

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



LA DEFENSA Y PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA EN GUATEMALA

MARÍA XIMENA ORTEGA ALDANA

GUATEMALA, MARZO DE 2021

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

LA DEFENSA Y PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA EN GUATEMALA

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MARÍA XIMENA ORTEGA ALDANA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, marzo de 2021

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL I, en sustitución del Decano

VOCAL II: Lic. Henry Manuel Arriaga Contreras

VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía

VOCAL IV: Br. Denis Ernesto Velásquez González

VOCAL V: Br. Abidán Carías Palencia

SECRETARIA: Licda. Evelyn Johanna Chevez Juárez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Marvin Omar Castillo García

Vocal: Lic. Marvin Alexander Figueroa Ramírez

Secretario: Lic. Ery Fernando Bámaca Pojoy

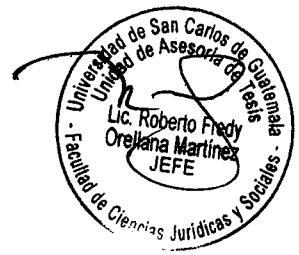
Segunda Fase:

Presidenta: Licda. Dilia Augustina Estrada García

Vocal: Lic. David Ernesto Sánchez Recinos

Secretaria: Licda. Lilian Hernández del Cid

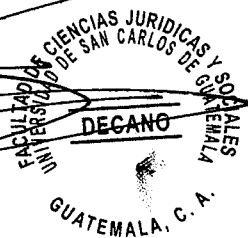
RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

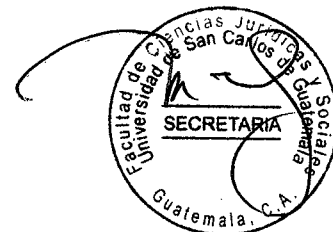


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 30 de enero de 2020.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante MARÍA XIMENA ORTEGA ALDANA, titulado LA DEFENSA Y PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA EN GUATEMALA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

RFOM/JP.





Lic. LUIS PABLO COBAR BENARD

Abogado y Notario

Dirección: 18 calle 24-69 Zona 10 Zona Pradera Torre 3 Nivel 12,

Oficina 1208, Guatemala, Guatemala 01010

Teléfono: 55287572

Correo: lcobar@integrum.gt

Guatemala 7 de Marzo de 2019

Lic. Roberto Fredy Orellana Martínez
Jefe de Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

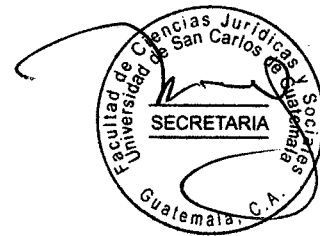


Lic. Orellana:

De acuerdo con el nombramiento de fecha 29 de agosto de 2018 recaído en mi persona, he procedido a asesorar la tesis de la bachiller **MARÍA XIMENA ORTEGA ALDANA**, intitulado inicialmente **LA DEFENSA Y PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA EN GUATEMALA**, en virtud de lo analizado me permito emitir el siguiente:

DICTAMEN:

- I. En cuanto al contenido científico y técnico de la tesis, la estudiante analizó jurídicamente lo fundamental que es la aprobación de una ley de defensa y promoción de la competencia en el país.
- II. En la tesis utilizó suficientes referencias bibliográficas acorde al tema, por lo que considero que la bachiller resguardó en todo momento el derecho de autor, elemento indispensable a tomar en cuenta para el desarrollo de la investigación. De manera personal me encargué de guiar a la estudiante en los lineamientos de todas las etapas correspondientes al proceso de investigación científica.
- III. En la investigación, la bachiller utilizó los siguientes métodos: el analítico- sintético, por el cual se seleccionó información doctrinaria para el estudio individualizado del derecho de competencia, como también aspectos importantes del proyecto de Ley 5074; el método inductivo-deductivo permitió a la estudiante hacer un análisis evolutivo y de los antecedentes del derecho de competencia hasta llegar al proyecto de Ley 5074.



Lic. LUIS PABLO COBAR BENARD

Abogado y Notario

**Dirección: 18 calle 24-69 Zona 10 Zona Pradera Torre 3 Nivel 12,
Oficina 1208, Guatemala, Guatemala 01010**

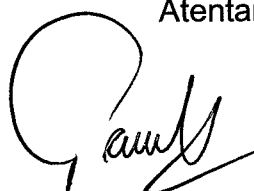
Teléfono: 55287572

Correo: lcobar@integrum.gt.

