



LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
EN SU NOMBRE

EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Magistrada Ponente: **BÁRBARA GABRIELA CÉSAR SIERO**
Exp. Nro. 2011-0854

Mediante oficio Nro. 2010-0758 de fecha 25 de marzo de 2010, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo remitió a esta Sala el expediente contentivo de la demanda de nulidad interpuesta conjuntamente con acción de amparo constitucional y subsidiariamente con solicitud de suspensión de efectos, por el abogado José Antonio Muci Borjas y la abogada Verónica Pacheco Sanfuentes, inscrito e inscrita en el INPREABOGADO bajo los Nros. 26.174 y 48.462, respectivamente, actuando con el carácter de apoderado y apoderada judicial de las sociedades mercantiles C.A. Electricidad del Centro (ELECENRO) y la Compañía Anónima de Electricidad de Los Andes (CADELA), fusionadas a la Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico (CADAFE) y esta a su vez, a la sociedad mercantil **CORPORACIÓN ELÉCTRICA NACIONAL, S.A. (CORPOELEC)**, instruida su creación según Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Reorganización del Sector Eléctrico Nro. 5.330 del 2 de mayo de 2007, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nro. 38.736 de fecha 31 de julio de 2007, adscrita al Ministerio del Poder Popular para la Energía Eléctrica y originalmente inscrita el día 17 de octubre de 2007 ante el Registro Mercantil Segundo de la Circunscripción Judicial del Distrito Capital y del Estado Miranda, bajo el Nro. 69, Tomo 216-A-Sgdo; contra la Resolución Nro. SPPLC/034-99 dictada el 29 de junio de 1999 por la **SUPERINTENDENCIA PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA (PROCOMPETENCIA)**, actualmente denominada **SUPERINTENDENCIA ANTIMONOPOLIO**, la cual impuso sanción de multa a las empresas recurrentes por haber incurrido en la práctica prohibida en el artículo 6 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

La remisión se efectuó con ocasión del recurso de apelación interpuesto el 4 de agosto 2008, por la abogada María Auxiliadora Riera Briceño, inscrita en el INPREABOGADO bajo el Nro. 26.825, actuando con el carácter de apoderada judicial de la Compañía Anónima de Electricidad de Los Andes (CADELA), contra la sentencia Nro. 2007-002556 dictada el 12 de diciembre de 2007 por la aludida Corte, la cual declaró sin lugar la demanda de nulidad interpuesta conjuntamente con acción de amparo constitucional y subsidiariamente con solicitud de suspensión de efectos.

El 14 de abril de 2010, se dio cuenta en Sala, se designó ponente a la Magistrada Evelyn Marrero Ortíz y se fijó un lapso de quince (15) días despacho para la fundamentación de la apelación de conformidad con lo

establecido en el aparte 18 del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, aplicable *ratione temporis*.

En fecha 18 de mayo de 2010, los representantes judiciales de la parte demandante consignaron escrito de fundamentación de la apelación.

El 15 de junio de 2010, se fijó la oportunidad para la celebración del acto de informes, con base en lo previsto en el artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, aplicable *ratione temporis*.

Por auto dictado el 29 de junio de 2010, la causa entró en estado de sentencia. En la misma fecha, los apoderados judiciales de las sociedades mercantiles demandantes, presentaron escrito de informes.

Mediante sentencia Nro. 01219 de fecha 1° de diciembre de 2010, esta Sala declaró: “(...) 1.- **SE ANULAN** las actuaciones subsiguientes a la sentencia N° 2007-002556 dictada el 12 de diciembre de 2007 por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. 2.- **SE REPONE** la causa al estado en que la [aludida] Corte (...) practique la notificación del fallo N° 2007-002556 de fecha 12 de diciembre de 2007 a la Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico (CADAFE) y a la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (PROCOMPETENCIA) (...)”. (Destacados del original y agregado de la Sala).

Una vez remitido el expediente a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y luego de cumplido el trámite de notificación ordenado por esta Sala, compareció el abogado Luis José Hostos Salazar, inscrito en el INPREABOGADO bajo el Nro. 54.141, en su carácter de apoderado judicial de la Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico (CADAFE) y mediante diligencia de fecha 27 de junio de 2011, apeló de la sentencia Nro. 2007-002556 dictada el 12 de diciembre de 2007.

Por auto dictado el 20 de julio de 2011, la referida Corte oyó en ambos efectos el recurso de apelación antes mencionado y en tal virtud se remitió el expediente a esta Sala, ante lo cual, luego de recibido el mismo, se acordó aplicar el procedimiento de segunda instancia previsto en el artículo 92 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y se designó ponente a la Magistrada Yolanda Jaimes Guerrero.

En fecha 10 de agosto de 2011, la abogada María Andreina Leañez Guzmán, inscrita en el INPREABOGADO bajo el Nro. 34.067, actuando con el carácter de apoderada judicial de la parte demandante, consignó escrito de fundamentación de la apelación.

El 13 de octubre de 2011, la presente causa entró en estado de sentencia.

A través de la diligencia suscrita el 22 de mayo de 2013, el abogado Ángel Sánchez, inscrito en el INPREABOGADO bajo el Nro. 34.067, en su carácter de apoderado judicial de la Corporación Eléctrica Nacional, S.A. (CORPOELEC), solicitó la suspensión de la causa.

Por auto dictado el 23 de mayo de 2013, se dejó constancia que el 8 del mismo mes y año, fue electa la Junta Directiva de este Supremo Tribunal, de conformidad con lo previsto en el artículo 20 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Mediante sentencia Nro. 01302 de fecha 13 de noviembre de 2013, esta Sala declaró: “(...) **SUSPENDE EL CURSO DE LA PRESENTE CAUSA** por un lapso de ciento ochenta (180) días continuos, contados a partir de la fecha de la publicación de la presente sentencia (...)”. (Destacados de la cita).

En fecha 29 de enero de 2014, se libraron los oficios de notificación Nros. 0244 y 0245 dirigidos al Superintendente para la Promoción y Protección de la Libre Competencia y al Presidente de la Junta Interventora de la Corporación Eléctrica Nacional, S.A. (CORPOELEC), respectivamente.

A través de diligencias de fechas 18 y 21 de marzo de 2014, el Alguacil de esta Sala consignó acuses de recibo de los oficios de notificación dirigidos al Presidente de la Junta Interventora de la Corporación Eléctrica Nacional, S.A. (CORPOELEC) y al Superintendente para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, respectivamente.

Mediante auto dictado en fecha 2 de abril de 2014, se dejó constancia que el 14 de enero de ese mismo año se incorporó a esta Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, la Tercera Suplente Magistrada María Carolina Ameliach Villarroel.

En fecha 5 de junio de 2014, la abogada Berta María González Páez, inscrita en el INPREABOGADO bajo el Nro. 158.546, en su carácter de apoderada judicial de la parte demandada, consignó instrumento poder que la acredita como tal, y a su vez, solicitó se dicte sentencia en la presente causa.

El día 20 de enero de 2015, se dejó constancia que el 29 de diciembre de 2014, se incorporaron a esta Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, las Magistradas María Carolina Ameliach Villarroel, Bárbara Gabriela César Siero y el Magistrado Inocencio Antonio Figueroa Arizaleta.

Mediante diligencia suscrita el 24 de marzo de 2015, la abogada Berta María González Páez, antes identificada, en su carácter de apoderada judicial de la parte demandada, solicitó se dicte sentencia en la presente causa.

Por auto de fecha 25 de marzo de 2015, se dejó constancia que el día 11 de febrero de ese mismo año, fue elegida la Junta Directiva del Tribunal Supremo de Justicia. Asimismo, se ordenó la continuación de la causa y se designó Ponente a la Magistrada **BÁRBARA GABRIELA CÉSAR SIERO**.

Luego a través de las diligencias de fechas 11 de junio y 30 de julio de 2015, la abogada Berta María González Páez, antes identificada, en su carácter de apoderada judicial de la parte demandada, petitionó se dicte sentencia en la presente causa.

El 15 de octubre de 2015, la abogada Marlyn Useche, inscrita en el INPREABOGADO bajo el Nro. 163.536, en su condición de apoderada judicial de la Corporación Eléctrica Nacional, S.A. (CORPOELEC), consignó instrumento poder que acredita su representación y a su vez, solicitó se dicte sentencia.

Por diligencia de fecha 29 de septiembre de 2016, la abogada Berta María González Páez, antes identificada, en su carácter de apoderada judicial de la parte demandada, pidió pronunciamiento de fondo.

El día 4 de octubre de 2016, se dejó constancia que el 23 de diciembre de 2015, se incorporaron a esta Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, el Magistrado Marco Antonio Medina Salas y la Magistrada Eulalia Coromoto Guerrero Rivero, designados y juramentados por la Asamblea Nacional en esa misma fecha.

A través de la diligencia de fecha 23 de noviembre de 2016, la abogada Marlyn Useche, previamente identificada, en su carácter de apoderada judicial de la parte demandante, requirió se dicte sentencia.

En fecha 24 de febrero de 2017, se eligió la Junta Directiva de este Máximo Tribunal de conformidad con lo establecido en el artículo 20 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, quedando integrada esta Sala Político-Administrativa de la forma siguiente: Presidenta, Magistrada María Carolina Ameliach Villarroel; Vicepresidente, Magistrado Marco Antonio Medina Salas; la Magistrada Bárbara Gabriela César Siero; el Magistrado Inocencio Antonio Figueroa Arizaleta y la Magistrada Eulalia Coromoto Guerrero Rivero.

Realizado el estudio de las actas que conforman el expediente, pasa esta Sala a dictar decisión, previas las siguientes consideraciones:

I DEL ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO

Mediante Resolución Nro. SPPLC/034-99 dictada el día 29 de junio de 1999, la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (PROCOMPETENCIA), hoy Superintendencia Antimonopolio, decidió lo siguiente:

“(...) En fecha 9 de diciembre de 1998, (...) las sociedades mercantiles T.V. CABLE ORION, C.A., PARABÓLICAS SERVICE’S C.A., CABLE CORP T.V., C.A., y ACC COMUNICACIONES (de ahora en adelante Grupo VENINFOTEL); (...) la empresa SUPERCABLE ALK INTERNACIONAL, S.A., (en lo adelante SUPERCABLE) y (...) la asociación civil CÁMARA VENEZOLANA DE LA TELEVISIÓN POR SUSCRIPCIÓN (en lo adelante CAVETESU), que en lo adelante serán denominadas ‘Empresas de televisión por suscripción de distribución por cable’ (...) presentaron escrito solicitando la apertura de un procedimiento administrativo contra las empresas (...) (ENELVEN); (...) (ENELCO); (...) (ENELBAR); (...) (ELEVAL); (...) (CADAFE); y sus filiales: (...) (ELECENRO); (...) (ELEORIENTE); (...) (ELEOCCIDENTE); (...) (SEMDA); y (...) (CADELA), en lo adelante ‘Empresas del Sector Eléctrico’ por la presunta comisión de prácticas prohibidas por la Ley (...), específicamente los supuestos tipificados por los artículos 6, 10 ordinal 1º y 13 ordinal 6º de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

(...)

IV.1 De la aplicación de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia al objeto del procedimiento

En escrito presentado en fecha 24 de marzo de 1999, los representantes de ENELBAR afirman que la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia no es aplicable a la relación jurídica que ha existido entre ENELBAR y las empresas de telecomunicaciones en materia de uso común y arrendamiento de posteadura de su propiedad.

(...)

*Al respecto esta Superintendencia **OBSERVA** que es completamente errado considerar que, cuando una empresa realiza una actividad de servicio público, sometida a*

autorizaciones, concesiones, permisos y vigilancia por parte de autoridades reguladoras, la normativa de libre competencia es inaplicable.

(...)

*Por otro lado, cuando el Estado ha otorgado a una sola empresa la concesión o autorización para prestar el servicio público, confiriendo de esta manera a la empresa una clara posición de dominio en la prestación del servicio público, las normas de libre competencia son aplicables en cuanto al abuso que en su posición de dominio pueda realizar la empresa concesionaria o autorizada, salvo que la Ley que regule el servicio público haya expresamente exceptuado la aplicación de normas de libre competencia (...). En consecuencia, le es aplicable la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia a aquellas empresas que gozan de una posición de dominio permitida por el Estado en ejecución de la Ley (...). **Y ASÍ SE DECIDE.***

IV.2 De la competencia de la Superintendencia para conocer del objeto del procedimiento

(...)

*Al respecto la Superintendencia **OBSERVA** que, habiéndose determinado la aplicabilidad de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia al presente caso, la competencia de este organismo está claramente establecida de acuerdo a lo expuesto en el punto anterior.*

(...)

Las normas que rigen la prestación del servicio eléctrico emanada del Ministerio de Energía y Minas (...) no se extienden a aquellas actividades que no estando relacionadas con la prestación del servicio eléctrico como tal, son realizadas por las empresas de ese sector eléctrico. Evidentemente tal es el caso de la disposición (arrendamiento) de los activos propiedad de tales empresas para fines que nada tienen que ver con el suministro eléctrico.

Por esta razón, si bien es cierto que de conformidad con el artículo 1 del Decreto sobre normas para la Regulación del Sector Eléctrico, el sector eléctrico nacional se encuentra regulado por el Ministerio de Energía y Minas, ello no implica la incompetencia de la Superintendencia para conocer de los casos en que se presume que uno o varios agentes económicos participantes del sector eléctrico actuando en un mercado distinto a la regulación, como lo es el mercado de servicio de posteadura para la distribución de señales de telefonía y televisión por cable. En este último mercado que ha sido denunciada la realización de prácticas presuntamente restrictivas a la libre competencia.

(...)

No es posible que se pretenda impedir a la Superintendencia tutelar el mercado en virtud de la existencia de contratos entre las partes involucradas. Las regulaciones contractuales que puedan hacer los particulares entre ellos, desaparece al comprobarse que el fin tutelado por la Ley (...) se encuentra en peligro, debido al orden público económico que esta ley protege, que consiste en la adecuación de todas las actividades económicas en un mercado determinado a los principios de libre competencia.

*Cuando a consecuencia del desarrollo de las relaciones contractuales, algún agente económico o un sector del mercado se encuentre afectado por las actuaciones presuntamente restrictivas de la competencia llevadas a cabo por otro agente económico, el conocimiento del asunto corresponderá a esta Superintendencia, pues se amenaza con ello la transparencia de la información que se transmite en el mercado a los consumidores, bien por la limitación de la oferta o bien por la erosión en las legítimas expectativas de los agentes que concurran a él (...). Por lo tanto son infundadas las aseveraciones presentadas por ELEVAL, ENELCO, ENELVEN y ENELBAR en relación con la supuesta falta de competencia de esta Superintendencia para conocer del presente caso (...). **Y ASÍ SE DECIDE.***

IV.3 De la solicitud de inhibición

En el escrito presentado por los representantes de ELEVAL en fecha 23 de marzo de 1999 solicitan la inhibición del Superintendente ya que en resoluciones emanadas del despacho

(...) *ha habido un adelanto de opinión sobre el fondo de la denuncia, lo que se desprende del carácter prejudicial de la Resolución N° SPPLC/006-99 de fecha 9 de febrero de 1999, que hace mención al Informe de Políticas Públicas (...) de Eficiencia y Equidad en el Sector Eléctrico (...). Al respecto esta Superintendencia **OBSERVA:***

(...)

Si bien la Superintendencia ha elaborado informes, de carácter no vinculante, tanto en el sector eléctrico como en el sector de telecomunicaciones, los mismos versan sobre los lineamientos de políticas públicas que deberían regir los sectores en cuestión para promover la eficiencia y la equidad. Ambos informes fueron realizados analizando las características particulares de cada sector, y formulando políticas que deberían regir las actuaciones de los agentes económicos participantes en cada sector (eléctrico y telecomunicaciones), sin realizar ningún planteamiento o análisis que englobara la interrelación que pudieran tener ambos sectores en el desarrollo de sus actividades.

(...)

*En ese sentido es preciso aclarar que dichos informes (...) en ningún caso pueden ser considerados como un adelanto de opinión (...). **Y ASÍ SE DECIDE.***

IV.4 De la ausencia de relación contractual para que las empresas ENELCO y SEMDA puedan ser consideradas presuntas infractoras en el objeto del procedimiento

(...)

De la información contenida en el expediente administrativo se desprende expresamente que la empresa ENELCO 'no ha suscrito contrato, ni mantiene relaciones comerciales con empresa de televisión por suscripción' (folio 811 del expediente administrativo), y por lo tanto, sobre dicha empresa no cabe siquiera presunción de que pudiera estar realizando las prácticas restrictivas de la competencia denunciadas (...). Con respecto a la empresa SEMDA, no se desprende del expediente administrativo evidencia alguna de la existencia de relación contractual por el arrendamiento de los postes de su propiedad, con alguna 'Empresa de Televisión por suscripción de Distribución por Cable'.

*Con base en las anteriores consideraciones, esta Superintendencia concluye que las empresas ENELCO y SEMDA no poseen la cualidad mínima necesaria para ser sometidas al análisis de la realización de prácticas restrictivas supuestamente llevadas a cabo por las empresas denunciadas en el presente procedimiento, y por tanto, las excluye de cualquier análisis posterior en la presente Resolución. **Y ASÍ SE DECLARA.***

(...)

IV.6 De la supuesta violación del derecho a la defensa

(...)

Al respecto esta Superintendencia observa que en el escrito presentado por las 'Empresas de Televisión por Suscripción de Distribución por Cable' en fecha 9 de diciembre de 1998 se denuncia en forma expresa y específica la violación de los artículos 6, 10 ordinal 1° y 13 ordinal 6° de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (...).

Aunado a lo anterior, en el auto de apertura del procedimiento administrativo sancionador se ordena la apertura de un procedimiento a solicitud de parte interesada por la presunta comisión de prácticas prohibidas en los artículos 6, 10 ordinal 1° y 13 ordinal 6° de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, especificando los hechos que hacen presumir la violación de los artículos anteriormente mencionados (...).

*En virtud de lo anterior, esta Superintendencia concluye que tanto en el escrito de denuncia presentado por las empresas denunciadas como en el auto de apertura del procedimiento de fecha 15 de diciembre de 1998 se indicaron en forma expresa las prohibiciones de la Ley (...); el presunto carácter restrictivo de la competencia; y los hechos que dieron origen a la apertura del procedimiento (...). Por ello esta Superintendencia considera que no ha habido tal lesión al derecho a la defensa. **Y ASÍ SE DECLARA.***

IV.7 De la supuesta prescripción de las presuntas infracciones

(...)

Los representantes de ELEVAl pretenden la prescripción del procedimiento basados en el transcurso de más de un (1) año contado a partir de las fechas en las cuales contrataron con las denunciantes.

(...)

*Al respecto esta Superintendencia **OBSERVA:***

(...)

Los contratos celebrados por ELEVAl con las denunciantes son contratos de ejecución continua. Pues supone la realización de un arrendamiento que, como es sabido, es un contrato por excelencia de tracto sucesivo. Aunado a ello, tal y como se desprende del expediente administrativo dichos contratos aún se mantienen vigentes, por lo cual los efectos anticompetitivos que pudieran generar de determinarse la realización de una práctica restrictiva de la competencia, aún no han cesado y las supuestas prácticas anticompetitivas no se han consumado totalmente, y por tanto no ha comenzado a correr el plazo establecido para que opere la prescripción.

*Con base en las anteriores consideraciones fácticas y jurídicas, esta Superintendencia concluye que no se verificaron los supuestos necesarios para que opere la prescripción de las supuestas infracciones como forma de terminación del presente procedimiento. **Y ASÍ SE DECLARA.***

IV.8 El carácter de parte interesada de la empresa CABLE CORP TV, C.A. en el procedimiento

*En fecha 24 de marzo de 1999 los representantes de **ELECENRO, ELEORIENTE, ELEOCCIDENTE** y **CADELA** presentaron escrito solicitando se declarara expresamente que **CABLE CORP T.V., C.A.** no ostenta el carácter de parte interesada en el procedimiento. Dicha solicitud, se fundamenta en el hecho de que 'quien ha pretendido representar' a 'CABLE CORP T.V., C.A.' carece de poder para obrar en nombre y por cuenta de ésta en SEDE ADMINISTRATIVA' (...).*

(...)

*Con base en las anteriores consideraciones, esta Superintendencia concluye que la representación ejercida por el ciudadano Iván Simancas Padilla fue realizada con base en las atribuciones que le fueron conferidas mediante el Acta de la Asamblea General Ordinaria de Accionistas de la empresa 'CABLE CORP T.V.' de fecha 26 de octubre de 1995, y por lo tanto la empresa '**CABLE CORP T.V.**' deber ser considerada como parte en el presente procedimiento. **Y ASÍ SE DECIDE.***

V. PRÁCTICAS DENUNCIADAS

V-1 de la fijación de precios entre competidores.

El artículo 10 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia en su ordinal 1º prohíbe todas aquellas decisiones, recomendaciones colectivas, acuerdos y prácticas concertadas que tengan por objeto fijar, directa o indirectamente, precios y otras condiciones de comercialización o de servicios. Así el artículo reza textualmente:

(...)

De ahí que, para que se configure la práctica prohibida en el ordinal 1º del artículo 10 de la Ley eiusdem, los participantes del acuerdo tienen que ser competidores entre sí. En el presente caso hay que señalar que las empresas eléctricas realizan sus actividades económicas en territorios limitados a uno o más Estados, dependiendo del caso, y no operan a escala nacional. Esto significa que el mercado de comercialización de energía eléctrica es un mercado geográfico regional y en consecuencia, los servicios derivados de la administración de sus activos, como es el caso del servicio de posteadura para empresas de telecomunicaciones, tiene connotaciones regionales. Existe una división regional que genera monopolios espaciales por cada empresa eléctrica en la prestación de la energía eléctrica, como en la prestación del servicio de posteadura para las empresas de televisión por cable.

Esta división territorial que deviene por mandato legal es suficiente para demostrar que las empresa eléctricas en territorios regionales legalmente delimitados, y no es posible para ellas competir en áreas diferentes. En otras palabras, las empresas eléctricas no

compiten entre ellas por la prestación del servicio de posteadura, ya que al tener cada una un territorio asignado, solo se podría arrendar los postes de la empresa eléctrica que opera en el territorio. Así, es imposible que una empresa eléctrica decida competir en el servicio de posteadura cuando por razones territoriales cada empresa tiene sus postes en zonas distintas.

