezuela" (1999) en <http://www.procompetencia.gov.ve>

⁹⁹ BREWER-CARÍAS Allan R. (1996). *Introducción General al Régimen para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia*. En BREWER-CARÍAS; LINARES BENZO; ORTIZ-ÁLVAREZ; FLAMARIQUE RIERA. "Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia". Caracas. Editorial Jurídica Venezolana. Pág. 64

o no, será el carácter restrictivo de las operaciones¹⁰⁰, y no el simple nacimiento de una posición de dominio, o de poder de mercado, en palabras de Procompetencia. Incluso, en países como Colombia, se afirma que no podrán objetarse aquellas operaciones de concentración económica en que los interesados demuestren que puede haber mejoras significativas en la 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 mercado¹⁰¹.

Por lo que, de no haber menoscabo a la libre competencia, la fusión deberá ser autorizada, sin importar si la misma genera una posición de dominio. Si luego, se abusa de esa posición dominante, Procompetencia iniciará un nuevo procedimiento administrativo sancionatorio por la causal establecida en el artículo 13 de la Ley Procompetencia, que prohíbe el abuso de la posición de dominio.

4.4.- Los requisitos para aprobar una fusión

Procompetencia, mediante la providencia administrativa SPPLC/6 del 17 de abril de 1997, dictó en su momento el Instructivo número 3 sobre Operaciones de Concentración Económica, publicado en Gaceta Oficial número 36.209 del 20 de mayo de 1997, determinó las diversas informaciones que debían suministrar las personas o empresas que notificaran a la Superintendencia de una operación de concentración económica.

Así, para iniciar un procedimiento de aprobación de una fusión por parte de Procompetencia, antes que todo deberá verificarse que la cuantía de la fusión sea la mínima exigida por la Superintendencia. Mediante providencia administrativa SPPLC/14 del 24 de mayo de 1996, publicada en Gaceta Oficial número 36.000 del 15 de julio de 1996, Procompetencia estableció la cuantía mínima relevante de las operaciones de concentración económica. Dicha providencia señalaba en su artículo único, que el Reglamento número 2 de la ley Procompetencia se aplicará a todas las operaciones de concentración económica cuando el volumen de negocios total de las empresas participantes en dicha operación supera la cantidad equivalente a ciento veinte mil (120.000) unidades tributarias. Y en el caso que la fusión involucrara a divisiones de varias empresas, se tomará en cuenta a efectos del párrafo anterior, el volumen total de negocios de las divisiones participantes en la operación.

¹⁰⁰ CURIEL LEIDENZ Claudia (1997). *Una Introducción al Análisis de Convergencias entre las leyes de Competencia en América*. En *Revista de Derecho Internacional Económico*. Volumen 2, número 1. Primer semestre de 1997. Caracas. Pág. 79.

¹⁰¹ ALARCÓN CARRILLO Margarita (1997). *El Derecho de la Competencia en Colombia*. En *Revista de Derecho Internacional Económico*. Volumen 2, número 1. Primer semestre de 1997. Caracas. Pág. 88.

El Instructivo solicitaba como primer punto información sobre las partes solicitantes, la identificación de las empresas a concentrarse económicamente, razón y domicilio social, número de registro de información fiscal, identificación de los administradores y del representante legal de las sociedades.

También era necesario suministrar una lista de personas jurídicas pertenecientes al mismo grupo, identificar los medios de control presente entre esas personas vinculadas, un cuadro que refleje las vinculaciones y las formas de control.

De otra parte, el Instructivo ordenaba que los interesados hicieran una descripción sobre la naturaleza y características de la concentración, donde se debe indicar si se trata de una fusión en los términos del artículo 343 del Código de Comercio, o que se trate de otra forma de concentración, tales como una adquisición de acciones, un contrato de adquisición de activos productivos o de fondos de comercio, entre otros. En este mismo sentido, era menester indicar si se ven afectadas por la operación la totalidad o parte de las personas jurídicas participantes.

En otro sentido, Procompetencia exigía información sobre el mercado específico, lo cual se considera de importancia capital, ya que, a partir de la misma, se podrá determinar si existe violación a la libre competencia o no. En primer lugar, se requería una descripción del mercado-producto¹⁰², solicitándose una importante cantidad de información, entre las cuales destacamos la descripción de los bienes y/o servicios producidos y/o comercializados por las empresas a concentrarse; las características de los consumidores de cada uno de los productos; los usos y función de cada producto; las variables más importantes que son tomadas en cuenta por los consumidores al momento de decidir la compra del alguno de los productos; definición de los distintos mercados hacia los cuales se orientan los productos; que bienes pueden considerarse sustitutos de los mismos; un esquema del proceso de fabricación; si existe un mercado secundario; las distintas tecnologías disponibles para la fabricación de la línea de productos de la operación.