- IV. En cuanto al desarrollo de los capítulos, la sustentante desarrolló adecuadamente cada uno, en virtud que aportó el contenido necesario acorde a la investigación, pues en los mismos se especifica claramente el problema en cuestión y la solución.
- V. En la conclusión discursiva la sustentante hace alusión al problema y establece que es de suma importancia que entre en vigencia el proyecto de Ley 5074, ya que sería de mucha utilidad y aplicación para la mejora de las relaciones entre los agentes económicos así como también con los consumidores, y la creación de un ambiente sano para la competencia en el mercado y la economía nacional.
- VI. Declaro que no soy pariente dentro de los grados de ley de la estudiante y otras consideraciones que estime pertinentes y que puedan afectar la objetividad del presente dictamen.

Considero que el trabajo de tesis de la estudiante **MARÍA XIMENA ORTEGA ALDANA** efectivamente reúne los requisitos de carácter legal, por tal motivo que me permito emitir **DICTAMEN FAVORABLE** de conformidad con el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales

Atentamente


Luis Pablo Cobar Benard
ABOGADO Y NOTARIO

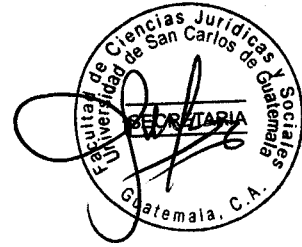
Lic. Luis Pablo Cobar Benard

Abogado y Notario

Colegiado: 14255



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala, 29 de agosto de 2018.

Atentamente pase al (a) Profesional, LUIS PABLO COBAR BENARD
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
MARÍA XIMENA ORTEGA ALDANA, con carné 201402317,
 intitulado LA DEFENSA Y PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA EN GUATEMALA.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.

LIC. ROBERTO EREDY ORELLANA MARTÍNEZ
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis

[Handwritten signature]



Fecha de recepción 2 / 09 / 2018. f)

Asesor(a)
 (Firma y Sello)

Luis Pablo Cobar Benard
ABOGADO Y NOTARIO





DEDICATORIA

A DIOS:

Por ser mi guía y fuerza durante toda mi vida y en todo los aspectos de ella, por acompañarme siempre y no dejarme durante toda esta etapa de estudios.

A MIS PADRES:

Otto Rene Ortega Sarti y Sandra Lorena Aldana, por siempre estar ahí para mí, por su amor, confianza y apoyo, por sus consejos y regaños, porque gracias a ustedes hoy estoy aquí y fueron de gran ayuda para alcanzar este logro. Los amo.

A MI HERMANA:

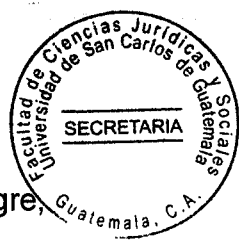
María José Ortega Aldana, por ser la mejor hermana mayor y un gran ejemplo a seguir, por ser mi mejor amiga y mi confidente y por siempre estar para mí en todo momento.

A MI ABUELITA:

María del Carmen Sarti Erales, por siempre estar pendiente de mí en todo momento y preguntarme de cuando tenía exámenes y tareas de la universidad y darme su apoyo.

A MI NOVIO:

Por ser mi novio, mejor amigo, y compañero de estudios, por siempre estar pendiente de mí, apoyándome en todo momento y compartir esta etapa de



estudios conmigo y hacerla más alegre,
gracias por todo. Te amo.

A MIS AMIGAS Y AMIGOS:

Por ser parte de mi vida y compartir
conmigo varios momentos.

A:

La Universidad de San Carlos de
Guatemala por ser mi casa de estudios y
especialmente a la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Sociales, por sus enseñanzas
que me han convertido en una profesional.



PRESENTACIÓN

El derecho de competencia todavía puede ser considerado como un tema nuevo para varias personas en Guatemala, debido a que en el país aún no hay una ley que regule la libre competencia. Lo que se busca es la defensa y promoción de la competencia en Guatemala a fin de regular el comercio, promocionando la competencia entre las empresas y fomentando la calidad de bienes y servicios al menor precio posible, garantizando así una estructura de mercado eficiente. Por supuesto que al regular la libre competencia, se estipularán acciones prohibidas y restrictivas que los agentes económicos no podrán cometer, o se les aplicara una sanción, por medio de una entidad nueva cuya competencia y campo de acción será específico sobre la competencia comercial en el país. Dicha regulación y aplicación sería viable gracias al proyecto de Ley 5074.

No obstante aún no ha sido aprobado dicho proyecto en el país, Ley de Defensa y Promoción de la Competencia, a pesar de la obligación asumida por Guatemala a través de la firma del Acuerdo de Asociación entre países de Centro América y la Unión Europea. Por lo tanto la investigación es de tipo cualitativa y perteneciente a la rama del derecho de la competencia.