Todo esto significa que las empresas eléctricas no son competidoras, por lo que un acuerdo entre ellas para fijar el precio del servicio de posteadura para la instalación de cables para televisión, no podría restringir la competencia puesto que tal elemento se encuentra legalmente excluido por una división territorial. **Y ASÍ SE DECIDE.**

Es importante recalcar que **la condición de competidor no deviene de la membresía a una asociación o cámara de un sector determinado.** Si bien la existencia de una Cámara que agrupa a las empresas del sector eléctrico a nivel nacional permite la comunicación directa entre los miembros, propicia el intercambio de información sobre temas referidos a precios; de la membresía hecha por las empresa de energía eléctrica no puede establecerse entre ellas el carácter de competidores.

Por otra parte, **no existe prueba o evidencia adicional de un acuerdo entre las empresas eléctricas para fijar un precio único** en la prestación del servicio de posteadura utilizados por las empresas de televisión por cable. En efecto, en el acta de la Undécima (11) Reunión del Comité Jurídico de CAVEINEL celebrada el 19 de septiembre de 1995 se deja constancia de que 'se acordó no entrar al análisis del contrato con la empresas de televisión por cable, ya que dicho convenio no puede ser similar al de C.A.N.T.V. dado la diferente naturaleza de dichas empresas y de los servicios que prestan. Se consideró que era preferible que dichos contratos fueran negociados por las empresas directamente, tomando como guía algunos particulares de C.A.N.T.V.' (...).

Igualmente, en acta de Junta Directiva N° 388 de fecha 15 de junio de 1998 celebrada en CAVEINEL se deja constancia que 'En atención a lo sugerido para reglamentar el uso de postes por la empresa de TV por cable, se acordó que debido a que las empresas eléctricas tienen diversos criterios al respecto y ya han firmado contratos con diversas tarifas y modalidades, cada empresa contrate a su mejor conveniencia tomando como guía la contratación con C.A.N.T.V.' (...).

Por otra parte, se ha detectado que algunas de las empresas eléctricas, específicamente ELECENRO, ELEORIENTE incluyen en sus contratos cláusulas en las cuales someten a las empresas arrendatarias de la posteadura a posibles modificaciones del canon de arrendamiento, que se regirá por los valores que fije (...) (CAVEINEL) (...).

Existe constancia de que en la Minuta de Reunión N° 6/98 del Sub-Comité de Uso Común de Postes celebrada en la sede de CAVEINEL el 30 de noviembre de 1998, refleja una intención de elaborar un modelo único de contrato con tarifa uniforme la cual podría tener como referencia la tarifa acordada para C.A.N.T.V. (...), que según acta de la Reunión N° 1 del Comité Jurídico de CAVEINEL celebrada el 29 de enero de 1998, el precio por alquiler de postes a C.A.N.T.V. se estableció en la cantidad de nueve mil setecientos ochenta y cinco bolívares con veintitrés céntimos (Bs. 9.785,23) poste por año (...).

No obstante, CAVEINEL, posteriormente, concluyó que 'no era lo más conveniente trasladar absolutamente a las TVS-Cable el esquema de contrato único y precios iguales utilizado en el caso de C.A.N.T.V. (...) en razón de que existen diferencias entre ambos casos' y en tal sentido expresan que existen varias empresas de televisión por suscripción por cable a nivel regional, y que los prestados por ésta y los prestados por C.A.N.T.V. son de distinta naturaleza (...). En consecuencia, debe esta Superintendencia concluir que CAVEINEL no recomienda a las empresas eléctricas el valor del canon de arrendamiento de los postes para las empresas de televisión por cable. **Y ASÍ SE DECIDE.**

Finalmente esta Superintendencia debe señalar que la Minuta N° 6/97 del Sub-Comité de Uso Común de Postes realizada en la sede de CAVEINEL el tres (3) de diciembre de 1997, en el punto N° 2 refleja un acuerdo fijando una tarifa promedio de nueve mil setecientos ochenta y cinco bolívares con veintitrés céntimos (Bs. 9.785,23) para 1997 a ser cobrada a C.A.N.T.V. por poste por año e indican que esa tarifa promedio 'puede considerarse como

la tarifa para el año 1998'. De la lectura de la Minuta y del anexo que la acompaña no puede concluirse que el acuerdo de la tarifa rija las relaciones contractuales de las empresas eléctricas con las empresas de televisión por suscripción por cable, por el contrario, claramente indica la fijación de un canon de arrendamiento a ser cobrado a C.A.N.T.V. (...). **Y ASÍ SE DECIDE.**

V. 2 Del abuso de posición de dominio

Las Empresas de Televisión por Cable han denunciado a las 'Empresas del Sector Eléctrico' por un supuesto abuso de posición de dominio colectivo que consiste en la aplicación por éstas de una tarifa abusiva por concepto de arrendamientos de postes eléctricos que tendría por consecuencia el elevar sus costos operativos y, por lo tanto, dificultar la permanencia de aquellas en el mercado.

En el artículo 13 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia está contenida la prohibición del abuso de la posición de dominio, el cual dispone:

(...)

Determinación de la existencia de una posición dominante en el mercado relevante por las empresas denunciadas en el presente procedimiento.

(...)

La actividad principal a la que se dedican las empresas denunciadas es a la distribución y comercialización de energía eléctrica. Ahora bien, para la prestación de dicho servicio es necesario poseer un conjunto de activos, equipos y maquinarias que, además de ser empleados para ese fin, tienen otras utilidades lo cual implica que las empresas que se dedican a esta actividad, pueden a su vez, participar en más de un mercado.

En efecto unos de esos activos son los postes que conforman la red de distribución de energía eléctrica, los cuales tienen por principal uso servir de soporte a los conductores mediante los cuales se transmite la electricidad, que simultáneamente pueden ser empleados como soporte para cables de telefonía o de televisión por suscripción por cable.

Las empresas que ofrecen servicios de telefonía o de televisión por cable requieren extender redes de cables por medio de los cuales se transmiten las señales para lo cual es posible o bien construir redes subterráneas o bien redes aéreas que requieren postes de similares características a aquellos empleados en la distribución de energía eléctrica. Ahora bien, debido al alto costo de instalar redes subterráneas, esta alternativa solo resulta viable en centros de población concentrada, en el caso de Venezuela, la ciudad de Caracas. En los centros cuya población se encuentra menos concentrada, los costos de establecer una red de postes para la distribución de señales se incrementan significativamente, pues para llegar a un número elevado de clientes es necesario construir redes de mayor longitud que emplean una mayor cantidad de postes y metraje de cables debido a que la población se encuentra más dispersa.

Por esta razón es que las compañías de telefonía y las dedicadas a ofrecer servicios de televisión por cable encuentran rentable acudir a las empresas eléctricas para arrendar los postes ya instalados por éstas y así ahorra las inversiones necesarias en la instalación de nuevas redes de postes. Por su parte, en la medida que dichos postes presentan capacidad ociosa las empresas eléctricas también resultan favorecidas alquilando los espacios libres en dichos postes, pues ello les permite obtener unas ganancias que de otra manera no generarían. Esta influencia entre las necesidades de las empresas de telecomunicaciones y la capacidad ociosa presente en las redes de distribución propiedad de las empresas eléctricas permite la aparición de una nueva rama de actividad económica, la de servicios de posteadura para cableado.

Los principales usuarios del servicio de posteadura son las empresas de electricidad, en general propietarias de los postes (lo cual significa que se proveen el servicios a sí mismas) las empresas de televisión por cable y las empresas de telefonía (C.A.N.T.V.). En el corto plazo, los usuarios de este servicio, las empresas del sector de telecomunicaciones, no tienen otras alternativas para la instalación de sus redes, aunque en el mediano o largo plazo pudiesen construir sus propios postes y así eliminar su dependencia de los postes propiedad de las empresas eléctricas. Lo anterior significa que, en el corto plazo, no

existen otros sistemas que puedan competir con las redes de postes que poseen las compañías eléctricas, lo cual es equivalente a decir, que no existen otros productos que estén incluidos en el mismo mercado producto. En conclusión se define el mercado producto relevante afectado en el presente procedimiento como el de servicios de posteadura para cableado. **Y ASÍ SE DECLARA.**

Una característica importante de este mercado producto es que presenta una estrecha interdependencia con otros mercados o actividades económicas y en especial con la actividad de generación, distribución y comercialización de energía eléctrica. En efecto, para las empresas eléctricas el alquiler de postes representa una actividad secundaria y como tal, se verá afectada por las decisiones y estrategias que las empresas eléctricas realicen en su actividad principal.

Esta interdependencia con la industria eléctrica permitirá entender la importancia de algunos elementos que permiten la contextualización de la práctica denunciada en el presente caso. En primer lugar, en virtud de lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto N° 1558 del 30 de octubre de 1996 (Gaceta Oficial N° 36.085 del 13 de Noviembre de 1996) que establece las **Normas para la Regulación del Sector Eléctrico**, la generación distribución y comercialización de energía eléctrica está reservada al Poder Público y únicamente a través de concesiones empresas del sector privado pueden realizar ciertas actividades. En la práctica esta disposición ha dado lugar a una serie de concesiones a empresas privadas para la generación distribución y comercialización de energía eléctrica en un territorio determinado. Dentro de ese territorio la empresa concesionaria es la encargada de administrar los activos que posee, incluidos los postes (...). Esto significa que el mercado de comercialización de energía eléctrica es un mercado geográfico regional, e igualmente los servicios derivados de la administración de sus activos, como es el caso, del servicio de posteadura para empresas de telecomunicaciones. Esta restricción legal, por lo tanto, es suficiente para demostrar que la extensión del mercado geográfico en el caso que nos ocupa (...) es regional pues las empresas eléctricas realizan sus operaciones en territorios regionales legalmente delimitados y no es posible para ellas competir en áreas diferentes. Por ello esta Superintendencia concluye que, a los efectos de este procedimiento el mercado geográfico es regional lo cual significa que el área de operación de cada una de las empresas eléctricas es un mercado geográfico independiente. **Y ASÍ SE DECLARA.**

Una vez se ha establecido el mercado relevante a los efectos del presente procedimiento, es menester pasar a demostrar si las empresas eléctricas detentan una posición de dominio en dicho mercado.

(...)

En lo que se refiere al mercado relevante en el presente procedimiento, se verifica que en los diferentes mercados regionales existen principalmente dos oferentes de servicios de posteadura que son las empresas eléctricas y la C.A.N.T.V. (...).

Para que una empresa pueda ser oferente en un determinado mercado regional de servicios de posteadura es indispensable que posea una red de postes bien establecida. En las diferentes regiones del país, se cumple que las redes de postes son en su amplia mayoría o bien propiedad de las empresas eléctricas o bien de la C.A.N.T.V. lo cual implica que existe, al menos en un número significativo de zonas más de una empresa en capacidad de ofrecer dicho servicio, lo cual a su vez niega la posibilidad de que se configure una posición de dominio en los términos establecidos por el artículo 14° ordinal 1°. La segunda posibilidad de que existan posiciones de dominio es que, aun cuando exista más de una empresa en el mercado, no existe competencia real o efectiva entre ellas.

En efecto, tanto la C.A.N.T.V. a nivel nacional como las empresas eléctricas a nivel regional son las propietarias de la mayor parte de la red de infraestructura (postes) y por tanto, son capaces de ofrecer servicios de posteadura que puedan ser utilizados por otros demandantes del ser servicio, tales como las empresas de televisión por cable. Sin embargo, es posible comprobar que no existe competencia entre ellas, pues más que competir las empresas eléctricas y la C.A.N.T.V. han establecido contratos de uso común

que permite a cada una de las partes la utilización de los postes de la otra (...). Estos contratos tienen por fin evitar que tanto las empresas eléctricas como la C.A.N.T.V. incurran en un proceso de dualidad de inversiones. Un mismo poste puede ser utilizado simultáneamente por ambas empresas, resultando innecesario que cada una de ellas instale su propia red de postes (...).

(...)

Ahora bien, se observa que una alta proporción de los postes instalados son propiedad de las empresas eléctricas, las cuales no tienen en la C.A.N.T.V. y menos aún en las empresas de televisión por cable que hayan instalado posteadura propia, un competidor en lo que se refiere a la oferta de servicios de posteadura, sino más bien un cliente que en ocasiones complementa sus propias redes.

Por lo tanto, la instalación de la red de postes para la conducción de cables presenta algunas características de los monopolios naturales, pues desde el punto de vista de la eficiencia económica, resulta más conveniente la existencia de una sola red (un solo oferente) que pueda ser utilizada por varios usuarios (o alternativamente la existencia de una sola red de propiedad compartida por los diferentes propietarios) que la existencia de diferentes redes, que generarían un proceso de multiplicidad de inversiones que inevitablemente elevarían los costos de estos servicios públicos.

Las anteriores consideraciones implican que las empresas eléctricas propietarias de las redes de postes para la conducción de cables poseen una posición de dominio en el mercado de servicios de posteadura pues a corto plazo, poseen una proporción altamente significativa de la red de distribución y, a largo plazo, no es posible (ni sería económicamente eficiente) la entrada de nuevos oferentes que tendrían que incurrir en un proceso de inversiones innecesario debido a que existe capacidad ociosa disponible para tal fin. En conclusión, las empresas eléctricas detentan una posición de dominio en el mercado de servicios de posteadura en las diferentes regiones del país. **Y ASÍ SE DECLARA.**

(...) Determinación del carácter esencialmente abusivo de la conducta desarrollada por las empresas denunciadas

(...)

La conducta denunciada en el presente procedimiento consiste en la supuesta aplicación de un canon de arrendamiento abusivo para con las empresas de televisión por cable que asciende a nueve mil setecientos ochenta y cinco bolívares con veintitrés céntimos (Bs. 9.785,23) (...) lo cual representaría, a juicio de las denunciantes, 'sin lugar a dudas una práctica de efecto equivalente a las establecidas en el artículo 13° (...), en violación del ordinal 6° de este artículo' (...).

(...)

De los datos que reposan en el expediente administrativo, transcritos en el cuadro anterior se observa que únicamente las empresas Elecentro y Cadela aplicaron durante el año 1998 la tarifa de nueve mil setecientos ochenta y cinco bolívares con veintitrés céntimos (Bs. 9.785,23) señalada como abusiva por las denunciantes. Ahora bien, existen otras dos empresas eléctricas, Eleoccidente y Enelven, que han aplicado tarifas superiores a las señaladas por las denunciantes por lo que el supuesto carácter abusivo de sus precios sería igualmente aplicable. Adicionalmente la empresa Elevel ha aplicado una tarifa de nueve mil quinientos bolívares (Bs. 9.500) que aunque es inferior es comparable por solo difiere en un tres por ciento (3 %). Las empresas Enelbar y Eleoriente aplican tarifas muy inferiores a las denunciadas, mientras que Enelco no ofreció las tarifas que cobra por los servicios de alquiler de postes, pues no mantiene contrato con ninguna empresa de televisión por cable.

Por lo anterior, esta Superintendencia considera impertinente entrar a realizar consideraciones sobre el supuesto carácter abusivo del canon cobrado por las empresas Enelbar, Eleoriente y Enelco y únicamente se considerarán las tarifas cobradas por concepto de alquiler de postes las empresas ELECENRO, CADELA, ELEOCCIDENTE, ENELVEN y ELEVEL (...).

(...)

Es importante antes que nada definir qué es y cómo puede comprobarse que un precio es abusivo. Un precio abusivo es un precio exagerado que una empresa dominante lo cobra debido a su condición de único oferente, que no guarda relación con el costo de producción y que pone a los usuarios del servicio en una posición de apremio económico.

(...) A juicio de la Superintendencia el cálculo de la tarifa para el arrendamiento de los postes pertenecientes a las empresas eléctricas debe considerar los costos directos, los costos de inversión de los postes, así como la utilización que cada empresa (eléctrica, telefónica o de televisión por cable) haga de ellos. Este es el criterio que se considerará para determinar si el canon cobrado por las eléctricas guarda relación con los costos de los postes.

De las empresas cuyas tarifas han sido consideradas más arriba de ser susceptibles de análisis, cinco de ellas, Enelven y las cuatro filiales de Cadafé, presentan una fórmula objetiva para el cálculo de dichas tarifas. Solo la empresa Elevel no ha presentado el mecanismo de fijación de precios.

(...)

El análisis de las fórmulas que sirvieron de base para el cálculo de las tarifas de Enelven y Cadafé permite concluir que responde al criterio de incluir tanto costos directos como indirectos (...). En efecto, estas fórmulas se componen de los siguientes elementos: costo de materiales de instalación, prorratio de costos administrativos, prorratio de costos de mantenimiento, actualización temporal y factor de uso.

Según esta fórmula, la tarifa a pagar será mayor en la medida que los costos iniciales (materiales, pintura, instalación), los costos de administración, los costos de mantenimiento y la tasa de interés de mercado sean mayores. La razón por la cual la tasa de interés está incluida, es para calcular el costo del dinero invertido en el poste durante el periodo que dura la inversión. El monto de la tarifa decrece cuando la duración (estimada) del poste es mayor.

Adicionalmente, la fórmula incluye un elemento adicional conocido como factor de uso. Este factor trata de repartir los costos de manera tal que la empresa que utilice más el poste pague una mayor proporción del costo anual. Así, la empresa eléctrica instala un cable en el poste y la empresa de teléfonos instala cuatro, la primera pagaría un veinte por ciento (20 %) del costo anual, y la segunda un ochenta por ciento (80 %) donde cada cable representa el veinte por ciento (20 %) (...). Ahora bien, no existen en el expediente de las pruebas presentadas por las empresas denunciadas, ningún elemento que haga presumir que efectivamente las Empresas del Sector Eléctrico no han considerado el factor de uso en el establecimiento de las tarifas con el objeto de incrementar el canon cobrado por éstas.

El análisis realizado por esta Superintendencia sobre las fórmulas que reposan en el expediente administrativo, arroja que la fórmula, como mecanismo para calcular el canon es un procedimiento objetivo que atiende a un criterio de ponderación de costos y amortización de inversiones, así como del uso hecho del poste por las diferentes empresas. En definitiva, atiende a un criterio de eficiencia económica para la fijación de las tarifas en monopolios naturales.

(...)

A falta de argumentación en contrario (...), esta Superintendencia observa que las fórmulas empleadas por las empresas ELECENRO, CADELA, ELEOCCIDENTE y ENELVEN no pueden dar lugar a determinación de una tarifa abusiva violatoria del ordinal 6° del artículo 13 de la Ley (...).

*Asimismo, visto que la tarifa cobrada por la empresa ELEVEL (que no presentó la fórmula que sirvió de base para sus cálculos) es inferior a las tarifas cobradas de las empresas cuya tarifa se analizó anteriormente, debe concluirse que no se ha podido comprobar que las empresas denunciadas hayan aplicado tarifas abusivas (...). **Y ASÍ SE DECLARA.***

(...)

De la presunta realización de prácticas exclusionarias en el mercado de televisión de suscripción por cable.

(...)

Ahora, en lo que se refiere a la verificación del primer condicionante al caso bajo análisis, y vista como ha quedado establecida previamente la posición de dominio que detentan las 'Empresas del Sector Eléctrico' en el mercado en análisis, se desprende que tales agentes poseen la capacidad necesaria para afectar el mercado de 'Televisión por Suscripción de Distribución por Cable'. En efecto, tales agentes, 'Empresas del Sector Eléctrico' poseen la capacidad necesaria para imponer, en determinadas circunstancias, condiciones en la contratación para el uso de los bienes de su propiedad (postes), que lejos de garantizar el libre desenvolvimiento del mercado en condiciones de equidad y eficiencia, resultarían condiciones de erigir barreras ilegítimas a la entrada o permanencia en el mercado de análisis.

La capacidad de las 'Empresas del Sector Eléctrico' para afectar el mercado bajo análisis se evidencia en la posibilidad de perjuicio que las mismas pueden causar al actuar como los únicos suministradores de un servicio a empresas participantes en calidad de proveedores de un servicio distinto en otro mercado, en la medida que dicho perjuicio se genere a consecuencia de la realización de una conducta desleal o no razonable, como la que se denuncia en el caso de marras, el cual se refiere a la supuesta aplicación de un incremento excesivo en el canon de arrendamiento por el uso de los postes propiedad de las empresas denunciadas.

(...)

Ahora bien, es indispensable señalar que la supuesta violación del artículo 6° que aquí se analiza no se refiere al carácter abusivo del canon cobrado por las empresas eléctricas (...). Aún cuando las tarifas que cobran las 'Empresas del Sector Eléctrico' estén acordes a sus costos operativos, existe la posibilidad de que hayan afectado la posibilidad de sus clientes de permanecer en el mercado. En efecto, la mayoría de los contratos que mantienen las 'Empresas del Sector Eléctrico' con las 'Empresas de Televisión por Suscripción de Distribución por Cable' contienen una cláusula que establece un límite máximo para el aumento de precios, el cual viene dado por la variación porcentual del (...) (IPC) que publica mensualmente el Banco Central de Venezuela. Veamos en qué sentido el incumplimiento de las cláusulas que regulan las posteriores modificaciones de los cánones de arrendamiento puede dar origen a una situación anticompetitiva.

(...)

Efectivamente, el hecho de que las Empresas del Sector Eléctrico hayan podido justificar la tarifa que cobran por el alquiler de sus postes con base a sus costos, no significa que no hayan violado la disposición contenida en el artículo 6°. Del análisis de la información contenida en el expediente administrativo se puede deducir que las Empresas del Sector Eléctrico no habían realizado antes de 1998 un cálculo preciso de sus costos, y realizaron dicho cálculo en sus procesos de renegociación de la deuda de la C.A.N.T.V. En todo caso, haber cobrado un precio inferior al costo en las anteriores (sic) representa una negligencia cuyas consecuencias no deben ser asumidas únicamente por los clientes. Este marco de referencia será el que se utilizará de seguidas para establecer en qué medida las Empresas del Sector Eléctrico han cometido una violación de la disposición contenida en el artículo 6° de la Ley ejusdem.

(...)

A tal efecto, el caso bajo análisis requiere determinar la comisión de una práctica exclusionaria ilegítima producto de la modificación de las condiciones de arrendamiento de posteadura, y en particular, a verificar si dicha modificación en el canon obedece o no a un proceso libre de negociación entre partes en respeto a las expectativas legítimas de ellas.

Resulta necesario determinar entonces, si las condiciones de contratación del arrendamiento de recurso de uso limitado (posteadura) llevadas a cabo por las Empresas

del Sector Eléctrico han sido establecidas como mecanismo dirigido a provocar la salida de los agentes económicos participantes en el mercado en análisis.

(...)