En este mismo orden de ideas, dentro del análisis del mercado, se solicitaba la determinación del mercado geográfico¹⁰³ en actividades de manufactura y comercialización de producto finales o intermedios. Así, se exigía delimitar el área geográfica en

¹⁰² “La determinación del mercado producto busca establecer cual es el conjunto mínimo de productos o servicios, cuya oferta debería ser controlada por una firma hipotética, para poder lograr un aumento de precios rentable y sostenible en el tiempo”. Providencia administrativa SPPLC/33 del 18 de julio de 2006 emanada de Procompetencia. Caso: Comercializadora Internacional de Maderas, C.A., vs. Terranova de Venezuela, C.A.

¹⁰³ “... la determinación del mercado geográfico busca establecer el ámbito especial dentro del cual operan los agentes económicos competidores en el mercado producto y donde se presume la existencia de las prácticas restrictivas de la libre competencia”. Providencia administrativa SPPLC/59 del 28 de septiembre de 2006 emanada de Procompetencia. Caso: Venco Empaques, C.A., vs. Corporación Industrial del Plástico, C.A.

la cual se vendían cada uno de los productos objeto de la operación de concentración; explicar si los productos podían ser comercializados en cualquier área geográfica; la importancia relativa de los costos de transporte, expresándolos como porcentaje de las ventas de cada producto; los volúmenes de importaciones y exportaciones que ha realizado la empresa, reflejado en dólares, bolívares y unidades tributarias; una tabla con los datos de precios de los productos objeto de la operación de concentración en el mercado internacional para los últimos tres años.

Ambos requisitos eran fundamentales. Ciertamente, para poder medir el llamado poder de mercado, es menester delimitar el mercado relevante bajo el análisis del mercado de producto y el mercado geográfico, verificando la posibilidad de sustitución entre mercados. Como ejemplo, podemos enfatizar el caso de la fusión Telvenco S.A. y Tim Internacional, N.V., propietaria de la empresa de telefonía móvil Corporación Digitel C.A. y sus filiales, donde Procompetencia estudió la posibilidad de comercialización de los mercados de telefonía móvil y telefonía fija, las zonas donde esa comercialización se daba, y por último, la sustitubilidad o no de ambos mercados¹⁰⁴.

También se pedía que se indique la dinámica del mercado, debiendo señalarse la etapa del ciclo de vida en que se encuentra cada uno de los productos, explicando la evolución de los distintos segmentos de mercado en los que participan los productos fabricados; los objetivos establecidos en los distintos planes de promoción de ventas; la evolución del proceso de diferenciación de productos en los mercados relevantes afectados por la operación de concentración; un listado de precios a nivel de consumidor de los productos o servicios prestados, y de los precios a los cuales han comprado los clientes los productos o servicios para los dos últimos años con periodicidad mensual.

5.- Nota final

Estas son algunas notas sobre un régimen jurídico que hoy no existe en Venezuela por la vía de los hechos. Aunque se encuentra vigente la Ley Antimonopolio, la economía venezolana está tan contraída, que hoy no existe referencia alguna a negocios jurídico-económicos como los que hemos hecho hoy referencia.

Lo que aquí hemos querido demostrar, es que Venezuela contó con una época de seguridad jurídica e institucional, que es la verdadera clave para que los países avancen, ya que como bien aseveran Daron ACEMOGLU y James ROBINSON en su magna obra “Por qué fracasan los países¹⁰⁵”, cuando no hay instituciones políticas consolidadas, respeto al sistema jurídico, a la propiedad privada, y quien las haga respetar, los Estados están condenados al fracaso.

¹⁰⁴ Opinión del 9 de mayo de 2006 emanada de Procompetencia. Caso: Telvenco, S.A-Tim Internacional N.V.

¹⁰⁵ ACEMOGLU Daron; ROBINSON James. *Por qué fracasan los países*. Ariel. Buenos Aires 2018.