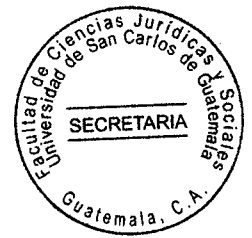
La investigación fue realizada durante el periodo correspondiente del año 2018 a 2019 en el municipio de Guatemala. El sujeto de estudio de la investigación es el derecho de la competencia y el proyecto de Ley 5074 aun no aprobado en el país y el objeto de estudio es el proyecto de defensa y promoción de la competencia y su necesaria aplicación en el territorio guatemalteco con el objeto de la defensa y promoción de la libre competencia, para incrementar la eficiencia económica en los mercados a fin de generar bienestar al consumidor.

El aporte académico es el estudio doctrinario y legal sobre derecho de la competencia para determinar sus alcances y fines, un estudio del mismo en otros países, antecedentes en Guatemala y un análisis sobre el proyecto de ley pendiente de su aprobación.

HIPÓTESIS

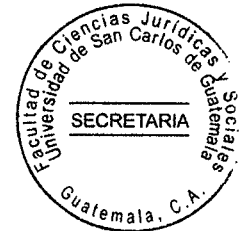


El proyecto de Ley de la Defensa y Promoción de la Competencia en Guatemala es la solución para que el Estado cumpla con sus principios constitucionales de libertad de industria, comercio y trabajo; la prohibición de monopolios y los compromisos adquiridos con el Acuerdo de Asociación de países de Centro América y la Unión Europea.



COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

La hipótesis fue validada al determinar que es de vital importancia que la ley sea aprobada, ya que Guatemala es el único país centroamericano sin dicha regulación y debe de cumplir tanto con los principios establecidos como con los compromisos internacionales. Para validarla se utilizaron los métodos inductivo – deductivo por medio del cual se partió del análisis evolutivo y de los antecedentes del derecho de competencia hasta llegar al proyecto de Ley 5074; y el método analítico – sintético, donde se analizó el proyecto de Ley 5074 sobre cuatro aspectos considerados relevantes los cuales son las acciones anticompetitivas, la institucionalización, el aspecto procesal y las sanciones e infracciones a imponer de la Ley.



ÍNDICE

Pág.

Introducción	i
--------------------	---

CAPÍTULO I

1. Derecho de la competencia.....	1
1.1. Orígenes.....	1
1.2. Concepto.....	6
1.3. Sujetos.....	9
1.4. Intereses protegidos.....	10
1.5. Tipos de prácticas anticompetitivas.....	12
1.6. Monopolio.....	14

CAPÍTULO II

2. Derecho de la competencia en otros países.....	21
2.1. Derecho de la competencia en Estados Unidos.....	21
2.2. Derecho de la competencia en España.....	24
2.3. Derecho de la competencia en México.....	33
2.4. Derecho de la competencia en Colombia.....	39
2.5. Derecho de la competencia en Perú.....	42

CAPÍTULO III

3. Antecedentes del derecho de la competencia en Guatemala.....	47
3.1. Constitución Política de la República de Guatemala.....	47
3.2. Código de Comercio de Guatemala.....	48
3.3. Código Penal.....	50

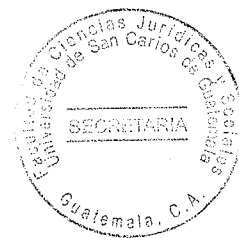


Pág.

3.4. Ley General de Telecomunicaciones.....	52
3.5. Ley de Comercialización de Hidrocarburos.....	55

CAPÍTULO IV

4. Análisis del proyecto de ley para la defensa y promoción de la competencia.....	61
4.1. Consideraciones.....	61
4.2. Aspectos relevantes.....	62
4.2.1. Prácticas anticompetitivas.....	63
4.2.2. Institucionalización.....	65
4.2.3. Aspecto procesal.....	68
4.2.4. Sanciones e infracciones.....	70
4.3. Necesidad de promulgación de la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia.....	72
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	75
BIBLIOGRAFÍA.....	77



INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de la República de Guatemala es la ley fundamental del Estado y en la misma existen principios constitucionales como el del Artículo 43 que establece la libertad de industria, comercio y trabajo. Lo cual lleva también al Artículo 130 que establece la prohibición de monopolios, como también que el Estado protegerá la economía de mercado e impedirá las asociaciones que tiendan a restringir la libertad del mercado o perjudicar a los consumidores. Estos artículos nos llevan al tema de investigación que es la defensa y promoción de la competencia en Guatemala a fin de regular el comercio, restricciones ilegales y la fijación de precios. Con ello se busca promover la competencia entre las empresas existentes en un mercado y el fomento de la calidad de bienes y servicios al menor precio posible, garantizando una estructura de mercado eficiente.