Como ha quedado determinado en el punto V.2., los canones fijados por las Empresas del Sector Eléctrico se corresponden a un precio razonable como contraprestación al servicio prestado y con las variables macroeconómicas y los ajustes de los costos variables y fijos que influyen en la estructura de costos de las empresas, y por tanto no puede ser definido como un precio deslealmente alto (...). Si el aumento excesivo del canon de arrendamiento no hubiese tenido respaldo o justificación económica, sería menester concluir que el mismo tiene por objeto evitar o impedir la permanencia de las Empresas de Televisión por Suscripción de Distribución por Cable a las cuales le son arrendados los postes (...).

(...)

Con base en las anteriores consideraciones y ante la inexistencia de evidencia adicional que permita derivar de los hechos denunciados por las empresas de televisión de distribución por cable y de las pruebas aportadas (...), esta Superintendencia concluye que las actuaciones llevadas a cabo por parte de las empresas ENELVEN, ENELCO, ENELBAR, ELEVAL, CADAFE, ELEORIENTE, ELEOCCIDENTE y SEMDA, no constituyen prácticas exclusionarias de aquellas prohibidas en el artículo 6 de la Ley (...). Con respecto al contrato celebrado entre CADELA y T.V. Cable Orión C.A. en octubre de 1996 que establece un canon de arrendamiento de dos mil doscientos ochenta bolívares (Bs. 2.280,00) las partes convinieron en que 'la utilización de las estructuras tendrá un aumento anual establecido de mutuo acuerdo entre las partes' (...). Posteriormente, en 1998 se fijó un canon de nueve mil setecientos ochenta y cinco bolívares (Bs. 9.785,00) por poste anual. De la interposición de la denuncia por parte de la empresa T.V. Cable Orión C.A. se desprende que la modificación del canon no obedece a un 'mutuo acuerdo entre las partes' y que por el contrario es el producto de la imposición unilateral por parte de la empresa CADELA. A falta de cualquier otra cláusula contractual que establezca un mecanismo objetivo para el cálculo de las posteriores modificaciones del canon, esta Superintendencia procede a determinar si dicho aumento se corresponde con las variaciones del Índice de Precios al Consumidor del Área Metropolitana de Caracas publicados mensualmente por el Banco Central de Venezuela como mecanismo referencial. En tal sentido se observa que en el primer contrato entre CADELA y TV Cable Orión vigente desde agosto de 1996, el IPC tomó valor de 7421,90, mientras que el valor de dicho índice para diciembre de 1998 (fecha del aumento del canon) fue de 14.947,60 resultando de un valor de ajuste de 2,01. La tarifa resultante al aplicarse el procedimiento de ajuste basado en las variaciones del IPC es de cuatro mil quinientos ochenta y dos bolívares con ochenta céntimos (Bs. 4.582,80). Sin embargo, CADELA aplicó una tarifa de nueve mil setecientos ochenta y cinco bolívares (Bs. 9.785,00) en 1998, la cual es superior a la tarifa referencial en cinco mil doscientos dos bolívares con veinte céntimos (Bs. 5.202,20), es decir, un canon de arrendamiento ciento trece por ciento (113 %) superior al canon de referencia.

Por su parte el contrato vigente entre ELECENRO y Cable Corp T.V., C.A., entre diciembre de 1996 y diciembre de 1997, estableció un canon de cuatro mil quinientos cincuenta bolívares (Bs. 4.550,00) por poste anual modificable por ELECENRO según los valores que fije la Cámara Venezolana de la Industria Eléctrica (CAVEINEL) (...). Posteriormente, en 1998 se estableció un canon de nueve mil setecientos ochenta y cinco bolívares (Bs. 9.785,00) por poste anual (...). Esta Superintendencia observa que si bien la fijación del canon en 1998 por ELECENRO obedeció a recomendaciones colectivas y por ende, no creó una situación restrictiva de la competencia en la cual la empresa Cable Corp T.V., C.A., resultaría afectada por la imposición de un canon con base en las decisiones o recomendaciones de una cámara de asociación y no producto de libre negociación entre partes. No obstante lo anterior esta Superintendencia observa que ese análisis técnico-económico-financiero realizado por ELECENRO no refleja libre negociación entre partes y pudo lesionar o afectar a esa empresa en sus expectativas legítimas de negociación.

(...)

En el primer contrato celebrado entre ELECENRO y Cable Corp T.V., C.A., vigente desde diciembre de 1996 el IPC tomó un valor de 8.504,30 mientras que el valor de dicho índice para diciembre de 1998 (fecha del aumento del canon) fue de 14.947,60 resultando en un valor de ajuste de 1,81. Al ser aplicado ese valor de ajuste a la tarifa inicial, se obtiene el valor de la tarifa máxima que pudiese cobrar ELECENRO la cual sería de siete novecientos nueve bolívares con cuarenta y tres céntimos (Bs. 7.909,43) que comparada con la tarifa de nueve mil setecientos ochenta y cinco bolívares (Bs. 9.785,00) efectivamente cobrada en 1998, produce un sobreprecio de mil ochocientos setenta y cinco con cincuenta y siete céntimos, es decir, una tarifa de veintitrés por ciento (23 %) superior a la tarifa en referencia.

*Observa esta Superintendencia que los contratos celebrados entre CADELA y TV Cable Orión, por un lado, y ELECENRO y Cable Corp T.V., C.A., por el otro, sobrepasan las variaciones del Índice de Precios al Consumidor del Área Metropolitana de Caracas publicados mensualmente por el Banco Central de Venezuela como mecanismo referencial, en un ciento trece por ciento (113 %) y un veintitrés por ciento (23 %), respectivamente, por tanto esta Superintendencia concluye que las proporciones en que fueron aumentados los cánones de dichos contratos de arrendamiento lesionaron indefectiblemente las expectativas legítimas de las empresas TV Cable Orión y Cable Corp T.V., C.A., (...) por el contrario debe catalogarse como conductas dirigidas a impedir u obstaculizar la permanencia de tales empresas en el mercado, lo cual constituye una práctica subsumible dentro del supuesto de hecho previsto como prohibido en el artículo 6 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de Libre Competencia. **Y ASÍ SE DECIDE.***

(...)

A todo evento, observa esta Superintendencia que el sector que resultaría afectado por la práctica exclusionaria es el de televisión por suscripción de distribución por cable, y no el de comercialización y distribución de energía eléctrica, y que por ende las empresas eléctricas en el mercado donde desarrollan su actividad principal no se verían en modo alguno beneficiadas por la salida de las empresas del mercado de servicio de posteadura para la distribución de energía eléctrica, señales de telefonía y televisión por cable.

VI. DECISIÓN.

*Vista las consideraciones jurídicas, fácticas y económicas de los hechos controvertidos en el presente procedimiento, esta Superintendencia (...) concluye que las actuaciones llevadas a cabo por las empresas (...) (ENELVEN), (...) (ENELCO), (...) (ENELBAR), (...) (ELEVVAL), (...) (CADAFE), (...) (ELEORIENTE), (...) (ELEOCCIDENTE), y (...) (SEMDA), (...) no constituyen prácticas prohibidas en los artículos 6, 10 ordinal 1° y 13 ordinal 6° de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de Libre Competencia. **Y ASÍ SE DECIDE.***

*Igualmente, esta Superintendencia concluye que las actuaciones llevadas a cabo por las empresas (...) (ELECENRO) y (...) (CADELA), constituyen prácticas tipificada como prohibidas en el artículo 6 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de Libre Competencia. **Y ASÍ SE DECIDE.***

(...)

VI. SANCIÓN.

(...)

*Por ello, considerando la dimensión del mercado afectado (...) esta Superintendencia **IMPONE** la multa de **cuatro millones novecientos cuarenta y siete mil setecientos cincuenta y tres Bolívares con sesenta y seis céntimos** (Bs. 4.947.753,66) a la empresa (...) (ELECENRO), equivalente al doble del beneficio extraordinario que obtuvo consecuencia de la aplicación anticompetitiva de un sobreprecio de un mil ochocientos setenta y cinco bolívares con cincuenta y siete céntimos (Bs. 1.875,57) en el alquiler de mil trescientos diecinueve (1.319) postes a la empresa Cable Corp T.V., C.A., por el tiempo de un (1) año, monto que corresponde al 0,00081 % del valor de los ingresos consolidados correspondiente al pasado ejercicio económico (...).*

Igualmente **IMPONE** multa de cuarenta y nueve millones novecientos cuarenta y un mil ciento veinte bolívares (Bs. 49.941.120,00) a (...) (**CADELA**) equivalente al doble del beneficio extraordinario que obtuvo consecuencia de la aplicación anticompetitiva de un sobreprecio de cinco mil doscientos dos bolívares con veinte céntimos (Bs. 5.202,20) en el alquiler de cuatro mil ochocientos (4.800) postes a la empresa TV Cable Orión por el tiempo de un (1) año; monto que corresponde al 0,068% del valor de los ingresos netos correspondientes al pasado ejercicio económico (...).

(...)

VII. ÓRDENES.

(...) **ORDENA** a la empresa (...) (**ELECENRO**) y a (...) (**CADELA**) el cese de la práctica y en consecuencia, se **ORDENA** ajustar el incremento de la tarifa cobrada en los contratos de arrendamientos de los postes a las empresas Cable Corp T.V., C.A., y TV Cable Orión, respectivamente, a los índices inflacionarios reflejados en los Índices de Precios al Consumidor publicados mensualmente por el Banco Central de Venezuela desde el año 1996 a diciembre de 1998 como límite máximo de referencia de posible modificación del canon, a falta de mecanismo objetivo de aumento de tarifa libremente pactado entre las partes (...). Se **ORDENA** a las empresas (...) (**ELECENRO**) y a (...) (**CADELA**) presentar ante esta Superintendencia en un plazo máximo de treinta (30) días continuos a partir de la notificación de la presente resolución los nuevos contratos de arrendamientos de postes (...) a los fines de dar seguimiento a las ordenes aquí impartidas (...). (Destacados del original).

II DE LA DEMANDA DE NULIDAD

Mediante escrito consignado el 13 de agosto de 1999, reformado el 7 de octubre de 1999, el abogado José Antonio Muci Borjas y la abogada Verónica Pacheco Sanfuentes, antes identificados, actuando con el carácter de apoderados judiciales de las sociedades mercantiles C.A. Electricidad del Centro (ELECENRO) y la C.A. Electricidad de Los Andes (CADELA), fusionada a la Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico (CADAFE), y esta a su vez, a la sociedad mercantil Corporación Eléctrica Nacional, S.A. (CORPOELEC), interpusieron demanda de nulidad conjuntamente con acción de amparo constitucional y subsidiariamente con solicitud de suspensión de efectos contra la Resolución Nro. SPPLC/034-99 dictada el 29 de junio de 1999 por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (PROCOMPETENCIA), actualmente denominada Superintendencia Antimonopolio, descrita en el capítulo anterior, con base en los siguientes argumentos:

i) De la supuesta violación del derecho a la defensa.

Denunciaron que la parte demandada carecía de poder para controlar y regular cuáles eran los usos que terceros dedicados a negocios no eléctricos podían darle a las redes de distribución de la energía eléctrica.

Sostuvieron que de conformidad con el Decreto Nro. 1.558 de fecha 30 de octubre de 1996, publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nro. 36.085 del 13 de noviembre de 1996, a través del cual se dictaron las “Normas para la Regulación del Sector Eléctrico”, no podían ser garantizadas las condiciones inherentes a la prestación del servicio público de electricidad, tales como seguridad, continuidad, suficiencia y eficiencia, en la medida en que se le reconociera a terceros que se dedican a negocios distintos a los de generación, transmisión o distribución de energía eléctrica, un derecho a intervenir las redes de distribución de energía eléctrica de ELECENRO y CADELA.

Aseveraron que el reconocimiento a terceros que no se dedicaban a los negocios eléctricos de un inexistente derecho al uso de las redes de distribución de energía eléctrica contraría “(...) *las normas de rango legal y reglamentario que, por una parte, le asignan competencia al Ministerio de Energía y Minas para regular el sector eléctrico y, por la otra, le imponen obligaciones concretas y específicas a las empresas que se dedican al negocio de la distribución de energía eléctrica (...)*”.

Resaltaron que las razones de derecho invocadas por sus mandantes no fueron consideradas por la parte demandada y, que con ese modo de proceder se vulneró el derecho a la defensa, pues la Superintendencia debió examinar y pronunciarse sobre cada una de las argumentaciones expuestas.

Recalaron que la parte demandada carecía de competencia para regular u ordenar el uso que las empresas eléctricas decidan darle a sus activos, pues la prestación del servicio eléctrico y, por vía de consecuencia los activos sin los cuales dicho servicio no puede ser prestado, se encuentran sometidos a una “*regulación sectorial sustituta de la disciplina de mercado*”.

Alegaron que la sociedad mercantil Cable Corp T.V., C.A., no ostentaba el carácter de parte interesada en el procedimiento administrativo constitutivo, ya que quien pretendió representarla carecía de poder para obrar en nombre y por cuenta de ésta en sede administrativa, porque de acuerdo al Documento Constitutivo-Estatutario de la Sociedad, únicamente tenía capacidad para representarla judicialmente; siendo dicho alegato desestimado sin que se le considerara o ponderara adecuadamente, lo cual -a su decir- viola el derecho a la defensa de sus representadas y vicia de nulidad el acto administrativo impugnado.

Señalaron que con base en el ordinal 3º del artículo 36 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos solicitaron al organismo recurrido se inhibiera de continuar conociendo el asunto por haber prejuzgado sobre la resolución definitiva, de la forma siguiente:

“(...) en ocasión de la decisión de la oposición formulada contra la medida cautelar de fecha 9 de Febrero de 1999, declaró que a pesar de afectar un activo propio para la distribución de la energía eléctrica, las facultades cautelares otorgadas a la Superintendencia le permitían proteger la competencia en industrias en desarrollo, que como en el presente caso, requiere como insumos activos del sector eléctrico (postes) para el crecimiento de la industria de televisión por cable (...); y, la supuesta y negada competencia de esa Superintendencia para regular a las empresas del sector eléctrico (...) era justamente una de las materias que Eleoccidente y Cadela, entre otras, habían opuesto como defensa o excepción de fondo al momento de dar contestación y contradecir la ‘denuncia’, y que por consiguiente debía ser resuelta al expedir el acto administrativo definitivo (...)”.

Los alegatos antes planteados y que servían de fundamento a la solicitud de inhibición “**JAMÁS FUERON CONSIDERADOS**” -a decir de la parte demandante- vulnerando así el derecho a la defensa y “*el derecho fundamental a un juez objetivo e imparcial*”. (Destacados del original).

ii) **Del falso supuesto.**

Aseguraron que la parte demandada luego de constatar que la fórmula empleada por ELECENRO y CADELA para determinar el canon de arrendamiento era objetiva ya que atendía a un criterio de ponderación de costos, amortización de inversiones y factor de uso (eficiencia económica), decidió analizar si “*tarifas de*

carácter excesivo impuestos de forma unilateral”, creaba barreras a la entrada y permanencia de las denunciadas al “mercado de televisión por suscripción de distribución por cable”, concluyendo que sus representadas “*lesionaron indefectiblemente las expectativas legítimas de las empresas T.V., Cable Orión C.A. y Cable Corp T.V. C.A.*”.

Destacaron que la Resolución impugnada fue “**INCONGRUENTE y CONTRADICTORIA**” porque carecía de sentido analizar si ELECENRO y CADELA impusieron “*tarifas de carácter excesivo*” luego de haber concluido que el canon de arrendamiento había sido determinado sobre la base de una fórmula objetiva que atendía a un criterio de eficiencia económica, pues a su juicio, si “*estas conclusiones son ciertas y válidas, las ‘tarifas’ no podrían ser consideradas (...) excesivas*”. (Negrillas y mayúsculas del texto).

Denunciaron que la Resolución cuya nulidad se pretende está viciada de falso supuesto ya que “*(...) el mercado (producto) relevante **NO ES** el identificado por Procompetencia porque T.V Cable Orión C.A y Cable Corp T.V C.A., **NO SON** –ni eran- **TITULARES** de ninguna expectativa legítima y, finalmente, porque el Artículo 6° de la Ley **NO RESULTA** aplicable a ELECENRO y a CADELA*”. (Negrillas y mayúsculas del texto).

Sostuvieron que las denunciadas alegaron que desde el punto de vista del producto el mercado relevante era la televisión por suscripción y que con fundamento en el Decreto Nro. 1.833 del 12 de noviembre de 1987 (Gaceta Oficial Nro. 33.844 de esa misma fecha), afirmaban textualmente que “*(...) la transmisión se realiza por conducto de un cable, por lo que **LA TELEVISIÓN POR SUSCRIPCIÓN ES TAMBIÉN CONOCIDA COMO TELEVISIÓN POR CABLE** (...)*”. (Negrillas y mayúsculas del texto).

Alegaron que de conformidad con el artículo 17 del Reglamento para Explotar el Sistema de Televisión por Suscripción (Decreto Nro. 2.701 del 11 de enero de 1989, publicado en la Gaceta Oficial Nro. 34.135 del 12 de ese mismo mes y año) la televisión por suscripción (género) y la televisión por cable no son sinónimos, pues la televisión por cable es una especie del género.

Precisaron que el mercado relevante no podía ser definido en los términos indicados por las denunciadas en sede administrativa ya que “*(...) ‘la televisión por suscripción por cable’ puede ser fácilmente **SUSTITUIDO o INTERCAMBIADO** por otras modalidades de ‘televisión por suscripción’ que, a diferencia de aquélla, no requieren de una red de cables para la distribución de las frecuencias/señales (...)*”. (Negrillas y mayúsculas del texto).

Por las razones antes expuestas, solicitaron en sede administrativa que la parte demandada declarase que la “*(...) televisión por suscripción -toda ella- constituía el mercado producto relevante*”.

Expresaron que “*(...) además de las redes de distribución de las empresas eléctricas, existían otros ‘bienes’ que podían ser utilizados por las empresas de ‘televisión por suscripción’ para difundir sus señales o frecuencias [tales como], **LA VIALIDAD URBANA** (...); los **RETIROS DE VÍA** (...); [I]a **RED E INFRAESTRUCTURA DE LA CANTV** (...), y el **ESPACIO AÉREO**, [en el entendido que] el servicio puede ser prestado **VÍA SATÉLITE o VÍA MICROONDAS** (...)*”, concluyendo que las redes de distribución de las

empresas eléctricas no constituyen bienes esenciales para la transmisión de las señales o frecuencias de la televisión por suscripción. (Destacados del original. Agregados de la Sala).

Indicaron que era necesario probar que sus mandantes tenían una cuota significativa en el mercado relevante, es decir, que no existiera la posibilidad de expansión de los competidores, de sustitución del producto o de entrada de nuevos agentes al mercado; que la cuota significativa en el mercado le otorgaba a sus representadas el poder de elevar precios por encima de niveles competitivos sin tomar en cuenta a sus competidores, compradores o distribuidores, usuarios o consumidores; que ese poder de elevar precios había sido efectivamente ejercido por sus representadas y que la práctica abusiva denunciada haya producido efectos anticompetitivos concretos que superen efectos beneficiosos para la competencia.

En sintonía con lo anterior, agregaron que sus poderdantes no tenían una posición de dominio en el mercado relevante, porque carecían de una cuota significativa de mercado, ya que la red de postes para la distribución de la energía eléctrica podía ser sustituida con otros sistemas de distribución.

Denunciaron que la Superintendencia hoy demandada incurrió en el vicio de falso supuesto al afirmar que ELECENTRO y CADELA ostentaban una posición de dominio y que el mercado producto relevante era el de servicio de posteadura para cableado.

Alegaron que el mercado dentro del cual debía analizarse la posición de dominio de sus representadas es “(...) *mucho más amplio que el ‘mercado de la posteadura’ (...)*”.

Argumentaron que “[s]i en lugar de definir erradamente el mercado producto como el ‘mercado de posteadura’, se hubiese [establecido] que el mercado relevante era el ‘mercado de medios de acceso o distribución de la televisión por suscripción’, ‘Procompetencia’ hubiera concluido necesariamente que **ELECENTRO** y **CADELA** no ostentan una posición de dominio (...)”. (Destacados del original. Agregados de la Sala).

Narraron que “(...) *el hecho de que el acceso a los postes sea más cómodo o conveniente a los intereses de las ‘Denunciantes’, no significa (...) que **ELECENTRO** y **CADELA**, por esa sola circunstancia se hallen obligadas a permitir el acceso a su red de interconexión (...)*”. (Destacados del original).

Expresaron que constituye un hecho notorio que la televisión por suscripción puede llegar a sus consumidores por medios alternativos distintos a los postes de distribución de energía eléctrica. Adicionalmente destacaron que las denunciantes no demostraron su incapacidad de utilizar otras vías de acceso.

Alegaron que al existir la posibilidad cierta de sustituir los postes por otras vías de acceso, la demandada incurrió en el delatado vicio de falso supuesto “(...) *al afirmar erradamente, por una parte, que (...) **ELECENTRO** y **CADELA** (...) ostentaban posición de dominio, y por otra, que el mercado producto relevante era el ‘mercado de posteadura’ (...)*”. (Destacados de la cita).

Señalaron que el organismo demandado debía tener presente que las redes de distribución de su mandante son un medio especializado de transporte de un bien específico -la energía eléctrica- y

consecuentemente que, esas redes de distribución no fueron diseñadas teniendo en mente la distribución del servicio de televisión por suscripción.

Indicaron que sus mandantes no se hallaban obligadas a tenderle la mano y ayudar a las empresas que, por intermedio de sus redes de interconexión, pretendan participar en otros negocios y mercados distintos.

Arguyeron que la conclusión a la cual arribó la parte demandada -a saber que sus representadas vulneraron las expectativas legítimas de T.V., Cable Orión C.A., y Cable Corp T.V., C.A.- se fundó en una premisa errada, porque las empresas de televisión por suscripción por cable no pudieron haber adquirido y, por ende, nunca pudieron llegar a ser titulares de expectativas legítimas que, como contrapartida, supusieron que la parte actora se hallaban en el deber de prestar servicios por debajo de su costo.

Enfatizaron que la Ley no autoriza al organismo demandado para imponerle a un agente económico la obligación de prestar sus servicios o vender sus bienes a pérdida en favor de otro, por tanto “(...) *el acto impugnado es confiscatorio porque, al obligarla a celebrar -y cumplir- **CONTRATOS RUINOSOS**, altera (y desnaturaliza) derechos patrimoniales (...)*”. (Destacados del original).