Venezuela es, lastimosamente, el más claro ejemplo mundial de esto. Un país en vías de desarrollo, con una economía que, con sus vaivenes, permitía la existencia de economías solidas con posibilidad de libertad y movimiento, donde generar negocios jurídicos, como las fusiones, era posible, y donde, por tanto, había un mercado que había que estudiar, analizar, ayudar a que fuese libre pero justa. Hoy, los venezolanos nos limitamos a ver como el sueldo mínimo no llega a dos dólares, a ir caminando por fronteras a otros países, huyendo despavoridos del horror venezolano al que nos han conducido, a que hay una economía contraída casi en su totalidad, salvada un poco por el mercado negro de divisas.

Con este humilde trabajo, realizado hace unos cuantos años, pero nunca publicado sino hasta hoy, queremos reforzar la idea de esa Venezuela posible, la que existió y la que podría volver a existir si volvemos a tener un Estado verdadero, comprometido a hacer su trabajo y no el Estado fallido en el que estamos sumergidos.

Venezuela fue ejemplo en la región en el análisis del régimen de libre competencia. Las decisiones de Procompetencia eran analizadas en los países de América Latina. Los doctrinarios venezolanos dedicados al tema eran respetados en el orbe. Eso es lo que queremos recordar hoy, a lo que queremos apuntar. Nuestra apuesta es volver a esos tiempos, mejorarlos de ser posible. Para eso, este trabajo. Para hacer esa remembranza con la esperanza que algún día, más pronto que tarde, no estemos hablando de la crisis de electricidad, de gas, de gasolina, de seguridad, sino de economías sólidas, de libre mercado y justa competencia, de acceso a bienes y servicios, de trabajos con sueldos dignos que permitan una calidad de vida normal.

Estoy convencido que los venezolanos lograremos ese objetivo, tan fundamental para nuestro maltrecho país.

Caracas, octubre de 2020.

BIBLIOGRAFÍA

- ACEMOGLU Daron; ROBINSON James. Por qué fracasan los países. Ariel. Buenos Aires, 2018.
- ALARCÓN CARRILLO Margarita. El Derecho de la Competencia en Colombia. En Revista de Derecho Internacional Económico. Volumen 2, número 1. Primer semestre de 1997. Caracas, 1997.
- ARIÑO ORTIZ Gaspar. Regulación Económica. Teoría y Práctica de la regulación para la Competencia. Buenos Aires. Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 1996.
- BADELL BENÍTEZ Nicolás. La Libre Competencia como Límite a la Actividad de Fomento: El Control de las Ayudas Públicas en la Unión Europea. En Revista de Derecho Administrativo. Número 20. Caracas. Editorial Sherwood, 2006.

- BADELL MADRID Rafael. Consideraciones acerca de las Normas Constitucionales en Materia Económica. En *El Nuevo Derecho Constitucional Venezolano*. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello, 2000.
- BAUMEISTER TOLEDO Alberto, LINARES BENZO Gustavo José. *La Fusión Pinco-Corimon. Un caso de concentración económica*. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 1997.
- BREWER-CARÍAS Allan R. Introducción General al Régimen para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia. En BREWER-CARÍAS; LINARES BENZO; ORTIZ-ÁLVAREZ; FLAMARIQUE RIERA. "Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 1996.
- CÁRDENAS PERDOMO Orlando. Libre Competencia, Orden Público y Actividad de Policía. En *Revista de Derecho Internacional Económico*. Volumen 2, número 1. Primer semestre de 1997. Caracas, 1997.
- CARRO José Luís. Aproximación jurídica al concepto de intervencionismo económico. En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 3. (CD-ROM) Madrid. Editorial Civitas, 1973.
- CURIEL LEIDENZ Claudia. Una Introducción al Análisis de Convergencias entre las leyes de Competencia en América. En *Revista de Derecho Internacional Económico*. Volumen 2, número 1. Primer semestre de 1997. Caracas, 1997.
- CURIEL LEIDENZ Claudia. Régimen de Evaluación de las Operaciones de Concentración Económica en Venezuela. En <http://www.procompetencia.gov.ve>, 1998.
- DE LEÓN Ignacio. Análisis Positivo del Sistema Constitucional Venezolano. En *Summa. Libro Homenaje a la Procuraduría General de la República*. Caracas. Fundación Procuraduría General de la República, 1998.
- Dictamen "Sobre el Régimen de Libre Competencia en Venezuela" en <http://www.procompetencia.gov.ve>, 1999.
- FERNÁNDEZ Pablo. Las funciones del principio de unidad de mercado en la jurisprudencia constitucional. En *Revista Española de Derecho Administrativo* Número 73 (CD-ROM). Madrid. Editorial Civitas, 1992.
- FISCHER Stanley, DORNBUSCH Rudiger, SCHMALENSEE Richard. *Economía*. (3ra Ed.). Madrid. Mc Graw Hill, 1993.
- GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo, FERNÁNDEZ Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. (9na Ed.). Madrid. Editorial Civitas, 2004.
- GARRIDO FALLA Fernando. El modelo económico en la Constitución y la revisión del concepto de servicio público. En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 29. (CD-ROM). Madrid. Editorial Civitas. Madrid, 1981.
- GARRIDO FALLA Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Volumen II. Madrid. Estudios de Derecho Políticos, 1973.
- GARRIGUES Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo I. Imprenta Aguirre. Madrid, 1968.
- GOLSDCHMIDT Roberto. *Curso de Derecho Mercantil*. Caracas. Ediar venezolana, S.R.L, 1979.