Resaltaron que “[s]o *pretexto del derecho a la libre competencia [la] Superintendencia **NO puede pretender imponerle a empresas que se dedican al negocio de la distribución de la energía eléctrica, la obligación de **SUBSIDIAR LOS NEGOCIOS Y ACTIVIDADES** de las empresas de ‘televisión por suscripción por cable’, para que éstas puedan ampliar sus mercados geográficos (...)***”, pues -a juicio de la parte demandante- obraría contra el “*derecho a la libre competencia*” y el “*principio de eficiencia económica*”. (Destacados del original. Agregados de la Sala).

Aseguraron que para el momento de la denuncia ELECENRO y CADELA no tenían contrato alguno vigente con Cable Corp T.V., C.A. y T.V., Cable Orión, respectivamente, y esa situación se mantuvo hasta la fecha de interposición de la demanda, por lo que, mal pudieron haber adquirido “*expectativas legítimas*” cuando no tenían título jurídico para usar los postes eléctricos con el objeto de instalar sus cables, guayas y equipos.

Indicaron que PROCOMPETENCIA no tiene la facultad para regular “**LOS INTERCAMBIOS COMERCIALES, A TRAVÉS DE LA ARBITRARIA FIJACIÓN (VELEDA) DE LOS PRECIOS QUE PUEDEN SER COBRADOS**” ya que ello atenta contra el derecho a la libre negociación consagrado en el artículo 96 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (Destacados del original).

Manifestaron que el incremento en las tarifas tenía justificación económica, motivo por el cual, con fundamento en la disposición contenida en el artículo 6 de la Ley para Promover y Proteger la Libre Competencia, no podía haberse censurado las conductas observadas por sus representadas.

Aseveraron que no fue probada la intención monopólica a la que hizo alusión la Superintendencia demandada en su Resolución impugnada y, por ello, resultaba indiscutible que las prácticas de sus mandantes no podían ser objeto de reparo o censura.

Precisaron que ELECENRO, CADELA y las empresas denunciadas se dedicaban a negocios distintos, por lo tanto no podían ser consideradas rivales, dado que -a juicio de la parte actora- la “*exclusión de mercados*”

prohibida por la Ley especial se refiere siempre a competidores.

Sostuvieron que la decisión de revisar e incrementar las tarifas cobradas a título de contraprestación por el uso de postes no fue de ELECENTRO y CADELA, sino que inicialmente adoptada por CADAFE en su condición de empresa matriz, tal como se observa de la correspondencia enviada en fecha 10 de noviembre de 1998 en la cual se ratifica que el canon de arrendamiento para todas las filiales de CADAFE por el uso de los postes por parte de las empresas de cable es de (Bs. 9.785,23), documental promovida por las denunciantes en sede administrativa.

Consideraron que la revisión y posterior incremento de los cánones de arrendamiento “(...) *era un ACTO DEBIDO* (...) *cuya omisión, de acuerdo a la Constitución y las leyes, hubiera podido engendrar la responsabilidad civil, penal y administrativa a quienes para ese momento fungían como administradores de ‘CADAFE’* (...)”. (Destacados del original).

Manifestaron que las sanciones y las órdenes impuestas a sus mandantes vulneran el “*principio de culpabilidad*” al responsabilizársele por actos que no son suyos.

Consideraron que la Superintendencia demandada se apartó del contenido del artículo 49 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia al no haber utilizado como base de cálculo de la multa el valor de las ventas sino los beneficios extraordinarios supuestamente obtenidos por sus mandantes por la aplicación anticompetitiva del “*sobreprecio*” lo cual vicia el acto impugnado de nulidad.

Alegaron que sus representadas “(...) *no obtuvieron beneficio alguno, ni ordinario, ni extraordinario, a consecuencia de la revisión del canon de arrendamiento que debía serles saldado por el uso de sus postes* (...). *Si ‘Procompetencia’ hubiese investigado adecuadamente, habría comprobado que ‘Cable Corp T.V. C.A.’ y ‘T.V. Cable Orión’ NUNCA LLEGARON A SALDAR LOS NUEVOS CÁNONES* que (...) *de manera objetiva, determinaron sobre las bases de sus costos* (...)”. (Destacados del original).

Por las razones antes expuestas, solicitaron que se declare la nulidad de la Resolución Nro. SPPLC/034-99 dictada el día 29 de junio de 1999 por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (PROCOMPETENCIA), hoy Superintendencia Antimonopolio.

III DEL FALLO APELADO

Mediante sentencia Nro. 2007-002556 de fecha 12 de diciembre de 2007, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo declaró sin lugar la demanda de nulidad interpuesta, en los términos que a continuación se transcriben:

“(...) Siendo la oportunidad procesal para pronunciarse sobre el recurso contencioso administrativo de nulidad interpuesto, esta Corte Primera de lo Contencioso Administrativo observa lo siguiente:

(...)

Respecto a la situación cuestionada, comparte esta Corte Primera de lo Contencioso Administrativo el criterio esgrimido por la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, en el entendido, que la reserva que haga el Estado de una determinada actividad no implica per se la pérdida del derecho a la libertad económica; en

todo caso, a los fines de dilucidar específicamente lo que ocurre en el sector eléctrico, debemos remitirnos a lo que señala la Ley del Servicio Público, la cual establece en artículo 3 lo siguiente:

(...)

De la lectura de la disposición in comento se desprende con meridiana claridad, que la intención del legislador no fue la de excluir la aplicación de las normas de la libre competencia al sector eléctrico.

Aunado a ello, el artículo 4 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, establece el ámbito de aplicación de la ley y, específicamente dispone lo siguiente:

(...)

Por su parte, el artículo 1 del citado cuerpo normativo señala que la Ley tiene por objeto promover y proteger el ejercicio de la libre competencia y la eficiencia en beneficio de los productores y consumidores y prohibir las conductas y prácticas monopólicas y oligopólicas y demás medios que puedan impedir, restringir, falsear o limitar el goce de la libertad económica; de allí que considere esta Corte que la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (Procompetencia) resultara competente para declarar que alguna de las recurrentes incurrió en alguna de las prácticas tildadas de anticompetitiva por la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, la cual, en consecuencia, resulta aplicable al caso de autos. Así se decide.

Por otro lado, alegaron los representantes legales de las empresas recurrentes, la falta de condición de parte de la sociedad mercantil Cable Corp T.V, ya que quien la representó carecía de poder para obrar en nombre y por cuenta de ésta en sede administrativa, debido a que de acuerdo al documento constitutivo-estatutario, únicamente tenía capacidad para representarla judicialmente; en tal sentido, comoquiera que no se hallaba habilitado para obrar en nombre y por cuenta de aquella, no pudo manifestar la voluntad de esa empresa en el marco del procedimiento administrativo.

Al respecto, estimó la Superintendencia para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (Procompetencia), que la representación ejercida por el ciudadano Iván Simancas Padilla, fue realizada con base en las atribuciones que le fueron conferidas mediante Acta de Asamblea General de Accionistas de la empresa Cable Corp T.V, de fecha 26 de octubre de 1995; por lo que debía considerársele como parte en el procedimiento administrativo.

Así las cosas, observa esta Corte que, efectivamente, consta a los folios 40 al 45, Acta de Asamblea General de Accionistas de la sociedad mercantil Cable Corp T.V, de fecha 26 de octubre de 1995, cuya cláusula vigésima cuarta señala expresamente que:

(...)

'...La Representación Judicial de la compañía estará a cargo de un (1) Representante Judicial que será elegido por la Asamblea de Accionistas en la misma oportunidad que elijan a los Directores y durarán en sus funciones dos (2) años o hasta que sus sucesores tomen posesión de sus cargos. El Representante Judicial, previa autorización expresa de la Junta Directiva, podrán intentar y contestar toda clase de demandas, recibir cantidades de dinero y otorgar los recibos o finiquitos correspondientes; ejercer todos los recursos ordinarios o extraordinarios inclusive el de Casación. El Representante Judicial, actuando conjunta o separadamente, es la única persona autorizada para absolver posiciones juradas ante los Tribunales y demás Organismos Administrativos de la República, en nombre de la Compañía. Esta autorización expresa de la Junta Directiva no requiere ser demostrada ante terceros. La Junta Directiva queda facultada para designar a otros Apoderados Judiciales fijándoles sus facultades. Estos Apoderados ejercerán sus funciones conjunta o separadamente con el Representante Judicial, según lo determine la Junta Directiva, al momento de su designación...'

Asimismo, la Cláusula Trigésima Primera, señala a texto expreso lo que a continuación sigue:

'...La Asamblea General de Accionistas, designó como miembros de la Junta Directiva, Comisario y Representante Judicial para el resto del período estatutario en curso, y en todo caso hasta que no sean sustituidos de sus cargos, a las siguientes personas: ...Omissis... Representante Judicial:

Iván Simancas Padilla: C.I. 2.628.516...'

De lo anterior se colige, que la actuación en sede administrativa del Abogado Iván Simancas Padilla, fue consecuencia de la habilitación conferida por la citada Acta de Asamblea General de Accionistas; de allí que deba concluirse que, ciertamente, a la sociedad mercantil Cable Corp T.V, debía considerársele como parte del procedimiento administrativo, tal y como fue declarado por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (Procompetencia).

(...)

Asimismo, denunciaron los recurrentes que la decisión de la Superintendencia para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (Procompetencia) estaba incurso en el vicio de falso supuesto por la inexistencia de las expectativas legítimas y de prácticas exclusionarias de las compañías de cable que Procompetencia ha pretendido tutelar.

En tal sentido, en relación con la inexistencia de las expectativas legítimas y de prácticas exclusionarias, la Superintendencia Para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (Procompetencia) en su decisión, concluyó que la C.A Electricidad del Centro (Elecentro) y la Compañía Anónima de Electricidad de Los Andes (Cadela), lesionaron las expectativas legítimas de las empresas T.V Cable Orión C.A y Cable Corp T.V, al incrementar el canon de arrendamiento de sus postes, porque tales aumentos no se correspondieron con las proporciones máximas predecibles por las partes, siendo que tales aumentos debían catalogarse como conductas dirigidas a impedir u obstaculizar la permanencia de tales empresas en el mercado, violatorias de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

Ahora bien, sobre el principio de confianza legítima o expectativa plausible ha señalado la autora venezolana Hildegard Rondón de Sansó que con dicha noción se alude a la situación de un sujeto dotado de una expectativa justificada de obtener de otro una prestación, una abstención o una declaración favorable a sus intereses.

Consta en autos que la vigencia del último contrato de arrendamiento celebrado entre las sociedades mercantiles Compañía Anónima de Electricidad de Los Andes (Cadela) y T.V Cable Orión C.A., era desde el 1° de agosto de 1996 al el 31 de julio de 1997, por un canon de dos mil doscientos ochenta bolívares (Bs. 2.280,00) por poste anual y el celebrado entre las sociedades mercantiles la C.A Electricidad del Centro (Elecentro) y Cable Corp T.V, era desde el 19 de diciembre de 1996 al 19 de diciembre de 1997, por un canon de arrendamiento de cuatro mil quinientos cincuenta bolívares (Bs. 4.550,00) por poste anual.

Asimismo, se observa que una vez vencidos los precitados contratos, la C.A Electricidad del Centro (Elecentro) y la Compañía Anónima de Electricidad de Los Andes (Cadela), notificaron a sus contratantes que el canon de arrendamiento sería de nueve mil setecientos ochenta y cinco bolívares (Bs. 9.785,00) a partir del 1° de agosto de 1998.

Así, a juicio de esta Corte, es en este punto donde el principio de confianza legítima cobra mayor fuerza, pues resulta absolutamente impredecible para el arrendatario que al año siguiente el canon de arrendamiento se incrementaría más de cuatro (4) veces, en el primer caso (T.V Cable Orión C.A) y más de dos (2) veces, en el segundo caso (Cable Corp T.V), sin atender a los Índices de Precios al Consumidor publicados mensualmente por el Banco Central de Venezuela, como límite máximo referencial para el aludido aumento, a falta de estipulación convenida por las partes, lesionándose las expectativas legítimas de las compañías de cable antes referidas.

Esta situación (lesión a las expectativas legítimas de las compañías de cable), sin duda alguna, a criterio de esta Corte, se subsume en la práctica contenida en el artículo 6 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, que a texto expreso

señala que se prohíben las actuaciones o conductas de quienes, no siendo titulares de un derecho protegido por la Ley, pretendan impedir u obstaculizar la entrada o la permanencia de empresas, productos o servicios en todo o parte del mercado; pues las compañías eléctricas con su actuación (aumento excesivo del canon de arrendamiento) obstaculizaron la permanencia de las compañías de cable en el mercado, las cuales requieren para operar de la forma en que lo hacen (T.V por Suscripción), necesariamente, los postes de electricidad de las compañías eléctricas, siendo que si éstas hacen, arbitrariamente, aumentos desmesurados de los cánones de arrendamiento por el servicio de posteadura que prestan, las compañías de cable tendrían forzosamente que salir del mercado.

En virtud de las anteriores consideraciones, esta Corte comparte el criterio esgrimido por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (Procompetencia) y desestima los alegatos de la representación judicial de la parte recurrente, relativos al vicio de falso supuesto por la inexistencia de las expectativas legítimas y de prácticas exclusionarias y al vicio de falso supuesto por posición de dominio. Asimismo, desestima el alegado (sic) de violación del derecho a la defensa, invocado por los recurrentes, en virtud de haber sido respetadas todas y cada una de las garantías en la prosecución del procedimiento llevado a cabo en sede administrativa. Así se decide.

Igualmente, alegaron los apoderados judiciales de las recurrentes que las multas impuestas por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (Procompetencia) eran inconstitucionales e ilegales por violar el contenido del artículo 49 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

En este orden de ideas, la resolución impugnada impuso una multa de cuatro millones novecientos cuarenta y siete mil setecientos cincuenta y tres bolívares con sesenta y seis céntimos (Bs. 4.647.753,66) a la C.A Electricidad del Centro (Elecentro), equivalente al doble del beneficio extraordinario que obtuvo como consecuencia de la aplicación anticompetitiva de un sobreprecio de un mil ochocientos setenta y cinco bolívares con cincuenta y siete céntimos (Bs. 1.875,57) en el alquiler de mil trescientos diecinueve (1.319) postes a la empresa Cable Corp T.V., C.A por el tiempo de un (1) año: monto que corresponde al 0,00081% del valor de los ingresos consolidados correspondientes al pasado ejercicio económico de la Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico (Cadafe) y sus filiales, entre las cuales se encuentra la C.A Electricidad del Centro (Elecentro) y una multa de cuarenta y nueve millones novecientos cuarenta y un mil ciento veinte bolívares (Bs. 49.941.120,00) a la Compañía Anónima de Electricidad de Los Andes (Cadela), equivalente al doble del beneficio extraordinario que obtuvo como consecuencia de la aplicación anticompetitiva de un sobreprecio de cinco mil doscientos dos bolívares con veinte céntimos (Bs. 5.202,20) en el alquiler de cuatro mil ochocientos (4.800) postes a la empresa T.V Cable Orión por el tiempo de un (1) año; monto que corresponde al 0,068% del valor de sus ingresos netos correspondientes al pasado ejercicio económico según Estado de Ganancias y Pérdidas anexo al expediente administrativo al folio 563.

Ahora bien, en relación con las sanciones que puede imponer la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (Procompetencia), con ocasión a la práctica de alguna de las conductas prohibidas, el artículo 49 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, dispone lo siguiente:

(...omissis...)

De manera que, observa esta Corte que, contrariamente a lo expuesto por la parte recurrente, la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (Procompetencia) dio cabal cumplimiento a la disposición transcrita ut supra, pues al haber determinado que las empresas recurrentes incurrieron en la práctica prohibida prevista en el artículo 6 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, impuso una multa a C.A Electricidad del Centro (Elecentro) correspondiente al 0,00081% del valor de los ingresos consolidados del ejercicio económico del año

inmediatamente anterior de Cadafe y sus filiales, entre las cuales se encuentra la C.A Electricidad del Centro (Elecentro) y la Compañía Anónima de Electricidad de Los Andes (Cadela), del 0,068% del valor de sus ingresos netos correspondientes al pasado ejercicio económico, siendo que la citada Ley otorga a dicho Organismo la facultad de estimar la multa entre un 10% y un 20%, dependiendo de la gravedad de la falta y un 40% en caso de reincidencia, las cuales arrojan un monto total de cuatro millones novecientos cuarenta y siete mil setecientos cincuenta y tres bolívares con sesenta y seis céntimos (Bs. 4.647.753,66) y cuarenta y nueve millones novecientos cuarenta y un mil ciento veinte bolívares (Bs. 49.941.120,00) a la Compañía Anónima de Electricidad de Los Andes (Cadela), respectivamente.

En virtud de las anteriores consideraciones, resulta forzoso para esta Corte Primera de lo Contencioso Administrativo declarar sin lugar el recurso contencioso administrativo de nulidad interpuesto por la representación judicial de las sociedades mercantiles C.A Electricidad del Centro (Elecentro), y la Compañía Anónima de Electricidad de Los Andes (Cadela), contra la Resolución N° SPPLC/034-99 de fecha 29 de junio de 1999, dictada por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (Procompetencia). Así se decide (...)”.

IV DE LA FUNDAMENTACIÓN DE LA APELACIÓN

Mediante escrito presentado en fecha 10 de agosto de 2011, la abogada María Andreina Leañez Guzmán, antes identificada, actuando con el carácter de apoderada judicial de la empresa demandante, expuso los argumentos que sustentan el recurso de apelación, los cuales se sintetizan a continuación:

Al respecto, indicó que el fallo apelado infringió lo dispuesto en los artículos 12 y 243 (ordinal 5°) del Código de Procedimiento Civil por las razones siguientes:

Refirió que el Juez *a quo* “(...) *desestimó las razones que anteceden [incompetencia del órgano que dictó el acto] invocando, por una parte, el fallo dictado por la Sala-Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en fecha 18 de junio de 1998 (asunto: Avenza), y argumentado, por la otra que al sector eléctrico le resultaban aplicables las normas de la libre competencia [siendo que] las razones que sirven de fundamento a la sentencia que decidió el asunto Avenza no resultan aplicables al caso sub-iudice, porque en éste, a diferencia de aquél, no estamos frente a (...) varias empresas de transporte aéreo que (...) habilitadas para prestar un servicio público con base en una previa concesión administrativa (...) prestan un mismo e idéntico servicio (...) en condiciones de libre competencia. En efecto, aquí de lo que se trata es de empresas eléctricas y del uso de (...) sus redes de transmisión y distribución por parte de las sociedades mercantiles que tienen por objeto la prestación del servicio de televisión por suscripción por cable (...)*”. (Agregados de la Sala).

Expresó que la sentencia apelada “(...) *no se pronunció respecto de: i. el contenido del Decreto número 1.558, de fecha 30 de Octubre de 1996 (...), ii. las condiciones inherentes a la prestación del servicio público de electricidad que dicho Decreto contempla (...), y iii. el hecho -cierto- que tales condiciones no pueden ser garantizadas en la medida en que se le reconozca a ‘terceros’ que se dedican a negocios jurídicos distintos a los de generación, transmisión o distribución de energía eléctrica, un derecho a intervenir (...), a modificar, las redes de distribución de energía eléctrica de las extintas ELECENRO y CADELA, hoy CADAFE instalando en ellos, unilateralmente, cables, guayas y equipos electrónicos, a su sola discreción (...)*”. (Mayúsculas del original).

También arguyó que la decisión de instancia “(...) *guardó silencio (...) respecto de las normas contenidas en dicho Decreto [Nro. 1.558], que al asegurarle el libre ‘acceso’ a las redes de las extintas ELECENTRO y CADELA, hoy CADAFE sólo a determinadas empresas eléctricas, excluyen el derecho invocado por Las Denunciantes*”. (Mayúsculas de la cita. Agregado de la Sala).

Manifestó que la solicitud de inhibición formulada por su mandante, y los argumentos de derecho que le servían de fundamento “*jamás fueron considerados*” por el Juez *a quo* y, respecto al alegato por ella referido a la falta de representación de la sociedad mercantil Cable Corp T.V., C.A. en sede administrativa, el Tribunal de instancia “(...) *sin argumentación o reflexión alguna, afirmó que quien en lo judicial puede intentar demandas, puede también proponer solicitudes o denuncias en sede administrativa [siendo que] esa asimilación o equiparación de los poderes y facultades judiciales y extrajudiciales no es legítima (...)*”. (Añadido de la Sala).

En ese mismo orden de ideas, esgrimió que “(...) *la Corte Primera se abstuvo de pronunciarse en torno a la definición del ‘mercado producto’ que sirve de fundamento a la Resolución [impugnada]*”. (Corchetes de esta Sala).

Consideró que el Juez *a quo* “(...) *declaró la ilegalidad de la conducta observada por las extintas ELECENTRO y CADELA, hoy CADAFE, so pretexto de que el incremento de las tarifas por el uso de los postes ‘...sobrepasan las variaciones del Índice de Precios al Consumidor del Área Metropolitana de la Ciudad Caracas publicado mensualmente por el Banco Central de Venezuela...’*. Empero, *esa no es norma de Derecho que vincúlase la conducta de las recurrentes*”. (Mayúsculas del original).

Resaltó que el fallo apelado “(...) *se abstuvo de censurar una decisión de Procompetencia en la que ésta: i. declaró la ilicitud de una conducta y ii. impuso una gravosa sanción pecuniaria sobre la base de una conjetura, esto es, de un juicio hipotético, a saber, que ‘...existe la posibilidad de que [esas tarifas] hayan afectado la posibilidad de [las empresas de televisión por suscripción por cable] de permanecer en el mercado’ (folio 41 de la resolución)*. Empero, *en virtud de la garantía del debido proceso no resulta lícito imponer una ‘condena’ con base en una simple suposición*”. (Agregados de la Sala).

Sostuvo que el *a quo* “(...) *le impuso a [su] mandante la obligación de prestar servicios a cambio de un precio vil (...) ‘a pérdida’ circunstancia esta que, por la naturaleza de las cosas, pudiera llegar a comprometer la integridad de las redes de distribución de las extintas ELECENTRO y CADELA, hoy CADAFE ‘usadas’ por Las Denunciantes sin que medie justa compensación*. *Impuso esa gravosa obligación so pretexto de la ‘necesidad’ de tutelar unas expectativas legítimas que Las Denunciantes han invocado y [sus] mandantes han negado*. Empero, *no existe norma alguna de Derecho que contemple ese deber u obligación impuesto a las extintas ELECENTRO y CADELA, hoy CADAFE*”. (Mayúsculas de la cita. Agregados de la Sala).

Asimismo, señaló que el Juez de instancia “(...) *no se pronunció (...) en torno a la infracción del principio constitucional de culpabilidad*. *Al abstenerse de decidir sobre esta excepción, la Corte convalidó una decisión administrativa (inconstitucional) que sanciona a ELECENTRO y CADELA, hoy CADAFE, por una decisión: i. adoptada por su matriz y ii. impuesta a aquéllas*”. (Mayúsculas de la cita).

Adicionalmente, alegó que “(...) *sin justificación valedera la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo dejó de aplicar el artículo 49 de la Ley, que consagra una única base de cálculo, a saber, las ventas del infractor- para la determinación de las sanciones que Procompetencia puede imponer. El empleo de una base de cálculo, a saber, los ingresos extraordinarios obtenidos como consecuencia de la conducta anticompetitiva, distinta a la prevista por la Ley*”.

Por las razones de hecho y derecho invocadas con antelación, solicitó se declare con lugar la apelación interpuesta y en consecuencia, se revoque la sentencia apelada.

V

CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Corresponde a esta Sala pronunciarse respecto al recurso de apelación ejercido por la abogada María Andreina Leañez Guzmán, antes identificada, actuando con el carácter de apoderada judicial de la Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico (CADAFE), hoy sociedad mercantil Corporación Eléctrica Nacional, S.A. (CORPOELEC), contra la decisión Nro. 2007-002556 de fecha 12 de diciembre de 2007, dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, la cual declaró sin lugar la demanda de nulidad interpuesta y a tales efectos, se observa lo siguiente:

En primer lugar, esta Sala Político-Administrativa considera necesario aclarar que el acto administrativo objeto de la presente demanda de nulidad emanó de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (PROCOMPETENCIA), hoy Superintendencia Antimonopolio, y que tanto dicha Resolución como el fallo objeto de la presente apelación sustentaron sus respectivas motivaciones en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nro. 34.880 de fecha 13 de enero de 1992, aplicable *ratione temporis*, de allí que la presente decisión se refiera al contenido de dicho instrumento legal. (*Vid.* Sentencia Nro. 01291 del 22 de noviembre de 2017 dictada por esta Sala).

Ello así, esta Alzada advierte que la representación judicial de la empresa demandante manifiesta su disconformidad con lo decidido en primera instancia al expresar que el Tribunal de la causa, entre otras cosas, “(...) *no se pronunció respecto de: i. el contenido del Decreto número 1.558, de fecha 30 de Octubre de 1996 (...), ii. las condiciones inherentes a la prestación del servicio público de electricidad que dicho Decreto contempla (...), y iii. el hecho -cierto- que tales condiciones no pueden ser garantizadas en la medida en que se le reconozca a ‘terceros’ que se dedican a negocios jurídicos distintos a los de generación, transmisión o distribución de energía eléctrica, un derecho a intervenir (...), a modificar, las redes de distribución de energía eléctrica de las extintas ELECENRO y CADELA, hoy CADAFE (...)*”. (Mayúsculas del original).

También alegó que la decisión del *a quo* “(...) *guardó silencio (...) respecto de las normas contenidas en dicho Decreto [Nro. 1.558], que al asegurarle el libre ‘acceso’ a las redes de las extintas ELECENRO y CADELA, hoy CADAFE sólo a determinadas empresas eléctricas, excluyen el derecho invocado por Las Denunciantes*”. (Mayúsculas de la cita. Agregado de la Sala).

Asimismo, manifestó que la solicitud de inhibición formulada por su mandante, y los argumentos de derecho que le servían de fundamento “*jamás fueron considerados*” por el Juez *a quo* y, respecto al alegato por

ella referido a la falta de representación de la sociedad mercantil Cable Corp T.V., C.A. en sede administrativa, el Tribunal de instancia “(...) *sin argumentación o reflexión alguna, afirmó que quien en lo judicial puede intentar demandas, puede también proponer solicitudes o denuncias en sede administrativa*”.

En ese mismo orden de ideas, esgrimió que “(...) *la Corte Primera se abstuvo de pronunciarse en torno a la definición del ‘mercado producto’ que sirve de fundamento a la Resolución [impugnada]*”. (Corchetes de esta Sala).

Igualmente, consideró que el Juez *a quo* “(...) *se abstuvo de censurar una decisión de Procompetencia en la que ésta: i. declaró la ilicitud de una conducta y ii. impuso una gravosa sanción pecuniaria sobre la base de una conjetura, esto es, de un juicio hipotético, a saber, que ‘...existe la posibilidad de que [esas tarifas] hayan afectado la posibilidad de [las empresas de televisión por suscripción por cable] de permanecer en el mercado’ (folio 41 de la resolución). Empero, en virtud de la garantía del debido proceso no resulta lícito imponer una ‘condena’ con base en una simple suposición*”. (Agregados de la Sala).

En ese mismo orden, sostuvo que el Juez de instancia “(...) *le impuso a [su] mandante la obligación de prestar servicios a cambio de un precio vil (...) ‘a pérdida’ circunstancia esta que, por la naturaleza de las cosas, pudiera llegar a comprometer la integridad de las redes de distribución de las extintas ELECENRO y CADELA, hoy CADAFE ‘usadas’ por Las Denunciantes sin que medie justa compensación (...)*”. (Mayúsculas de la cita. Agregados de la Sala).

De igual manera, señaló que el fallo apelado “(...) *no se pronunció (...) en torno a la infracción del principio constitucional de culpabilidad*” y que, adicionalmente “(...) *sin justificación valedera la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo dejó de aplicar el artículo 49 de la Ley, que consagra una única base de cálculo, a saber, las ventas del infractor- para la determinación de las sanciones que Procompetencia puede imponer (...)*”.

Visto así, se aprecia que tales argumentos están dirigidos a cuestionar la supuesta falta de pronunciamiento del *a quo* sobre las denuncias esgrimidas por la empresa demandante en la primera instancia, siendo que ello se corresponde con el denominado **vicio de incongruencia negativa**. Así, cabe destacar que dicho error se materializa cuando el Juez con su decisión modifica la controversia judicial debatida, bien porque no se limitó a resolver sólo lo pretendido por las partes, o bien porque no emitió decisión sobre algunas de las solicitudes o defensas expresadas por los sujetos en el litigio.

Precisamente, en el segundo de los supuestos antes señalados, se estará en presencia de la mencionada incongruencia negativa, por cuanto el fallo omite el debido pronunciamiento sobre alguna de las pretensiones procesales de las partes en la controversia judicial. (*Vid.* Sentencia Nros. 00400 de fecha 4 de julio de 2017, dictada por esta Sala).

Ahora bien, con el propósito de constatar si el fallo apelado incurrió en la referida denuncia, la Sala pasa a revisar los particulares argüidos en la fundamentación de la apelación como no analizados por el Juez *a quo*, a saber: *i)* la incompetencia del organismo demandado conforme con el Decreto Nro. 1.558 de fecha 30 de octubre de 1996; *ii)* la solicitud de inhibición formulada y los argumentos de derecho que le servían de fundamento; *iii)*

la falta de representación de la sociedad mercantil Cable Corp T.V., C.A., en sede administrativa; iv) falso supuesto por la incorrecta determinación del mercado producto; v) falso supuesto en la verificación de la práctica exclusoria denunciada; y vi) la infracción del principio constitucional de culpabilidad.

Ello así, el pronunciamiento emitido por el Tribunal de la causa para declarar sin lugar la demanda de nulidad interpuesta fue el siguiente:

Sobre la incompetencia del órgano demandado, estableció que:

“(...) Por su parte, el artículo 1 [de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia] señala que (...) tiene por objeto promover y proteger el ejercicio de la libre competencia y la eficiencia en beneficio de los productores y consumidores y prohibir las conductas y prácticas monopólicas y oligopólicas y demás medios que puedan impedir, restringir, falsear o limitar el goce de la libertad económica; de allí que considere [esa] Corte que la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (Procompetencia) resultara competente para declarar que alguna de las recurrentes incurrió en alguna de las prácticas tildadas de anticompetitiva por la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, la cual, en consecuencia, resulta aplicable al caso de autos. Así se decide (...)”. (Agregados de la Sala).

Con relación a la falta de representación de la sociedad mercantil Cable Corp T.V., C.A., en sede administrativa, decidió que:

“(...) De lo anterior se colige, que la actuación en sede administrativa del Abogado Iván Simancas Padilla, fue consecuencia de la habilitación conferida por la citada Acta de Asamblea General de Accionistas; de allí que deba concluirse que, ciertamente, a la sociedad mercantil Cable Corp T.V, debía considerársele como parte del procedimiento administrativo, tal y como fue declarado por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (Procompetencia) (...)”.

En cuanto a las prácticas exclusorias, sostuvo que:

“(...) Esta situación (lesión a las expectativas legítimas de las compañías de cable), sin duda alguna, a criterio de [esa] Corte, se subsume en la práctica contenida en el artículo 6 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (...); pues las compañías eléctricas con su actuación (aumento excesivo del canon de arrendamiento) obstaculizaron la permanencia de las compañías de cable en el mercado, las cuales requieren para operar de la forma en que lo hacen (T.V por Suscripción), necesariamente, los postes de electricidad de las compañías eléctricas, siendo que si éstas hacen, arbitrariamente, aumentos desmesurados de los cánones de arrendamiento por el servicio de posteadura que prestan, las compañías de cable tendrían forzosamente que salir del mercado.

En virtud de las anteriores consideraciones, [esa] Corte comparte el criterio esgrimido por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (Procompetencia) y desestima los alegatos de la representación judicial de la parte recurrente, relativos al vicio de falso supuesto por la inexistencia de las expectativas legítimas y de prácticas exclusionarias y al vicio de falso supuesto por posición de dominio. Asimismo, desestima el alegado (sic) de violación del derecho a la defensa, invocado por los recurrentes, en virtud de haber sido respetadas todas y cada una de las garantías en la prosecución del procedimiento llevado a cabo en sede administrativa. Así se decide (...)”. (Añadidos de la Sala).

Respecto a la vulneración del artículo 49 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, el *a quo* señaló que:

“(...) observa [esa] Corte que, contrariamente a lo expuesto por la parte recurrente, la Superintendencia (...) dio cabal cumplimiento a la disposición transcrita ut supra, pues al haber determinado que las empresas recurrentes incurrieron en la práctica prohibida prevista en el artículo 6 (...), impuso una multa a C.A Electricidad del Centro (Elecentro) correspondiente al 0,00081% del valor de los ingresos consolidados del ejercicio económico del año inmediatamente anterior de Cadafe y sus filiales, entre las cuales se encuentra la C.A Electricidad del Centro (Elecentro) y la Compañía Anónima de Electricidad de Los Andes (Cadela), del 0,068% del valor de sus ingresos netos correspondientes al pasado ejercicio económico, siendo que la citada Ley otorga a dicho Organismo la facultad de estimar la multa entre un 10% y un 20%, dependiendo de la gravedad de la falta y un 40% en caso de reincidencia, las cuales arrojan un monto total de cuatro millones novecientos cuarenta y siete mil setecientos cincuenta y tres bolívares con sesenta y seis céntimos (Bs. 4.647.753,66) y cuarenta y nueve millones novecientos cuarenta y un mil ciento veinte bolívares (Bs. 49.941.120,00) a la Compañía Anónima de Electricidad de Los Andes (Cadela), respectivamente (...)”. (Corchetes de esta Sala).

Establecido lo anterior, evidencia esta Máxima Instancia que el fallo apelado omitió pronunciamiento sobre algunos de los aspectos controvertidos en la presente causa, esto es: *i)* la solicitud de inhibición formulada por la parte actora; *ii)* la incorrecta determinación del mercado producto; *iii)* la infracción del principio constitucional de culpabilidad; y *iv)* la violación del derecho a la libre negociación.

Visto así, esta Alzada estima que la sentencia Nro. 2007-002556 del 12 de diciembre de 2007, dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo incurrió en el vicio de incongruencia negativa, por lo tanto, se debe declarar con lugar el recurso de apelación ejercido, en consecuencia, se anula el fallo de instancia de conformidad con la disposición contenida en el ordinal 5° del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, por mandato expreso del artículo 244 *eiusdem*, aplicable por remisión expresa del artículo 31 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Así se declara.

Anulado como ha sido el fallo apelado por haberse configurado el vicio de incongruencia negativa, considera esta Sala inoficioso pronunciarse sobre los demás alegatos esgrimidos por la abogada María Andreina Leañez Guzmán, antes identificada, actuando con el carácter de apoderada judicial de la Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico (CADAFE), hoy sociedad mercantil Corporación Eléctrica Nacional, S.A. (CORPOELEC), en el respectivo escrito de fundamentación. Así se establece.

En consecuencia, la Sala pasa a analizar los alegatos expuestos por la representación judicial de la sociedad mercantil recurrente en el libelo de la demanda, de conformidad con lo establecido en el artículo 209 del Código de Procedimiento Civil, los cuales se contraen a los siguientes: 1. Violación del derecho a la defensa por falta de pronunciamiento sobre: a) la incompetencia del organismo demandado; b) falta de representación de la sociedad mercantil Cable Corp T.V., C.A., en sede administrativa; c) la solicitud de inhibición formulada contra el órgano técnico administrativo; 2. Contradicción de la Resolución impugnada; 3) Falso supuesto en: a) la definición del mercado (producto) relevante; b) la posición de dominio; c) el pronunciamiento de la Administración respecto a la verificación de la práctica exclusoria; 4) Violación del derecho a la libre

negociación; 5) Vulneración del principio de culpabilidad; y 6) Falta de aplicación del artículo 49 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

Delimitados los motivos de impugnación contra la Resolución Nro. SPPLC/034-99 dictada el día 29 de junio de 1999 por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (PROCOMPETENCIA), hoy Superintendencia Antimonopolio, debe la Sala resolver los mismos en el orden siguiente:

1) Violación del derecho a la defensa.

La parte demandante denunció la vulneración del referido derecho con fundamento en tres argumentos, a saber:

a) por falta de pronunciamiento sobre la incompetencia del órgano demandado.

Al respecto, observa esta Sala que la parte demandante denunció que el organismo demandado carecía de poder para controlar y regular cuáles eran los usos que terceros dedicados a negocios no eléctricos podían darle a las redes de distribución de la energía eléctrica, ello de conformidad con el Decreto Nro. 1.558 de fecha 30 de octubre de 1996, publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nro. 36.085 del 13 de noviembre de 1996, a través del cual se dictaron las “*Normas para la Regulación del Sector Eléctrico*”, por tanto, el reconocimiento -que hiciera la demandada- a las empresas denunciantes contraría “(…) *las normas de rango legal y reglamentario que, por una parte, le asignan competencia al Ministerio de Energía y Minas para regular el sector eléctrico y, por la otra, le imponen obligaciones concretas y específicas a las empresas que se dedican al negocio de la distribución de energía eléctrica (…)*”.

Recalaron que la parte recurrida carecía de competencia para regular u ordenar el uso que las empresas eléctricas decidan darle a sus activos, pues la prestación del servicio eléctrico y, por vía de consecuencia los activos sin los cuales dicho servicio no puede ser prestado, se encuentran sometidos “*a una regulación sectorial sustituta de la disciplina de mercado*”.

En lo atinente a la denuncia en cuestión **-violación del derecho a la defensa** por falta de pronunciamiento- advierte este Alto Tribunal que:

“(…) los derechos a la defensa y al debido proceso, consagrados en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, implican el derecho a ser oído u oída; el derecho a ser notificado o notificada de la decisión administrativa a los fines de que el imputado o la imputada pueda presentar al procedimiento los alegatos que estime pertinentes en su defensa; el derecho a tener acceso al expediente, con el propósito de examinar en cualquier estado del procedimiento las actas que lo componen; así como el derecho a presentar pruebas que permitan desvirtuar los alegatos esgrimidos por la Administración; el derecho a ser informado o informada de los recursos y medios de defensa; y, finalmente, el derecho a recibir oportuna y adecuada respuesta a sus solicitudes (…)”. (Vid., sentencia Nro. 00925 del 3 de agosto de 2017).

De lo anterior, se observa que la violación del derecho a la defensa en sede administrativa, se configura cuando la Administración al momento de decidir el asunto sometido a su consideración deja de valorar los argumentos expuestos por las partes involucradas contraviniendo con ello la garantía de los ciudadanos de

obtener una adecuada respuesta, conforme con lo dispuesto en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En el caso de autos, respecto de la incompetencia, el órgano demandado decidió lo siguiente:

*“(...) Al respecto esta Superintendencia **OBSERVA** que es completamente errado considerar que, cuando una empresa realiza una actividad de servicio público, sometida a autorizaciones, concesiones, permisos y vigilancia por parte de autoridades reguladoras, la normativa de libre competencia es inaplicable. (...)*

Por otro lado, cuando el Estado ha otorgado a una sola empresa la concesión o autorización para prestar el servicio público, confiriendo de esta manera a la empresa una clara posición de dominio en la prestación del servicio público, las normas de libre competencia son aplicables en cuanto al abuso que en su posición de dominio pueda realizar la empresa concesionaria o autorizada, salvo que la Ley que regule el servicio público haya expresamente exceptuado la aplicación de normas de libre competencia (...).

En el presente caso, es preciso distinguir entre la regulación de la prestación del servicio de suministro y distribución de energía eléctrica, y la regulación de las relaciones contractuales y actividades económicas desarrolladas por las empresas prestadoras del servicio eléctrico distinta a su actividad económica principal. Es así, como la defensa de la competencia está, también, dirigida a proteger la transparencia en las transacciones económicas que los distintos agentes en el mercado desarrollan, incluida aquellas sometidas a un vínculo contractual, cuando dichas actividades no se encuentran sometidas a una regulación sectorial sustituta de la disciplina del mercado.

Las normas que rigen la prestación del servicio eléctrico emanada del Ministerio de Energía y Minas (...) no se extienden a aquellas actividades que no estando relacionadas con la prestación del servicio eléctrico como tal, son realizadas por las empresas de ese sector eléctrico. Evidentemente tal es el caso de la disposición (arrendamiento) de los activos propiedad de tales empresas para fines que nada tienen que ver con el suministro eléctrico.

Por esta razón, si bien es cierto que de conformidad con el artículo 1 del Decreto sobre Normas para la Regulación del Sector Eléctrico, el sector eléctrico nacional se encuentra regulado por el Ministerio de Energía y Minas, ello no implica la incompetencia de la Superintendencia para conocer de los casos en que se presume que uno o varios agentes económicos participantes del sector eléctrico actuando en un mercado distinto al efecto a la regulación, como lo es el mercado de servicio de posteadura para la distribución de señales de telefonía y televisión por cable. En este último mercado que ha sido denunciada la realización de prácticas presuntamente restrictivas a la libre competencia. (...)

No es posible que se pretenda impedir a la Superintendencia tutelar el mercado en virtud de la existencia de contratos entre las partes involucradas. Las regulaciones contractuales que puedan hacer los particulares entre ellos, desaparece al comprobarse que el fin tutelado por la Ley (...) se encuentra en peligro, debido al orden público económico que esta ley protege, que consiste en la adecuación de todas las actividades económicas en un mercado determinado a los principios de libre competencia.

Cuando a consecuencia del desarrollo de las relaciones contractuales, algún agente económico o un sector del mercado se encuentre afectado por las actuaciones presuntamente restrictivas de la competencia llevadas a cabo por otro agente económico, el conocimiento del asunto corresponderá a esta Superintendencia, pues se amenaza con ello la transparencia de la información que se transmite en el mercado a los consumidores, bien por la limitación de la oferta o bien por la erosión en las legítimas expectativas de los agentes que concurran a él (...).”

De acuerdo con la decisión parcialmente transcrita, observa esta Sala que la Administración recurrida consideró que el sector eléctrico nacional se encontraba regulado por el entonces Ministerio de Energía y Minas

de acuerdo con el Decreto Nro. 1.558 del 30 de octubre de 1996. No obstante, visto que en el caso de autos se denunció la realización de prácticas restrictivas a la libre competencia en el arrendamiento de la infraestructura de interconexión, específicamente los postes que conforman la red de distribución de energía eléctrica, determinó que PROCOMPETENCIA tenía la facultad para conocer de los casos en que se presuma que uno o varios agentes económicos participantes en un mercado distinto (servicio de posteadura) al objeto de regulación (servicio eléctrico), estuvieren realizando o no prácticas o conductas prohibidas, y de ser el caso, tomar las medidas para que cesen las mismas e imponer las sanciones previstas en la Ley especial.

Ciertamente, el marco de actuación de la entonces Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia se circunscribía a la vigilancia y el control de las prácticas que impidieran o restringieran la libre competencia en el mercado denunciado como afectado por las denunciadas en sede administrativa, conforme al artículo 29 de la Ley que rige sus funciones, el cual establece lo siguiente:

“Artículo 29. La Superintendencia tendrá a su cargo la vigilancia y el control de las prácticas que impidan o restrinjan la libre competencia. Entre otras, tendrá las siguientes atribuciones:

- 1) Resolver las materias que tiene atribuidas por esta Ley;*
- 2) Realizar las investigaciones necesarias para verificar la existencia de prácticas restrictivas de la competencia e instruir los expedientes relativos a dichas prácticas;*
- 3) Determinar la existencia o no de prácticas o conductas prohibidas, tomar las medidas para que cesen e imponer las sanciones previstas en esta Ley;*
- 4) Dictar las medidas preventivas, de oficio o a solicitud de interesados, para evitar los efectos perjudiciales de las prácticas prohibidas”.* (Subrayado de esta Sala).

Como bien puede apreciarse, la Superintendencia ya mencionada tenía a su cargo ejercer la potestad de policía respecto a las actividades desarrolladas por los particulares en el marco de la libre competencia, por tanto, estaba legalmente facultada para imponer medidas y sanciones frente a las prácticas monopólicas y oligopólicas que pudieran impedir, restringir, falsear o limitar el goce del derecho a la libertad económica.

Ello así, en el presente asunto, del contenido del acto administrativo impugnado se observa que en fecha 9 de diciembre de 1998, las sociedades mercantiles T.V., Cable Orion, C.A., Parabólicas Service's, C.A., Cable Corp T.V., C.A., y Acc Comunicaciones, Supercable Alk Internacional, S.A., y la asociación civil Cámara Venezolana de la Televisión por Suscripción, denunciaron que ELECENRO, CADELA y las demás empresas eléctricas, reunidas en la Cámara Venezolana de la Industria Eléctrica (CAVEINEL), acordaron fijar el canon de arrendamiento de la infraestructura de interconexión a nivel nacional en nueve mil setecientos ochenta y cinco bolívares con veintitrés céntimos (Bs. 9.785,23) poste/año, hoy nueve bolívares con setenta y nueve céntimos (Bs. 9,79) e inmediatamente comenzaron a ejecutar este acuerdo “(...) obligando a las empresas de televisión por suscripción a aceptar el precio impuesto por ellas”, siendo que -a juicio de las denunciadas- ese convenio respondía a una política concertada de las empresas del sector eléctrico y, por consiguiente, constituían claras prácticas prohibidas en los artículos 6; 10, ordinal 1º; y 13, ordinal 6º de la Ley especial.