- HERNÁNDEZ G José Ignacio. *Disciplina Jurídico-Administrativa de la Libertad Económica. La diatriba actual entre la libertad económica y el Estado social.* En VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo 'Allan Randolph Brewer-Carías'. El principio de legalidad y el ordenamiento jurídico-administrativo de la libertad económica. Tomo I. Caracas. Fundación Estudios de Derecho Administrativo, 2004.
- HERNÁNDEZ G José Ignacio. *La Libertad de Empresa y sus Garantías Jurídicas.* Caracas. Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Ediciones Iesa, 2004.
- KIRIAKIDIS Jorge. *Algunas Reflexiones en torno a la prohibición del Abuso de Posición Dominante y otras conductas unilaterales en la Ley venezolana sobre Defensa de la Competencia.* En Anuario de la Universidad de Carabobo. Valencia, 1993.
- LINARES BENZO Gustavo José. *Fusiones. Análisis de las Concentraciones Económicas en el Derecho de la Competencia.* En Revista de Derecho Administrativo. Número 6. Caracas. Editorial Sherwood, 1999.
- MADURO LUYANDO Eloy. *Curso de Obligaciones. Derecho Civil III. Tomo I.* Caracas. Universidad Católica Andrés Bello, 1999.
- MALARRIAGA Carlos. *Tratado Elemental de Derecho Comercial. Tomo I.* Buenos Aires. Tipografía Editora Argentina, 1951.
- MORLES HERNÁNDEZ Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil. Las Sociedades Mercantiles. (4ta Ed.). Tomo II.* Caracas. Universidad Católica Andrés Bello, 1999.
- Opinión del 9 de mayo de 2006 emanada de Procompetencia. Caso: Telvenco, S.A-Tim Internacional N.V.
- PAREJO ALFONSO Luciano. *El Concepto del Derecho Administrativo.* Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 1984.
- PEÑA SOLÍS José. *Manual de Derecho Administrativo. Volumen tercero.* Caracas. Tribunal Supremo de Justicia. Colección de Libros Jurídicos. 2003.
- PESCI-FELTRI SCASSELLATTI Flavia. *La Libre Competencia en el Desarrollo de la Intervención Estatal en la Economía.* En Revista de Derecho Administrativo. Número 4. Caracas. Editorial Sherwood, 1998.
- PLANCHART MANRIQUE Gustavo. *El Estado Social de Derecho y de Justicia.* En La Constitución de 1999. Caracas. Biblioteca de Ciencias Políticas y Sociales, 2004.
- Providencia administrativa número SPPLC/22 del 11 de abril de 1994 emanada de Procompetencia. Caso: Heinz-Yukery.
- Providencia administrativa número SPPLC/16 del 10 de julio de 1996 emanada de Procompetencia. Caso: Nabisco-Galletas Tejerías.
- Providencia administrativa número SPPLC/34 del 9 de diciembre de 1996 emanada de Procompetencia. Caso: Colas.
- Providencia administrativa número SPPLC/18 del 15 de marzo de 2004. Caso: Conduven vs. Unión Industrial Venezolana.
- Providencia administrativa número SPPLC/18 del 15 de marzo de 2004. Caso: Conduven vs. Unión Industrial Venezolana.