En este contexto, la Sala observa que los argumentos de las empresas de televisión por suscripción por cable estuvieron dirigidos a discutir las prácticas restrictivas de la competencia en el marco de los contratos de arrendamiento de postes con las empresas eléctricas.

Es decir, los hechos argüidos en sede administrativa siempre estuvieron relacionados directamente con el ejercicio de la libre competencia en el “*mercado de posteadura para cableado*” y no enmarcados en la actividad de servicio eléctrico. Por tanto, la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia actuó conforme a las atribuciones legales que tenía conferidas, correspondiéndole solo a ésta la supervisión y fiscalización en materia del libre ejercicio de la competencia.

Por tal motivo, resultan ajustadas a derecho las consideraciones que al respecto efectuó la parte demandada, pues como se estableció *ut supra* sí fue analizado el contenido del Decreto Nro. 1.558 de fecha 30 de octubre de 1996 para arribar a la conclusión de competencia en el asunto sometido al estudio de PROCOMPETENCIA, de allí que se desestime el vicio de violación del derecho a la defensa por falta de pronunciamiento. Así se decide.

b) por omisión de pronunciamiento sobre la falta de representación de la sociedad mercantil Cable Corp T.V., C.A., en sede administrativa.

En cuanto a ello, alegó la representación judicial de la parte actora que la sociedad mercantil Cable Corp T.V., C.A., no tenía la condición de parte interesada en el procedimiento administrativo, ya que quien pretendió representarla carecía de poder para obrar en nombre y por cuenta de ésta en sede administrativa, porque de acuerdo al Documento Constitutivo-Estatutario de la referida Sociedad, únicamente tenía capacidad para representarla judicialmente.

Por su parte, la Administración resolvió el alegato antes expuesto de la manera siguiente:

“(...) esta Superintendencia concluye que la representación ejercida por el ciudadano Iván Simancas Padilla fue realizada con base en las atribuciones que le fueron conferidas mediante el Acta de la Asamblea General Ordinaria de Accionistas de la empresa ‘CABLE CORP T.V.’ de fecha 26 de octubre de 1995, y por lo tanto la empresa ‘CABLE CORP T.V.’ deber ser considerada como parte en el presente procedimiento. Y ASÍ SE DECIDE (...)”. (Destacados del original).

Ahora bien, respecto a la representación en sede administrativa, el artículo 2 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, establece lo siguiente:

“Artículo 2º- Toda persona interesada podrá, por sí o por medio de su representante, dirigir instancias o peticiones a cualquier organismo, entidad o autoridad administrativa. Estos deberán resolver las instancias o peticiones que se les dirijan o bien declarar, en su caso, los motivos que tuvieren para no hacerlo”. (Destacados de esta Sala).

De acuerdo con lo antes transcrito, las peticiones pueden hacerse de dos formas: i) personalmente y ii) mediante un representante. La representación del interesado puede acreditarse de la manera siguiente: i) mediante documento registrado o autenticado, y ii) a través de poder, todo ello de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 26 *eiusdem*, que reza textualmente:

“Artículo 26º- La representación señalada en el artículo anterior podrá ser otorgada por simple designación en la petición o recurso ante la administración o acreditándola a por documento registrado o autenticado”. (Destacados de esta Sala).

De manera que, tal como lo señaló la Administración en la Resolución impugnada se desprende del expediente administrativo (folios 40 al 45) el Acta de Asamblea General de Accionistas de la sociedad mercantil Cable Corp T.V., de fecha 26 de octubre de 1995 (documento protocolizado que riel a inserto a los folios 95 al 123 del expediente administrativo) en la cual se evidencia la designación del ciudadano “*Iván Simancas Padilla (...) 2.628.516*” como representante judicial de la mencionada sociedad mercantil, y de acuerdo a la cláusula vigésima cuarta relativa a la representación judicial, podrá, previa autorización expresa de la junta directiva “*(...) intentar y contestar toda clase de demandas, recibir cantidades de dinero y otorgar los recibos o finiquitos correspondientes; ejercer todos los recursos ordinarios o extraordinarios inclusive el de Casación (...) es la única persona autorizada para absolver posiciones juradas ante los Tribunales y demás Organismos Administrativos de la República, en nombre de la Compañía. Esta autorización expresa de la Junta Directiva no requiere ser demostrada ante terceros. La Junta Directiva queda facultada para designar a otros Apoderados Judiciales fijándoles sus facultades (...)*”. (Destacados del original).

De lo antes transcrito, se evidencia que si bien la referida cláusula no expresa textualmente la facultad de su representante judicial para actuar en sede administrativa en nombre de la sociedad mercantil Cable Corp T.V., C.A., no obstante, sí lo faculta de una manera amplia para intentar toda clase de demandas y de recursos ordinarios y extraordinarios.

Adicionalmente, al contrario del proceso civil, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos es mucho más flexible, pues no solo permite la acreditación de la representación a través de poder registrado o autenticado sino que admite la designación del interesado en la misma petición o recurso y ello no impedirá su intervención ante la Administración Pública, tal como lo expresa el artículo 27 *eiusdem* en concordancia con el artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela el cual prevé que “*la justicia no será sacrificada por la omisión de formalidades no esenciales*”.

Atendiendo a lo antes planteado, considera esta Sala que la actuación en sede administrativa del ciudadano Iván Simancas Padilla, fue consecuencia de la habilitación conferida por la citada Acta de Asamblea General de Accionistas, de allí que deba tenerse a la sociedad mercantil Cable Corp T.V., como parte del procedimiento administrativo, tal y como fue declarado por la parte recurrida. En razón de ello, se desestima el alegato bajo examen. Así se decide.

c) De la supuesta falta de ponderación de la solicitud de inhibición del Superintendente.

Señalaron que con base en el ordinal 3º del artículo 36 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos solicitaron al órgano recurrido se inhibiera de continuar conociendo el asunto por haber prejulgado sobre la resolución definitiva, de la forma siguiente:

“(...) en ocasión de la decisión de la oposición formulada contra la medida cautelar de fecha 9 de Febrero de 1999, declaró que a pesar de afectar un activo propio para la distribución de la energía eléctrica, las facultades cautelares otorgadas a la Superintendencia le permitían proteger la competencia en industrias en desarrollo, que como en el presente caso, requiere como insumos activos del sector eléctrico (postes) para el crecimiento de la industria de televisión por cable (...); y, la supuesta y negada competencia de esa Superintendencia para regular a las empresas del sector eléctrico (...) era justamente una de las materias que Eleoccidente y Cadela, entre otras, habían opuesto

como defensa o excepción de fondo al momento de dar contestación y contradecir la ‘denuncia’, y que por consiguiente debía ser resuelta al expedir el acto administrativo definitivo (...)”.

Los alegatos antes planteados y que servían de fundamento a la solicitud de inhibición “**JAMÁS FUERON CONSIDERADOS**” por la Administración -a decir de la parte actora- vulnerando el derecho a la defensa y “*el derecho fundamental a un juez objetivo e imparcial*”. (Destacados del original).

A los fines de resolver la denuncia *sub examine*, evidencia esta Sala que la Administración sostuvo que:

*“(...) En el escrito presentado por los representantes de ELEVVAL en fecha 23 de marzo de 1999 solicitan la inhibición del Superintendente ya que en resoluciones emanadas del despacho (...) ha habido un adelanto de opinión sobre el fondo de la denuncia, lo que se desprende del carácter prejudicial de la Resolución N° SPPLC/006-99 de fecha 9 de febrero de 1999, que hace mención al Informe de Políticas Públicas (...) de Eficiencia y Equidad en el Sector Eléctrico (...). Al respecto esta Superintendencia **OBSERVA:** (...) Si bien la Superintendencia ha elaborado informes, de carácter no vinculante, tanto en el sector eléctrico como en el sector de telecomunicaciones, los mismos versan sobre los lineamientos de políticas públicas que deberían regir los sectores en cuestión para promover la eficiencia y la equidad. Ambos informes fueron realizados analizando las características particulares de cada sector, y formulando políticas que deberían regir las actuaciones de los agentes económicos participantes en cada sector (eléctrico y telecomunicaciones), sin realizar ningún planteamiento o análisis que englobara la interrelación que pudieran tener ambos sectores en el desarrollo de sus actividades. (...) En ese sentido es preciso aclarar que dichos informes (...) en ningún caso puede ser considerado como un adelanto de opinión (...). **Y ASÍ SE DECIDE** (...)”.* (Destacados del original).

De lo antes transcrito, se observa que la demandada no dio respuesta a la totalidad de los alegatos formulados por la parte actora en la solicitud de inhibición planteada.

No obstante lo anterior, advierte la Sala que la pretensión era resolver si la decisión de la medida cautelar por parte de la Administración prejuzgaba sobre el fondo del asunto, a lo cual, debe responderse que por lo general, las medidas cautelares pueden tener carácter anticipativo a la resolución de mérito, ello para evitar la continuidad del daño que se ha demostrado por vía de presunción, situación que puede ser cambiada en el transcurso de las fases procedimentales de acuerdo a las pruebas que al efecto se presenten. Esto es perfectamente válido y no implica vulneración del derecho a la defensa y al debido proceso. Asimismo, respecto a la competencia del organismo recurrido, es de indicar que la misma es una cuestión de eminente orden público que puede ser declarada en cualquier grado y estado del procedimiento.

En virtud de lo anterior, pese a la omisión de pronunciamiento por parte de la Administración, evidencia esta Máxima Instancia que ello no cambiaba en modo alguno la desestimación de la solicitud de inhibición formulada por la denunciante ante el organismo técnico administrativo, motivo por el cual, se desecha la denuncia bajo examen y así se decide.

Resuelto como fueron los aspectos procedimentales, corresponde emitir pronunciamiento en relación al vicio de falso supuesto y, al efecto se observa:

2) Del vicio del falso supuesto.

Sobre el particular, evidencia esta Sala que la representación judicial de la parte demandante denunció que la Resolución Nro. SPPLC/034-99 del 29 de junio de 1999, está viciada de nulidad, por las razones que resumidamente se exponen a continuación:

Alegó que la televisión por suscripción puede llegar a sus consumidores por medios alternativos distintos a los postes.

Esgrimió que si se hubiese establecido que el mercado relevante era el de “*medios de acceso o distribución de la televisión por suscripción*”, la parte demandada hubiera concluido que ELECENRO y CADELA no ostentaban posición de dominio.

Señaló que el hecho de que el acceso a los postes sea más conveniente a los intereses de las empresas denunciadas, no significa que su mandante se halle obligada a permitir el acceso a su red de distribución.

Sostuvo que al existir la posibilidad de sustituir los postes por otras vías de acceso debió concluirse que PROCOMPETENCIA incurrió en el delatado vicio de falso supuesto.

Manifestó que las redes de distribución son un medio de transporte de un bien específico -energía eléctrica- no diseñadas para la distribución del servicio de televisión por suscripción por cable.

Resaltó que para el momento de la denuncia ELECENRO y CADELA no tenían contrato vigente con Cable Corp T.V., C.A. y T.V., Cable Orión C.A., y esa situación se mantuvo hasta la fecha de interposición de la demanda, por lo que mal pudieron haber adquirido “*expectativas legítimas*” cuando no tenían título jurídico para usar los postes.

Destacó que el incremento en las tarifas tenía justificación económica.

Adujo que no fue probada la intención monopólica a la que hizo alusión la parte demandada y, por consiguiente, resultaba indiscutible que las prácticas de sus mandantes no podían ser objeto de reparo o censura.

Expresó que ELECENRO y CADELA no compiten con las sociedades mercantiles denunciadas pues se dedicaban a negocios distintos, por lo tanto no podían ser consideradas rivales.

Establecido lo anterior, esta Sala debe indicar que el **falso supuesto** se configura de dos maneras: la primera de ellas, cuando la Administración al dictar un acto administrativo, fundamenta su decisión en hechos inexistentes, falsos o no relacionados con el o los asuntos objeto de decisión, casos en los que se incurre en el vicio de *falso supuesto de hecho*; el segundo supuesto se presenta cuando los hechos que dan origen a la decisión administrativa existen, se corresponden con lo acontecido y son verdaderos, pero la Administración al dictar el acto los subsume en una norma errónea o inexistente en el universo normativo para fundamentarlo, lo cual incide decisivamente en la esfera de los derechos subjetivos del administrado, en estos casos se está en presencia de un *falso supuesto de derecho* que acarrearía la anulabilidad del acto. En ambos casos, se trata de un vicio que por afectar la causa del acto administrativo acarrea su nulidad. (*Vid.* Sentencias de esta Sala Nros. 00374 y 00328 del 5 de mayo de 2010 y 6 de abril de 2017).

Vista la denuncia antes planteada, observa la Sala que la cuestión en discusión consiste en determinar si la parte demandante ostenta posición de dominio en el mercado relevante.

Ahora bien, la Ley para Proteger y Promover el Ejercicio de la Libre Competencia, define la posición de dominio como la posibilidad real, efectiva, que tiene un agente económico (que puede ser una sola persona o un grupo de personas vinculadas entre sí) de actuar con independencia en el mercado relevante, esto es, sin tener en cuenta a sus competidores, compradores o distribuidores, usuarios o consumidores, debido a la ausencia de competidores efectivos de ese agente en dicho mercado. Así, los artículos 13 y 14 de la referida Ley establecen lo siguiente:

“Artículo 13. Se prohíbe el abuso por parte de uno o varios de los sujetos de esta Ley de su posición de dominio, en todo o parte del mercado nacional y, en particular, quedan prohibidas las siguientes conductas:

1° La imposición discriminatoria de precios y otras condiciones de comercialización o de servicios;

2° La limitación injustificada de la producción, de la distribución o del desarrollo técnico o tecnológico en perjuicio de las empresas o de los consumidores;

3° La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios;

4° La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación de desventaja frente a otros;

5° La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos del comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos; y

6° Otras de efecto equivalente.

Artículo 14. A los efectos de esta Ley, existe posición de dominio:

1° Cuando determinada actividad económica es realizada por una sola persona o grupo de personas vinculadas entre sí, tanto en condición de comprador como de vendedor y tanto en su condición de prestador de servicios como en su calidad de usuario de los mismos; y

2° Cuando existiendo más de una persona para la realización de determinado tipo de actividad, no haya entre ellas competencia efectiva”.

Indicado lo que antecede, observa esta Sala que, para determinar si un operador económico ostenta o no posición de dominio en un sector de la economía específico, es imprescindible establecer de forma preliminar cuál es el mercado relevante en el cual realiza su actividad económica.

En ese sentido, debe seguirse un procedimiento que contempla dos pasos: a) determinar el **mercado producto**, esto es, el conjunto de bienes o servicios que satisfacen las mismas necesidades de los consumidores y que, por lo tanto, compiten por los mismos clientes; y b) establecer el **mercado geográfico**, es decir, las zonas territoriales donde compiten los diferentes productos o servicios incluidos en el mercado producto.

Aunado a lo anterior, el artículo 2 del Reglamento Nro. 1 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nro. 35.202 del 3 de mayo de 1993, aplicable *ratione temporis*, establece los lineamientos para delimitar la actividad que compone un mercado relevante:

“Artículo 2.- A los fines de establecer el mercado relevante de un determinado bien o servicio, la Superintendencia podrá considerar:

1. *La posibilidad de sustitución, en términos de tiempo y costos del bien o servicio, por otros bienes o servicios nacionales, originada en razón de la tecnología, de las preferencias de los consumidores, o de la competencia entre marcas o patentes;*
2. *La posibilidad de sustitución del bien o servicio por otros bienes o servicios importados, originada en razón del nivel de importaciones, por los niveles tarifados, por la existencia de barreras no arancelarias al comercio o de medidas que establezcan derechos antidumping o compensatorios.*
3. *La posibilidad de los consumidores, usuarios o proveedores del bien o servicio de disponer de fuentes actuales o potenciales de oferta o de demanda alternativas de bienes o servicios idénticos o sustitutos;*
4. *Los costos de transporte y otros costos de transacción o de comercialización del bien o servicio, y los costos de seguros (...)*”.

De acuerdo con la normativa antes transcrita, para determinar cuál es el producto relevante primero debe evaluarse qué otros servicios existen en el mercado que pueden sustituir al provisto por la empresa investigada.

a) Mercado (producto) relevante.

En el caso que se examina, observa esta Máxima Instancia que las empresas T.V., Cable Orion, C.A., Parabólicas Service's, C.A., Cable Corp T.V., C.A., Acc Comunicaciones, Supercable Alk Internacional, S.A., y la Asociación Civil Cámara Venezolana de la Televisión por Suscripción plantearon una denuncia en contra de las sociedades mercantiles C.A. Energía Eléctrica de Venezuela (ENELVEN), C.A. Energía Eléctrica de la Costa Oriental (ENELCO), C.A. Energía Eléctrica de Barquisimeto (ENELBAR), C.A. Electricidad de Valencia (ELEVAL), Compañía de Administración y Fomento Eléctrico (CADAFE), y sus filiales: Electricidad del Centro (ELECENRO), Electricidad de Oriente (ELEORIENTE), Electricidad de Occidente (ELEOCCIDENTE), Servicio Eléctrico de Monagas y Delta Amacuro (SEMDA), y la Compañía Anónima de Electricidad de Los Andes (CADELA), por la presunta comisión de prácticas prohibidas en los artículos 6; 10, numeral 1 y 13, ordinal 6° de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (folios 1 al 17 del expediente administrativo).

En tal sentido, evidencia la Sala que en su denuncia las empresas de televisión por suscripción por cable sostuvieron que la red de distribución de los servicios públicos esenciales (agua, electricidad y teléfono) constituye la barrera natural para ingresar al Mercado de Televisión por Suscripción y además que “(...) *la construcción de una nueva infraestructura de interconexión es altamente costosa, lo cual limitaría substancialmente el ingreso de competidores a los mercados de electricidad, telefonía y televisión por suscripción (...)*”.

Explicaron que el “(...) *único servicio público al cual se le garantiza legalmente la posibilidad de desarrollar la infraestructura de interconexión, por encima de los intereses privados o las regulaciones municipales, es a la industria eléctrica (...)*”, siendo ello -a su juicio- la barrera legal de entrada.

Afirmaron que ingresaron al Mercado de Televisión por Suscripción por Cable bajo el supuesto de poder utilizar los postes que poseen las empresas eléctricas en distintas ciudades del país, con el objeto de instalar sobre ellos sus cables y equipos y, a tales efectos, negociaron el canon de arrendamiento separadamente con cada uno de los “*monopolios eléctricos regionales*”.

Indicaron que las empresas eléctricas reunidas en la Cámara Venezolana de la Industria Eléctrica (CAVEINEL) acordaron fijar el canon de arrendamiento de los postes a nivel nacional en nueve mil setecientos ochenta y cinco bolívares con veintitrés céntimos (Bs. 9.785,23) poste/año, e inmediatamente comenzaron a ejecutar este acuerdo obligando a las empresas de televisión por suscripción por cable a aceptar el precio impuesto por ellas.

Expresaron que ese acuerdo respondía a una política concertada de las empresas del sector eléctrico y, por consiguiente, constituían claras prácticas prohibidas en la Ley.

Indicaron que, en el presente caso, el mercado (producto) relevante era el de la “*Televisión por Suscripción*”.

Por su parte, el órgano técnico administrativo, al definir el mercado (producto) relevante sostuvo lo siguiente:

“(...) La actividad principal a la que se dedican las empresas denunciadas es a la distribución y comercialización de energía eléctrica. Ahora bien, para la prestación de dicho servicio es necesario poseer un conjunto de activos, equipos y maquinarias que, además de ser empleados para ese fin, tienen otras utilidades lo cual implica que las empresas que se dedican a esta actividad, pueden a su vez, participar en más de un mercado.

En efecto unos de esos activos son los postes que conforman la red de distribución de energía eléctrica, los cuales tienen por principal uso servir de soporte a los conductores mediante los cuales se transmite la electricidad, que simultáneamente pueden ser empleados como soporte para cables de telefonía o de televisión por suscripción por cable. Las empresas que ofrecen servicios de telefonía o de televisión por cable requieren extender redes de cables por medio de los cuales se transmiten las señales para lo cual es posible o bien construir redes subterráneas o bien redes aéreas que requieren postes de similares características a aquellos empleados en la distribución de energía eléctrica. Ahora bien, debido al alto costo de instalar redes subterráneas, esta alternativa solo resulta viable en centros de población concentrada, en el caso de Venezuela, la ciudad de Caracas. En los centros cuya población se encuentra menos concentrada, los costos de establecer una red de postes para la distribución de señales se incrementan significativamente, pues para llegar a un número elevado de clientes es necesario construir redes de mayor longitud que emplean una mayor cantidad de postes y metraje de cables debido a que la población se encuentra más dispersa.

Por esta razón es que las compañías de telefonía y las dedicadas a ofrecer servicios de televisión por cable encuentran rentable acudir a las empresas eléctricas para arrendar los postes ya instalados por éstas y así ahorra las inversiones necesarias en la instalación de nuevas redes de postes. Por su parte, en la medida que dichos postes presentan capacidad ociosa las empresas eléctricas también resultan favorecidas alquilando los espacios libres en dichos postes, pues ello les permite obtener unas ganancias que de otra manera no generarían. Esta influencia entre las necesidades de las empresas de telecomunicaciones y la capacidad ociosa presente en las redes de distribución propiedad de las empresas eléctricas permite la aparición de una nueva rama de actividad económica, la de servicios de posteadura para cableado.

Los principales usuarios del servicio de posteadura son las empresas de electricidad, en general propietarias de los postes (lo cual significa que se proveen el servicios a sí mismas) las empresas de televisión por cable y las empresas de telefonía (C.A.N.T.V.). En el corto plazo, los usuarios de este servicio, las empresas del sector de telecomunicaciones, no tienen otras alternativas para la instalación de sus redes, aunque en el mediano o largo

*plazo pudiesen construir sus propios postes y así eliminar su dependencia de los postes propiedad de las empresas eléctricas. Lo anterior significa que, en el corto plazo, no existen otros sistemas que puedan competir con las redes de postes que poseen las compañías eléctricas, lo cual es equivalente a decir, que no existen otros productos que estén incluidos en el mismo mercado producto. En conclusión se define el mercado producto relevante afectado en el presente procedimiento como el de servicios de posteadura para cableado. **Y ASÍ SE DECLARA (...)**". (Destacados del original).*

Del acto administrativo parcialmente transcrito observa esta Sala que la parte demandada consideró que debido a las barreras que a corto plazo existían para construir redes subterráneas o bien redes aéreas que requieren postes de similares características a aquellos empleados en la distribución de energía eléctrica, el mercado (producto) relevante era el de “*servicios de posteadura para cableado*”, cuyos principales usuarios son las empresas de electricidad, las de televisión por suscripción por cable y la empresa de telefonía fija (CANTV).

Ahora bien, advierte la Sala que la denuncia formulada por las empresas de televisión por suscripción por cable debe ser analizada en el contexto y momento en que ésta se presentó -9 de diciembre de 1998- y no sobre la base de la posibilidad futura del ingreso de potenciales entrantes al mercado con modalidades distintas.

En tal sentido, observa esta Máxima Instancia que los artículos 1 y 2 del Reglamento para Explotar el Sistema de Televisión por Suscripción, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nro. 34.135 del 12 de enero de 1989, aplicable *ratione temporis*, establecen lo siguiente:

“Artículo 1. A los efectos del presente Reglamento, se define Televisión por suscripción al sistema de múltiple uso a través del cual se generan o distribuyen en emisiones audiovisuales que son transmitidas a usuarios quienes abonan una cuota por la recepción exclusiva del mismo.

Artículo 2. El sistema de suscripción por aire o por cable, es aquel mediante el cual un programa de televisión es emitido y recibido a través de ondas radioeléctricas o transmisiones eléctricas individuales”.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, el sistema de televisión por suscripción puede transmitirse por aire o por cable, siendo que, a juicio de las denunciantes -para la época (1998)- “*lo más común era la transmisión por cable de la televisión por suscripción*”; producto final que para llegar hasta el domicilio de sus clientes requeriría, por lo general, de un servicio o insumo intermedio, como lo es, los espacios en postes.

Así, a los folios 167 al 181, 205, 250 del expediente administrativo riel inserto copias certificadas del inventario de postes utilizados por cada una de las empresas denunciantes para el período 1997-1998 requerido por el despacho del Superintendente según oficio Nro. 000131 de fecha 2 de febrero de 1999, del cual se extrae lo siguiente:

*“ECO ANDINA (Mérida) 1.501 postes (CADELA)
 PARABÓLICAS SERVICES’S (Valencia) 3.727 postes (ELEVAL)
 T.V. CABLE ORION (San Cristóbal) 7.500 postes (CADELA)
 PARABÓLICAS SERVICES’S BARQUISIMETO, C.A., 7.690 postes (ENELBAR)
 TVC SATVENCA (Maracaibo) 13.33 postes (ENELVEN)
 ACC COMUNICACIONES (Maracay) 3.727 postes (ELECENRO)
 ACC COMUNICACIONES (Maracay) –año 1998- 5.734 postes (ELECENRO)
 (...)
 SUPERCABLE ALK INTERNATIONAL, S.A., 1.050 postes (ELECENRO)*

SUPERCABLE (Zona Nueva Esparta) 3.617 postes (ELEORIENTE)
SUPERCABLE (Puerto Ordaz) -año 1997- 2.972 postes (ELEORIENTE)
SUPERCABLE (Puerto Ordaz) -año 1998- 3.504 postes (ELEORIENTE)
 (...)

CITICABLE (Valencia) 3.563 postes (ELEVAl (...))”.

De igual manera, de las distintas respuestas a los cuestionarios enviados por la parte demandada a las empresas del sector eléctrico (investigadas) y de telefonía fija (CANTV) con el objeto de determinar, entre otros aspectos, el uso del servicio de posteadura, se aprecia lo siguiente:

i) Enelbar (folios 653 al 666).

*“(…) **Pregunta 2:** ‘Inventario de postes disponibles para el arrendamiento por parte de empresas que utilizan el cableado para la prestación de distintos servicios. Especifique la ubicación geográfica de los postes’.*

***Respuesta:** El sistema de postes que lleva nuestro Departamento de Control Administrativo de Obras, tiene registrado un total de (...) (103.265) postes instalados (...). Cabe destacar que este sistema sólo especifica el número total de postes, más no la cantidad por zona geográfica, en virtud de que ENELBAR carece de dicho levantamiento por sectores geográficos.*

***Pregunta 3:** ‘(...) indique cuáles empresas utilizan los postes pertenecientes a su compañía. Describa el servicio final prestado por cada una, así como la cantidad y ubicación de los postes utilizados por estas empresas (...).*

***Respuesta:** En primer término es importante señalar que las empresas que utilizan postes de ENELBAR se circunscriben al sector de telecomunicaciones, específicamente en las áreas de telefonía y televisión por suscripción por cable.*

En materia de telefonía, CANTV suscribió en noviembre de 1971 un contrato de uso recíproco de postes con las empresas privadas del sector eléctrico para la época (...), en el cual se estableció que las empresa de energía eléctrica se obligan a permitir que la CANTV, para el tendido y soportes de sus líneas, cables y demás accesorios destinados al servicio que presta, utilice los postes pertenecientes a aquéllas. Recíprocamente, la CANTV se obliga a permitir que las empresas de energía eléctrica, utilicen para el tendido y soporte de sus líneas, cables y demás accesorios destinados al servicio de energía eléctrica, los postes propios de la CANTV.

(...)

En cuanto a las empresas de televisión por suscripción por cable, ENELBAR mantiene relaciones contractuales con las sociedades mercantiles Corporación Telemic, C.A. y Parabólicas Services Barquisimeto, C.A.

(...)

Los inventarios generales realizados por ENELBAR, muestran las siguientes cantidades de postes utilizados por las empresas de telecomunicaciones con los que mantiene relaciones contractuales:

Empresas	Postes
CANTV	24.563
Citicable (Parabólicas Services)	7.690
Intercable (Corporación Telemic)	10.138”.

(Destacados del original).

ii) Enelco y Enelven (folios 808 al 819).

Las referidas empresas respondieron a las mismas interrogantes de la forma que a continuación se transcribe:

“(…) **Respuesta** [a la pregunta Nro. 2]: (….) *ENELVEN posee, dentro del límite Urbano de la ciudad de Maracaibo, una totalidad de 40.603 postes de alta tensión y 20.301 postes de baja tensión, sumando así, un total de 60.904 postes.*

(…)

Respuesta [a la pregunta Nro. 3]: *En primer término es importante señalar que las empresas que utilizan postes de ENELVEN y ENELCO se circunscriben al sector de telecomunicaciones, específicamente en las áreas de telefonía y televisión por suscripción por cable.*

En materia de telefonía, CANTV suscribió en noviembre de 1971 un contrato de uso recíproco de postes con las empresas privadas del sector eléctrico para la época (…).

En cuanto a las empresas de televisión por suscripción por cable, ENELVEN mantiene relaciones contractuales con las sociedades mercantiles CORPORACIÓN TELEMIC, C.A. (….) y (….) (SATVENCA) (….). En el caso de ENELCO, esta empresa no ha suscrito contrato, ni mantiene relaciones comerciales con alguna empresa de televisión por suscripción.

Los inventarios generales realizados por ENELVEN, muestran las siguientes cantidades de postes utilizados por las empresas de telecomunicaciones señaladas:

Empresas	Postes
CANTV	35.728
Corporación Telemic, C.A.	5.514
SATVENCA (CABLETEL)	13.393

(…)

Respecto a ENELCO, no ha sido posible levantar un inventario de las empresas de televisión por cable que, sin relación contractual y sin autorización, utilizan los postes propiedad de ENELCO. En cuanto a la cantidad de postes pertenecientes a ENELCO y que en la actualidad son utilizados por CANTV, ésta asciende a un total de 22.842 postes, y están ubicados en la zona correspondiente a Costa Oriental del Lago de Maracaibo (….)”.
(Destacados del original. Agregados de la Sala).

iii) Eleoccidente (folios 879 al 881).

“(…) Como punto previo a todo otro, conviene destacar que nuestra mandante no arrienda postes a ninguna de las empresas denunciadas en el presente procedimiento. Las empresas que hacen uso de los postes de ‘ELEOCCIDENTE’ son la C.A.N.T.V. e INTERCABLE (….)”.

iv) Elecentro (folio 915).

“(…) Consignamos marcados con la letra ‘A’, copia de los contratos de arrendamiento de postes suscritos con ‘SUPER CABLE, S.A.’ y con ‘CABLE CORP TV C.A.’ aún cuando ésta última no sea parte en el procedimiento administrativo (….)”.

Visto así, corresponde verificar qué otros mecanismos existen, aparte del alquiler de espacios en postes, que permitan a las denunciadas entrar al mercado de televisión por suscripción por cable, sin incurrir en nuevos o elevados costos, tal como lo ordena el citado artículo 2 del Reglamento Nro. 1 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

Al respecto, de las respuestas a los cuestionarios enviados por la parte demandada a las empresas denunciadas y de telefonía fija (CANTV), se evidencia lo siguiente:

v) CANTV (folios 1070 al 1071).

“(...) En atención a su Oficio N° 456 de fecha 10 de Marzo de 1999, recibido por esta empresa el día 11 de los corrientes y estando dentro del lapso de Ley, damos respuesta a los requerimientos formulados por esa Sala, en los términos siguientes:

(...)

Ambos Contratos fueron suscritos por tiempo indefinido, encontrándose actualmente vigentes, siendo su única modificación los ajustes económicos anuales por el uso de los postes.

2.- Con relación al segundo planteamiento, sobre la forma en que pudiera afectar a CANTV la presencia de cables de las empresas de televisión por suscripción en los postes de energía eléctrica por ella utilizados; y tomando en cuenta que todo poste tiene una capacidad determinada y limitada de carga, si dicha capacidad fuera excedida, CANTV definitivamente, se vería afectada; razón por la cual es necesario que cualquier instalación adicional de cables sobre posteadura eléctrica, debe ser previamente evaluada y autorizada por la empresa de electricidad correspondiente.

En lo que se refiere a las posibles interferencias/inducciones, que pudieran ser ocasionadas por la presencia de cables de empresas de televisión por suscripción en la posteadura eléctrica, entendemos que los servicios que presta CANTV no se verían afectados por las mismas, ya que tenemos información que tales empresas utilizan medios ópticos en la dotación de sus servicios.

3.- En relación a la posibilidad de expandir nuestra propia red de postes para la conducción de cables, tenemos a bien informarle, que CANTV no ha considerado crear su propia red de postes, motivado a los altos costos de inversión que ello representa (...)

(Destacados del original).

En ese mismo orden de ideas, aprecia la Sala (folios 1.241 al 1.244) que las sociedades mercantiles Parabólicas Services's, C.A., T.V., Cable Orion, C.A., Acc Comunicaciones, C.A., y T.V., Cable Corp C.A., al momento de responder sobre la posibilidad de instalación de postes propios, todas fueron contestes en afirmar lo siguiente:

“(...) Hasta la presente fecha, no se ha desarrollado ningún proyecto para la instalación de partes por cuenta propia, fundamentalmente debido al entramamiento de la permisería necesaria que deben otorgar los Concejos Municipales-Alcaldías, las cuales se oponen a la instalación de nuevas posteaduras en las ya ocupadas calles urbanas del Municipio.

No tenemos conocimiento sobre ningún tipo de iniciativa, conjunta o individual, por parte de las demás empresas concesionarias del servicio, para la instalación de postes por cuenta propia (...). (Negrillas de esta Sala).

Por su parte, la sociedad mercantil Supercable Alk Internacional S.A., (folio 1.301) respondió la misma interrogante -posibilidad de instalación de postes propios- así:

“(...) Nuestra representada no posee instalaciones propias de postes. En las zonas donde ejercemos nuestro objeto social y cumplimos con la concesión, usamos postes pertenecientes a empresas eléctricas ya constituidas y con infraestructura instalada con anterioridad (...) nuestra representada jamás ha elaborado ni estudio ni proyecto por existir infraestructura en el territorio nacional (...)”.

En lo que atañe a la sociedad mercantil Corporación Telemic, C.A., (folio 1.619 al 1.623), observa la Sala que la referida empresa señaló:

“(...) Corporación Telemic C.A. con su nombre comercial Intercable se ha visto en la necesidad de instalar posteadura propia en forma eventual. Actualmente tenemos contabilizados 94.800 postes arrendados y solamente 4.200 postes propios estimando la inversión en estos postes propios de Bs. 200.532.000. Siendo la cantidad de postes propios

el 4.43 % del total de postes utilizados. Las razones de montar postes propios son de tipo técnico, a fin de complementar una red dándole refuerzo a los cables de fibra óptica y coaxial y la inexistencia de posteadura por la ruta trazada en el desarrollo del tendido de red planificado (...). Las otras opciones son las de aprovechar las canalizaciones subterráneas utilizadas por CANTV o las de hacer trinceras (ductos propios). (...)
La permisería consiste principalmente en la autorización del Municipio afectado. Esto es engorroso y dificultoso debido a que los diferentes Municipios están opuestos rotundamente a la autorización de postes nuevos. La razón de haber conseguido los permisos solicitados es por la pequeña cantidad utilizada en cada solicitud. Los Municipios exigen planos actualizados con la ruta definida de los postes presentados y la posición exacta de los mismos. En la mayoría de los casos esto debe coordinarse con la compañía eléctrica de la zona para que otorguen un visto bueno a dicha instalación. Las exigencias varían de acuerdo a las municipalidades (...)”.

Visto así y de acuerdo con la información que cursa en el expediente administrativo, solo 1 de 7 empresas de televisión por cable habían instalado postes propios, el resto requieren arrendar postes de las empresas del sector eléctrico.

Asimismo, respecto de la posibilidad de instalación de postes propios por parte de las empresas denunciadas, ha quedado demostrado durante la tramitación del procedimiento administrativo que los costos vinculados con dicha instalación son considerables y que el tiempo requerido para ello hace que en el corto plazo no puedan considerarse efectivamente como sustituto de aquellos propiedad de las empresas del sector eléctrico.

Lo antes expuesto, no significa que la instalación de postes propios sea una opción imposible, de hecho quedó evidenciado que la empresa Corporación Telemic, C.A., ha instalado sus redes de distribución para la prestación de sus servicios, pero el porcentaje -según sus propios dichos- asciende a cuatro coma cuarenta y tres por ciento (4,43 %) del total de postes utilizados.

Además, si bien existen empresas de televisión por cable que han instalado postes propios para la prestación de sus servicios, son muy pocas en comparación con las empresas concesionarias que utilizan postes de terceras empresas para instalar sus redes de cables.

Entonces, dada las características de la instalación de una red de postes desde el punto de vista técnico como alegó la Corporación Telemic C.A., o de orden económico como lo indicaron las empresas Parabólicas Services's, C.A., T.V., Cable Orion, C.A., Acc Comunicaciones, C.A., T.V., Cable Corp C.A., Supercable Alk Internacional y la CANTV, debe reconocer la Sala que esta alternativa no podría darse en el corto plazo, lo cual limita el nivel de sustitución.

Finalmente, en cuanto al alegato de la parte demandante consistente en que la televisión por suscripción puede llegar a sus consumidores por medios alternativos distintos a los postes, debe esta Sala precisar lo siguiente:

Tal como se estableció *supra* el sistema de televisión por suscripción puede transmitirse por aire o por cable.

En el caso *sub examine* las empresas Parabólicas Services's, C.A., T.V., Cable Orion, C.A., Acc Comunicaciones, C.A., operan la comercialización del Sistema de Televisión Multicanal por Suscripción por Cable bajo la concesión que le fuera otorgada a T.V., Cable Corp C.A., y Supercable Alk Internacional S.A., también se dedica a la prestación de dicho servicio (folios 1.248, 1.302, 1.575 y 1870 del expediente administrativo).

En virtud de lo anterior, las empresas denunciadas enfrentan una limitación de tipo legal, pues de acuerdo con la información suministrada a los autos las referidas organizaciones solo tenían concesión para operar la comercialización del servicio público del Sistema de Televisión Multicanal por Suscripción bajo la modalidad o vía Cable y no otra distinta, pues para ello se requerirá el otorgamiento del permiso correspondiente.

Ello así, no puede afirmarse que la instalación de postes propios por parte de las empresas denunciadas o la utilización de un sistema distinto a la modalidad Cable sean sustitutos adecuados del uso de postes propiedad de las empresas del sector eléctrico.

Por las razones antes expuestas, esta Sala considera acertado la definición del mercado (producto) relevante dada por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (PROCOMPETENCIA), hoy Superintendencia Antimonopolio, circunscrita al “servicio de posteadura para cableado”, motivo por el cual desecha el alegato de la parte demandante en lo que al punto respecta. Así se establece.

b) Mercado (geográfico) relevante.

Con relación al mercado geográfico, la parte demandada señaló lo que a continuación se transcribe:

“(…) Una característica importante de este mercado producto es que presenta una estrecha interdependencia con otros mercados o actividades económicas y en especial con la actividad de generación, distribución y comercialización de energía eléctrica. En efecto, para las empresas eléctricas el alquiler de postes representa una actividad secundaria y como tal, se verá afectada por las decisiones y estrategias que las empresas eléctricas realicen en su actividad principal.

*Esta interdependencia con la industria eléctrica permitirá entender la importancia de algunos elementos que permiten la contextualización de la práctica denunciada en el presente caso. En primer lugar, en virtud de lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto N° 1558 del 30 de octubre de 1996 (Gaceta Oficial N° 36.085 del 13 de Noviembre de 1996) que establece las **Normas para la Regulación del Sector Eléctrico**, la generación distribución y comercialización de energía eléctrica está reservada al Poder Público y únicamente a través de concesiones empresas del sector privado pueden realizar ciertas actividades. En la práctica esta disposición ha dado lugar a una serie de concesiones a empresas privadas para la generación distribución y comercialización de energía eléctrica en un territorio determinado. Dentro de ese territorio la empresa concesionario es la encargada de administrar los activos que posee, incluidos los postes (...). Esto significa que el mercado de comercialización de energía eléctrica es un mercado geográfico regional, e igualmente los servicios derivados de la administración de sus activos, como es el caso, del servicio de posteadura para empresas de telecomunicaciones. Esta restricción legal, por lo tanto, es suficiente para demostrar que la extensión del mercado geográfico en el caso que nos ocupa (...) es regional pues las empresas eléctricas realizan sus operaciones en territorios regionales legalmente delimitados y no es posible para ellas*

competir en áreas diferentes. Por ello esta Superintendencia concluye que, a los efectos de este procedimiento el mercado geográfico es regional lo cual significa que el área de operación de cada una de las empresas eléctricas es un mercado geográfico independiente. Y ASÍ SE DECLARA (...)". (Destacados del original).

Del contenido del acto parcialmente transcrito, observa esta Sala que a juicio de la Superintendencia demandada, el mercado geográfico es regional debido a que las empresas eléctricas e igualmente los servicios derivados de la administración de sus activos realizan sus operaciones en territorios regionales legalmente delimitados y no es posible para ellas competir en áreas diferentes.

Ciertamente, como lo aduce la parte demandada el "*servicio de posteadura para cableado*" está relacionado con el uso de infraestructuras fijas (postes) como insumo para la prestación del servicio de televisión por suscripción por cable. Por tanto, el mercado geográfico se circunscribe al área específica donde se encuentra instalada dicha infraestructura y en la que puede encontrarse instalada otra de similares características que le sirva de sustituto. Asimismo, el mercado geográfico también queda determinado por el área de concesión que ha sido otorgada para brindar el servicio de televisión por cable, ya que la empresa sólo podrá sustituir la red de postes requerida dentro de su área de concesión.

Es por esta razón, que en su denuncia, las empresas de televisión por cable manifestaron que solicitaron el arrendamiento de postes que poseen las empresas eléctricas en distintas ciudades del país con el objeto de prestar el servicio en los domicilios ubicados en el área en que se encuentran instalados los postes requeridos, negociando a tales efectos, el canon de arrendamiento separadamente con cada uno de los "*monopolios eléctricos regionales*".

Por consiguiente, coincide esta Sala con la Superintendencia demandada respecto a que el mercado geográfico para la presente controversia se restringe al área de cobertura regional de la red de postes de las empresas del sector eléctrico. Así se establece.

Establecido el mercado relevante como el "*servicio de posteadura para cableado*" a nivel regional corresponde verificar si las empresas eléctricas detentan una posición de dominio en dicho mercado.

Al respecto, constata esta Sala Político-Administrativa, luego de evaluar las pruebas que rielan insertas en el expediente administrativo, así como las propias afirmaciones hechas por las distintas empresas del sector eléctrico al dar respuesta a los cuestionarios remitidos por la Superintendencia demandada durante la investigación, que existe más de una empresa en capacidad de ofrecer el servicio de posteadura para cableado a nivel regional (empresas del sector eléctrico y la CANTV), por tanto, no existe posición de dominio en los términos establecidos en el artículo 14 ordinal 1° de Ley para Proteger y Promover el Ejercicio de la Libre Competencia, tal como lo adujo la parte demandada.

En segundo lugar, observa esta Instancia que el ordinal 2° del referido artículo 14, establece que la posición de dominio se verifica cuando "*(...) existiendo más de una persona para la realización de determinado tipo de actividad, no haya entre ellas competencia efectiva*".

En este punto, constata esta Sala que la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (PROCOMPETENCIA), tampoco incurrió en el vicio de falso supuesto ya que con base en las

propias afirmaciones hechas por la CANTV y las empresas del sector eléctrico verificó acertadamente que no existe competencia entre ambas corporaciones, pues han establecido contratos de uso común que permite a cada una de las partes la utilización simultánea de los postes de la otra.

En efecto, el organismo técnico administrativo decidió:

“(...) Ahora bien, se observa que una alta proporción de los postes instalados son propiedad de las empresas eléctricas, la cuales no tienen en la C.A.N.T.V. y menos aún en las empresas de televisión por cable que hayan instalado posteadura propia, un competidor en lo que se refiere a la oferta de servicios de posteadura, sino más bien un cliente que en ocasiones complementa sus propias redes.

Por lo tanto, la instalación de la red de postes para la conducción de cables presenta algunas características de los monopolios naturales, pues desde el punto de vista de la eficiencia económica, resulta más conveniente la existencia de una sola red (un solo oferente) que pueda ser utilizada por varios usuarios (o alternativamente la existencia de una sola red de propiedad compartida por los diferentes propietarios) que la existencia de diferentes redes, que generarían un proceso de multiplicidad de inversiones que inevitablemente elevarían los costos de estos servicios públicos.