-
- Providencia administrativa número SPPLC/22 del 11 de abril de 1994 emanada de Procompetencia. Caso: Heinz-Yukery.
- Providencia administrativa número SPPLC/18 del 15 de marzo de 2004. Caso: Conduven vs. Unión Industrial Venezolana.
- Providencia administrativa número SPPLC/16 del 10 de julio de 1996 emanada de Procompetencia. Caso: Nabisco-Galletas Tejerías.
- Providencia administrativa sin número del 29 de noviembre de 1993 emanada de Procompetencia. Caso: Pinco-Corimon I.
- Providencia administrativa SPPLC/33 del 18 de julio de 2006 emanada de Procompetencia. Caso: Comercializadora Internacional de Maderas, C.A., vs. Terranova de Venezuela, C.A.
- Providencia administrativa número SPPLC/009 del 6 de agosto de 1996 emanada de Procompetencia. Caso: Ceras Johnson-Cruz Verde.
- Providencia administrativa SPPLC/33 del 18 de julio de 2006 emanada de Procompetencia. Caso: Comercializadora Internacional de Maderas, C.A., vs. Terranova de Venezuela, C.A.
- Providencia administrativa SPPLC/31 del 4 de diciembre de 1997 emanada de Procompetencia. Caso: Tambrands Inc-C.R: Macintosh, Inc.
- Providencia administrativa número SPPLC/17 del 25 de abril de 2006. Caso: Sas Jean Cassegrain vs. New York and Company y otros.
- Providencia administrativa número SPPLC/18 del 15 de marzo de 2004. Caso: Conduven vs. Unión Industrial Venezolana.
- Providencia administrativa número SPPLC/0024 del 1º de noviembre de 1993 emanada de Procompetencia. Caso: Seguros La Seguridad-Seguros Metropolitana.
- Providencia administrativa sin número del 2 de marzo de 1994 emanada de Procompetencia. Caso: Cerámica Carabobo-Refractarios del Caroní.
- Providencia administrativa número SPPLC/22 del 11 de abril de 1994 emanada de Procompetencia. Caso: Heinz-Yukery.
- Providencia administrativa número SPPLC/8 del 27 de marzo de 1996 emanada de Procompetencia. Caso: Suavizantes Favor-Johnson.
- Providencia administrativa SPPLC/3 del 16 de enero de 2001 emanada de Procompetencia. Caso: Salineras.
- Providencia administrativa SPPLC/2 del 4 de marzo de 1997 emanada de Procompetencia. Caso: Ciba Geigy, S.A.-Sandoz de Venezuela S.A., y SPPLC/18 del 21 de julio de 1997. Caso: Fideicomiso Plantas de Colas.
- Providencia administrativa SPPLC/19 del 13 de agosto de 1997 emanada de Procompetencia. Caso: Good Year, C.A.
- Providencia administrativa SPPLC/33 del 18 de julio de 2006 emanada de Procompetencia. Caso: Comercializadora Internacional de Maderas, C.A., vs. Terranova de Venezuela, C.A.
- Providencia administrativa SPPLC/59 del 28 de septiembre de 2006 emanada de Procompetencia. Caso: Venco Empaques, C.A., vs. Corporación Industrial del Plástico, C.A.

- RIVERO ORTEGA Ricardo. *Introducción al Derecho Administrativo Económico*. Salamanca. Editorial Ratio Legis, 2001.
- Sentencia número 2019 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 10 de diciembre de 1998. Caso: Coca Cola-Pepsi Cola. Magistrado ponente: Héctor Paradisi León.
- Sentencia número 274 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 6 de marzo de 1997. Caso: Pinco Pittsburg S.A. y Corimón, S.A.C.A. Magistrada ponente: María Amparo Grau.
- Sentencia número 332 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 11 de mayo de 2005. caso: Rctv. Juez ponente: Rafael Ortiz-Ortíz.
- Sentencia número 515 del 5 de mayo de 1997 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. Caso: Coca Cola vs. Pepsi Cola. Magistrada ponente: Belén Ramírez Landaeta.
- Sentencia de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia el 26 de mayo de 1981, en el caso Banco Metropolitano.
- SERRA Yves. *Le Droit Francais de la Concurrence*. Paris. Dalloz. Pág. 99-100, 1993.
- SISCO RICCIARDI Octavio. *Hacia un nuevo concepto de Servicio público. Su visión en la Constitución venezolana de 1999*. En *Revista de Derecho*. Número 13. Caracas. Tribunal Supremo de Justicia, 2004.
- TURÍN ORTIZ Carolina. *Bases Constitucionales de los servicios Públicos en Venezuela*. En *Revista de Derecho Administrativo*. Número 19. Caracas. Editorial Sherwood, 2004.
- VILLAR PALASÍ José Luís. *La intervención administrativa en la industria*. Madrid. Instituto de Estudios Políticos, 1964.
- ZERPA Levis Ignacio. *La Argumentación Jurídica*. En *Curso de Capacitación sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica*. Caracas. Tribunal Supremo de Justicia, 2004.