Las anteriores consideraciones implican que las empresas eléctricas propietarias de las redes de postes para la conducción de cables poseen una posición de dominio en el mercado de servicios de posteadura pues a corto plazo, poseen una proporción altamente significativa de la red de distribución y, a largo plazo, no es posible (ni sería económicamente eficiente) la entrada de nuevos oferentes que tendrían que incurrir en un proceso de inversiones innecesario debido a que existe capacidad ociosa disponible para tal fin (...).”

Ciertamente, como lo aduce la Superintendencia hoy demandada quedó probado a lo largo del procedimiento administrativo que en el mercado relevante bajo examen y en la dinámica del mismo participan más de una empresa capaz de ofrecer del servicio de posteadura para cableado a nivel regional (CANTV y las empresas eléctricas regionales), no obstante, visto que no existe competencia real efectiva entre ellas debido al contrato de uso común suscrito por ambas, aunado al hecho que la parte demandante posee una proporción altamente significativa de postes, es por lo que corrobora esta Sala que las empresas investigadas ostentan una posición de dominio en el mercado relevante antes definido.

Con relación a lo dicho por ELECENRO y CADELA en cuanto a que no compiten con las sociedades mercantiles denunciadas pues su objeto social es la “*distribución de energía eléctrica*”, es de indicar que quedó acreditado durante la tramitación del procedimiento administrativo los diversos contratos de arrendamiento de su infraestructura de posteadura (folios 167 y 915), lo que evidencia que las referidas empresas sí prestaban los servicios de alquiler de postes al momento de la denuncia presentada. En ese sentido, que el objeto social de ELECENRO y CADELA sea la distribución de energía eléctrica no es una condición necesaria ni suficiente de la cual se pueda concluir su participación efectiva o potencial dentro del mercado relevante antes definido, por lo cual, ha de desecharse su alegato.

Por las consideraciones antes expuestas, ratifica esta Sala lo expuesto por la parte hoy demandada respecto a que las empresas eléctricas detentan una posición de dominio en el mercado de servicios de posteadura en las diferentes regiones del país, en razón de lo cual, desecha el alegato de la parte demandante en cuanto al punto. Así se decide.

2.1 Acerca de la aplicación del artículo 6 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

El artículo 6 *eiusdem*, establece lo que a continuación se transcribe:

“(...) Se prohíben las actuaciones o conductas de quienes, no siendo titulares de un derecho protegido por la Ley, pretendan impedir u obstaculizar la entrada o la permanencia de empresas, productos o servicios en todo o parte del mercado”.

La disposición transcrita prohíbe la realización de prácticas exclusorias, particularmente la supresión de agentes del mercado; supuesto de hecho que está constituido por la realización de conductas o actuaciones efectuadas por uno o varios agentes económicos, dirigidas a impedir total o parcialmente la permanencia o el acceso de agentes a todo o parte de un determinado mercado, con la finalidad de reducir o debilitar la competencia de otro participante en ese ámbito comercial.

Con relación a la analizada prohibición, ha señalado la Sala que la restricción generada por este tipo de práctica produce la reducción de la competencia efectiva en el mercado, así como un daño al consumidor, quien ve reducidas las opciones de mercado. De allí que, para que se configure, debe estar probada la eficiencia de la actuación para producir tal exclusión. (*Vid.* Sentencia Nro. 1363 del 24 de septiembre de 2009, ratificada mediante decisión Nro. 71 de fecha 11 de febrero de 2015).

Aunado a lo anterior, esta Instancia observa que, durante la vigencia de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, tanto la doctrina como la misma Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (PROCOMPETENCIA), han establecido unos requisitos concurrentes, a los efectos de determinar la responsabilidad frente a una presunta actividad de exclusión por parte de empresas incursas en procedimientos administrativos sancionatorios.

Indicado lo precedente, esta Sala Político-Administrativa advierte que los tres (3) requisitos concurrentes para la efectiva aplicación de las sanciones establecidas en la Ley especial en materia de competencia, frente a actividades exclusorias por parte de agentes económicos competidores entre sí dentro de un mercado relevante específico, son las siguientes:

1. Capacidad de las empresas de afectar actual o potencialmente el mercado;
2. La realización de una práctica que dificulte la permanencia y el desarrollo de la actividad económica de un agente económico, o impida la entrada de nuevos competidores, en todo o parte del mercado; y
3. Que la exclusión de empresas del desarrollo de la actividad económica obedezca a la aplicación de políticas comerciales que no sean justificables por razones de eficiencia económica.

Establecidos los particulares anteriores, observa esta Alzada que previamente se estableció que las empresas del sector eléctrico investigadas ostentan una posición de dominio (para el momento de la tramitación del procedimiento) en el mercado de servicios de posteadura para cableado en las diferentes regiones del país, pudiendo afectar así el referido mercado.

Ahora bien, visto que las empresas de televisión por suscripción por cable denunciaron a las empresas del sector eléctrico por supuesta realización de práctica exclusoria al aplicar una tarifa “abusiva” a nivel nacional en nueve mil setecientos ochenta y cinco bolívares con veintitrés céntimos (Bs. 9.785,23) poste/año, hoy nueve bolívares con setenta y nueve céntimos (Bs. 9,79) que tendría por consecuencia, elevar sus costos operativos y, por lo tanto, dificultar la permanencia de aquéllas en el mercado, considera esta Sala oportuno traer a colación lo que al respecto dictaminó la Superintendencia demandada:

*“(…) Ahora bien, es indispensable señalar que la supuesta violación del artículo 6° que aquí se analiza no se refiere al carácter abusivo del canon cobrado por las empresas eléctricas (...). **Aún cuando las tarifas que cobran las ‘Empresas del Sector Eléctrico’ estén acordes a sus costos operativos,** existe la posibilidad de que hayan afectado la posibilidad de sus clientes de permanecer en el mercado. En efecto, la mayoría de los contratos que mantienen las ‘Empresas del Sector Eléctrico’ con las ‘Empresas de Televisión por Suscripción de Distribución por Cable’ contienen una cláusula que establece un límite máximo para el aumento de precios, el cual viene dado por la variación porcentual del (...) (IPC) que publica mensualmente el Banco Central de Venezuela. Veamos en qué sentido el incumplimiento de las cláusulas que regulan las posteriores modificaciones de los cánones de arrendamiento puede dar origen a una situación anticompetitiva. (...)”*

***Efectivamente, el hecho de que las Empresas del Sector Eléctrico hayan podido justificar la tarifa que cobran por el alquiler de sus postes con base a sus costos, no significa que no hayan violado la disposición contenida en el artículo 6°.** Del análisis de la información contenida en el expediente administrativo se puede deducir que las Empresas del Sector Eléctrico no habían realizado antes de 1998 un cálculo preciso de sus costos, y realizaron dicho cálculo en sus procesos de renegociación de la deuda de la C.A.N.T.V. En todo caso, haber cobrado un precio inferior al costo en las anteriores representa una negligencia cuyas consecuencias no deben ser asumidas únicamente por los clientes. Este marco de referencia será el que se utilizará de seguidas para establecer en qué medida las Empresas del Sector Eléctrico han cometido una violación de la disposición contenida en el artículo 6° de la Ley ejusdem. (...)”*

***Como ha quedado determinado en el punto V.2., los cánones fijados por las Empresas del Sector Eléctrico se corresponden a un precio razonable como contraprestación al servicio prestado y con las variables macroeconómicas y los ajustes de los costos variables y fijos que influyen en la estructura de costos de las empresas, y por tanto no puede ser definido como un precio deslealmente alto** (...). Si el aumento excesivo del canon de arrendamiento no hubiese tenido respaldo o justificación económica, sería menester concluir que el mismo tiene por objeto evitar o impedir la permanencia de las Empresas de Televisión por Suscripción de Distribución por Cable a las cuales le son arrendados los postes (...).”*

*Observa esta Superintendencia que los contratos celebrados entre CADELA y TV Cable Orión, por un lado, y ELECENRO y Cable Corp T.V., C.A., por el otro, sobrepasan las variaciones del Índice de Precios al Consumidor del Área Metropolitana de Caracas publicados mensualmente por el Banco Central de Venezuela como mecanismo referencial, en un ciento trece por ciento (113 %) y un veintitrés por ciento (23 %), respectivamente, por tanto esta Superintendencia concluye que las proporciones en que fueron aumentados los cánones de dichos contratos de arrendamiento lesionaron indefectiblemente las expectativas legítimas de las empresas TV Cable Orión y Cable Corp T.V., C.A., (...) por el contrario debe catalogarse como conductas dirigidas a impedir u obstaculizar la permanencia de tales empresas en el mercado, lo cual constituye una práctica subsumible dentro del supuesto de hecho previsto como prohibido en el artículo 6 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de Libre Competencia. **Y ASÍ SE DECIDE.** (...)”.* (Mayúsculas y negrillas del original. Subrayado de esta Sala).

De lo antes transcrito, evidencia esta Sala que la Superintendencia demandada luego de verificar que las tarifas previstas en los nuevos contratos de arrendamiento de postes de ELECENRO y CADELA no eran producto del mutuo acuerdo entre las partes y de constatar que las tarifas sobrepasaban las variaciones del Índice de Precios al Consumidor en el Área Metropolitana de Caracas publicados mensualmente por el Banco Central de Venezuela utilizadas como mecanismo de referencia, concluyó que los aumentos de los cánones de arrendamiento lesionaron las expectativas legítimas de las empresas T.V., Cable Orión C.A. y Cable Corp T.V., C.A., ya que tales ajustes no se correspondieron con las proporciones máximas predecibles por las partes, y por el contrario debían catalogarse como conductas dirigidas a impedir u obstaculizar la permanencia de tales empresas en el mercado, constituyendo -a su decir- el supuesto de hecho previsto en el artículo 6 de la Ley de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

Ahora bien, advierte la Sala que a juicio de la propia Superintendencia las tarifas exigidas a título de contraprestación por el arrendamiento de los postes pertenecientes a las empresas eléctricas, fueron determinadas con base en una fórmula objetiva que atendía a un razonable criterio de ponderación de costos y amortización de inversiones, así como el uso hecho del poste por las diferentes empresas de televisión por cable, es decir, el empleo de fórmulas objetivas demostraba que las aludidas tarifas tenían una motivación económica legítima y, por tanto, mal podían ser consideradas abusivas.

Así pues, la Administración (folios 109 al 113, pieza 1 del expediente judicial) señaló lo siguiente:

“(...) La conducta denunciada en el presente procedimiento consiste en la supuesta aplicación de un canon de arrendamiento abusivo para con las empresas de televisión por cable que asciende a nueve mil setecientos ochenta y cinco bolívares con veintitrés céntimos (Bs. 9.785,23) (...) lo cual representaría, a juicio de las denunciadas, ‘sin lugar a dudas una práctica de efecto equivalente a las establecidas en el artículo 13° (...), en violación del ordinal 6° de este artículo’ (...).

De los datos que reposan en el expediente administrativo, transcritos en el cuadro anterior se observa que únicamente las empresas Elecentro y Cadela aplicaron durante el año 1998 la tarifa de nueve mil setecientos ochenta y cinco bolívares con veintitrés céntimos (Bs. 9.785,23) señalada como abusiva por las denunciadas. Ahora bien, existen otras dos empresas eléctricas, Eleoccidente y Enelven, que han aplicado tarifas superiores a las señaladas por las denunciadas por lo que el supuesto carácter abusivo de sus precios sería igualmente aplicable. Adicionalmente la empresa Eleval ha aplicado una tarifa de nueve mil quinientos bolívares (Bs. 9.500) que aunque inferior es comparable por solo difiere en un tres por ciento (3 %). Las empresas Enelbar y Eleoriente aplican tarifas muy inferiores a las denunciadas, mientras que Enelco no ofreció las tarifas que cobra por los servicios de alquiler de postes, pues no mantiene contrato con ninguna empresa de televisión por cable.

Por lo anterior, esta Superintendencia considera impertinente entrar a realizar consideraciones sobre el supuesto carácter abusivo del canon cobrado por las empresas Enelbar, Eleoriente y Enelco y únicamente se considerarán las tarifas cobradas por concepto de alquiler de postes las empresas ELECENRO, CADELA, ELEOCCIDENTE, ENELVEN y ELEVAL. De seguidas se pasa a realizar el análisis económico para determinar si las tarifas cobradas por estas empresas representan un precio o tarifa abusiva. (...)

Es importante antes que nada definir qué es y cómo puede comprobarse que un precio es abusivo. Un precio abusivo es un precio exagerado que una empresa dominante lo cobra debido a su condición de único oferente, que no guarda relación con el costo de producción y que pone a los usuarios del servicio en una posición de apremio económico.

(...) A juicio de la Superintendencia el cálculo de la tarifa para el arrendamiento de los postes pertenecientes a las empresas eléctricas debe considerar los costos directos, los costos de inversión de los postes, así como la utilización que cada empresa (eléctrica, telefónica o de televisión por cable) haga de ellos. Este es el criterio que se considerará para determinar si el canon cobrado por las eléctricas guarda relación con los costos de los postes.

De las empresas cuyas tarifas han sido consideradas más arriba de ser susceptibles de análisis, cinco de ellas, Enelven y las cuatro filiales de Cadafe, presentan una fórmula objetiva para el cálculo de dichas tarifas. Solo la empresa Elevel no ha presentado el mecanismo de fijación de precios. (...)

La fórmula presentada por Enelven (folio 852 del expediente administrativo) y Cadafe (folio 902 del expediente administrativo) se expresa como sigue:

Fórmula utilizada por Enelven

$$Cc_Vi \times fu \times [1,10 \times frc - 1/Dp]$$

La nomenclatura utilizada en la fórmula en tal que **Vi** representa el valor inicial, que incluye los costos de material, labor de pintura además de un cargo a costos de administración que se calcula como el 25% de la suma de los otros tres rubros. Este rubro mide el costo de instalación de un poste. Por su parte el término **1,10** se utiliza para incluir un cargo por costos de mantenimiento, que se calcula como un 10 % del valor inicial.

El término **fu** significa factor de uso, que es la proporción del total de cable que pertenece a cada cliente y se utiliza para el costo de tal manera que aquellos clientes que instalen un mayor número de cables pagan una mayor proporción del costo.

La expresión **Dp** significa depreciación, que aquí se refiere al número de años de vida útil del poste, y se utiliza para dividir el costo entre la cantidad de años que puede explotarse, para así determinar el costo anual.

Finalmente se utiliza el **frc**, factor de recuperación del capital. Este factor es similar a una tasa de interés y se utiliza para tomar en cuenta el valor del tiempo (por ejemplo, un bolívar el día de hoy vale más que un bolívar dentro de un año). En nuestro caso, debido a que los costos se desembolsan en diferentes momentos de tiempo se hace necesario actualizarlos y llevarlos a todos a un mismo momento.

Fórmula utilizada por las empresas filiales de CADAFE

La fórmula utilizada por Cadafe está expresada en varios pasos. El canon de arrendamiento se calcula como la división que resulta del costo anual entre el factor uso, esto es:

$$\text{Canon} = \text{Costo anual total} / fu$$

Según esto cada cliente asume la proporción del costo que va de acuerdo a la proporción de total de cables que instala en un poste.

Por su parte, para calcular el costo anual total se requiere sumar dos tipos de costos, a saber, el costo de materiales, que se emplean para el mantenimiento y el costo de la inversión anualizado. Adicionalmente, se hace un ajuste por depreciación.

$$\text{Costo anual total} = \text{Costo anual} + \text{costo de material anual} - \text{Costo de Depreciación}$$

El término de costo anual es el costo de inversión anualizado, es decir, repartido entre la vida útil del poste y actualizado por un factor de recuperación del capital, que toma en cuenta el hecho de que el valor de la inversión varía de acuerdo al momento en que se realiza, para lo cual se emplea una fórmula standard de matemáticas financieras.

$$\text{Costo anual} = A \cdot i \cdot (i+1)^n / (i+1)^n - 1$$

En esta fórmula **A** representa el monto necesario para instalar el poste y el factor que lo acompaña en una fórmula de ingeniería financiera que sirve para calcular el pago anual equivalente, es decir, si se pagan el costo anual en 'n' años obtendría un resultado igual a **A**. El término **i** sirve para ajustar el valor del dinero a lo largo del tiempo.

Por otra parte, el costo de material anual se refiere al costo de mantenimiento y se calcula como un prorrateo del diez por ciento (10 %) del costo anual.

Finalmente se considera un costo de depreciación de los materiales utilizados que se calcula como sigue:

Costo de Depreciación=Costo anual/n

Una vez obtenidos estos tres costos, de depreciación, el costo anual y el costo de mantenimiento.

El análisis de las fórmulas que sirvieron de base para el cálculo de las tarifas de Enelven y Cadafe permite concluir que responde al criterio de incluir tanto costos directos como indirectos (...). En efecto, estas fórmulas se componen de los siguientes elementos: costo de materiales de instalación, prorratio de costos administrativos, prorratio de costos de mantenimiento, actualización temporal y factor de uso.

Según esta fórmula, la tarifa a pagar será mayor en la medida que los costos iniciales (materiales, pintura, instalación), los costos de administración, los costos de mantenimiento y la tasa de interés de mercado sean mayores. La razón por la cual la tasa de interés está incluida, es para calcular el costo del dinero invertido en el poste durante el periodo que dura la inversión. El monto de la tarifa decrece cuando la duración (estimada) del poste es mayor.

Adicionalmente, la fórmula incluye un elemento adicional conocido como factor de uso. Este factor trata de repartir los costos de manera tal que la empresa que utilice más el poste pague una mayor proporción del costo anual. Así, la empresa eléctrica instala un cable en el poste y la empresa de teléfonos instala cuatro, la primera pagaría un veinte por ciento (20 %) del costo anual, y la segunda un ochenta por ciento (80 %) donde cada cable representa el veinte por ciento (20 %) (...). Ahora bien, no existen en el expediente de las pruebas presentadas por las empresas denunciadas, ningún elemento que haga presumir que efectivamente las Empresas del Sector Eléctrico no han considerado el factor de uso en el establecimiento de las tarifas con el objeto de incrementar el canon cobrado por éstas.

El análisis realizado por esta Superintendencia sobre las fórmulas que reposan en el expediente administrativo, arroja que la fórmula, como mecanismo para calcular el canon es un procedimiento objetivo que atiende a un criterio de ponderación de costos y amortización de inversiones, así como del uso hecho del poste por las diferentes empresas. En definitiva, atiende a un criterio de eficiencia económica para la fijación de las tarifas en monopolios naturales.

En tal sentido, se observa que las empresas eléctricas realizaron cálculos contables orientados a determinar el costo unitario de cada poste. Dichos costos fueron promediados y finalmente, sirvieron de base para calcular el canon de arrendamiento. (...)

A falta de argumentación en contrario (...), esta Superintendencia observa que las formulas empleadas por las empresas ELECENRO, CADELA, ELEOCCIDENTE y ENELVEN no pueden dar lugar a determinación de una tarifa abusiva violatoria del ordinal 6° del artículo 13 de la Ley (...).

*Asimismo, visto que la tarifa cobrada por la empresa ELEVVAL (que no presentó la fórmula que sirvió de base para sus cálculos) es inferior a las tarifas cobradas de las empresas cuya tarifa se analizó anteriormente, debe concluirse que no se ha podido comprobar que las empresas denunciadas hayan aplicado tarifas abusivas (...). **Y ASÍ SE DECLARA.** (...)" (Destacados del original).*

Lo antes expuesto, no fue un punto controvertido entre las partes en el presente juicio en razón de lo cual ha de establecerse que ciertamente el ajuste en los cánones de arrendamiento tenían justificación económica, tal como lo afirma la parte demandante en su libelo.

Siendo ello así, esta Sala considera insatisfecho el requisito concurrente previsto en el numeral 3 del artículo 6 de la Ley para Promover y Proteger el ejercicio de la Libre Competencia, cual es, que la práctica realizada (ajuste en las tarifas en el servicio de alquiler de postes) no sea justificable por razones de eficiencia económica, en razón de lo cual, mal podía haberse censurado la conducta observada por esta Máxima Instancia.

Por consiguiente, estima este órgano jurisdiccional que el acto administrativo impugnado incurre en el alegado vicio de falso supuesto de derecho por errada aplicación del artículo 6 de la Ley para Promover y Proteger el ejercicio de la Libre Competencia. Así se declara.

Comprobado el vicio de falso supuesto en los términos expuestos, esta Sala considera inoficioso pronunciarse con respecto a las restantes denuncias formuladas por la parte demandante y declara con lugar la demanda de nulidad planteada. En consecuencia, se anula la Resolución Nro. SPPLC/034-99 dictada el día 29 de junio de 1999, la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (PROCOMPETENCIA), hoy Superintendencia Antimonopolio. Así se declara.

VI DECISIÓN

Por las razones anteriormente expuestas, esta Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara:

1. CON LUGAR el recurso de apelación ejercido por la abogada María Andreina Leañez Guzmán, antes identificada, actuando con el carácter de apoderada judicial de la Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico (CADAFE), hoy sociedad mercantil **CORPORACIÓN ELÉCTRICA NACIONAL, S.A. (CORPOELEC)**, contra la decisión Nro. 2007-002556 de fecha 12 de diciembre de 2007, dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, la cual declaró sin lugar la demanda de nulidad interpuesta contra la Resolución Nro. SPPLC/034-99 dictada el 29 de junio de 1999 por la **SUPERINTENDENCIA PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA (PROCOMPETENCIA)**, actualmente denominada **SUPERINTENDENCIA ANTIMONOPOLIO**.

2. ANULA el fallo apelado.

3. CON LUGAR la demanda de nulidad planteada.

4. NULA la Resolución Nro. SPPLC/034-99 dictada el día 29 de junio de 1999, la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (PROCOMPETENCIA), hoy Superintendencia Antimonopolio.

Publíquese, regístrese y comuníquese. Notifíquese a la Procuraduría General de la República. Devuélvase el expediente a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. Cúmplase lo ordenado.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Despacho de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los siete (7) días del mes de febrero del año dos mil dieciocho (2018). Años 207° de la Independencia y 158° de la Federación.

La Presidenta,
**MARÍA CAROLINA
AMELIACH VILLARROEL**

La Magistrada - Ponente

El Vicepresidente,
**MARCO ANTONIO
MEDINA SALAS**

**BÁRBARA GABRIELA
CÉSAR SIERO**

El Magistrado,
**INOCENCIO
FIGUEROA
ARIZALETA**

La Magistrada,
**EULALIA COROMOTO
GUERRERO RIVERO**

La Secretaria,
GLORIA MARÍA BOUQUET FAYAD

**En fecha ocho (8) de febrero del año dos mil
dieciocho, se publicó y registró la anterior
sentencia bajo el N° 00153.**

La Secretaria,
GLORIA MARÍA BOUQUET FAYAD