No obstante, a nivel general aún no existe una ley de derecho de competencia en el país. En el año 2016 se discutió en el Congreso de la República la iniciativa de Ley número 5074 que tiene por objeto regular el mismo y con ello dar cumplimiento a la obligación asumida a través de la firma del Acuerdo de Asociación entre países de Centro América y la Unión Europea, en el cual Guatemala se comprometió a oficializar una ley de competencia para ese mismo año, ya que es el único país centroamericano que no cuenta con dicha regulación. Derivado de la necesidad de dicha ley en el país y del contenido que abarca, se considera necesario realizar un análisis jurídico de la iniciativa de ley 5074 y de contenido incluido en dicha propuesta aun no aprobada por el Congreso de la República de Guatemala.

El objetivo general fue establecer la importancia de demostrar que el Estado debe cumplir con los principios constitucionales de libertad de industria, comercio y trabajo; y la prohibición de monopolios así como también con los compromisos adquiridos en los acuerdos internacionales en los que forma parte y por último demostrar que es de urgencia nacional la aprobación de la iniciativa de Ley de la Defensa y Promoción de la Competencia en Guatemala. Dicho objetivo fue alcanzado debido a que se constató en varias lecturas bibliográficas, la aplicabilidad del derecho de competencia en otros países

y como la aplicación de dicha ley sería de mucha importancia para la economía y el mercado nacional.

En la hipótesis se menciona que el proyecto de Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia en Guatemala es la solución para que el Estado cumpla con sus principios constitucionales ya mencionados y con los compromisos adquiridos en el acuerdo internacional. La cual es validada al determinar que es de vital importancia que la ley sea aprobada, ya que Guatemala es el único país centroamericano sin dicha regulación y debe de cumplir tanto con los principios establecidos como con los compromisos internacionales.

El trabajo consta de cuatro capítulos. El primero desarrolla el derecho de la competencia; el segundo el derecho de la competencia en otros países; el tercero los antecedentes existentes en la regulación guatemalteca sobre derecho de la competencia y en el último se desarrolla el análisis del proyecto de Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia.

Los métodos utilizados fueron: método inductivo – deductivo por medio del cual se partió del análisis evolutivo y de los antecedentes del derecho de la competencia hasta llegar al proyecto de Ley 5074; y el método analítico – sintético, donde se analizó el proyecto de Ley 5074 sobre cuatro aspectos considerados relevantes los cuales son las acciones anticompetitivas, la institucionalización, el aspecto procesal y las sanciones e infracciones de la ley

Ante la falta de ley sobre derecho de la competencia, Guatemala debe aprobarla para así cumplir con los principios constitucionales y los acuerdos internacionales, ya que el objeto del proyecto de ley es la defensa y promoción de la libre competencia, para incrementar la eficiencia económica en los mercados de bienes y servicios, a fin de generar bienestar al consumidor.



CAPÍTULO I

1. Derecho de la competencia

En este capítulo se estudia el derecho de la competencia, el origen del mismo, el cual tuvo sus principios en Estados Unidos y más adelante en Europa, su concepto, los sujetos conocidos como agentes económicos a los que va a proteger, sus intereses protegidos y los tipos de prácticas anticompetitivas.

1.1. Orígenes

El derecho de la competencia moderno se originó en Estados Unidos a partir del año mil ochocientos sesenta con las leyes *antitrust* de ciertos estados de la federación. La palabra *Antitrust* hace referencia al derecho de la competencia conocido en Estados Unidos como *Antitrust law*, que se encarga de regular el comercio mediante la prohibición de prácticas anticompetitivas como las restricciones ilegales y la fijación de precios. La cual ayuda a mejorar las relaciones existentes entre los comerciantes y los consumidores y así tener un mejor control en la libertad de competencia.

“En el año mil ochocientos noventa, la primera norma federal que normo este campo fue la *Sherman Act* regulando concretamente las conductas colusorias entre empresas y la monopolización. Fue creada por el senador estadounidense de Ohio, John Sherman, y aprobada por el presidente Benjamin Harrison. Posteriormente en el año mil novecientos quince, se aprobaron la *Clayton Act*, para remediar las deficiencias en la *Sherman Antitrust* de mil ochocientos noventa, y la *Federal Trade Commission Act*, la ley de la Comisión Federal del comercio aprobada por Woodrow Wilson, las cuales introdujeron

disposiciones sobre control de fusiones entre empresas y sobre protección de consumidores frente a conductas de competencia desleal. ”¹

Con la segunda ley mencionada en el párrafo anterior, se creó la *Federal Trade Commission*, que en español es la Comisión Federal de Comercio, un cuerpo de cinco miembros nombrados por el presidente de los Estados Unidos para un período de siete años y la cual estaba establecida para impartir órdenes a grandes corporaciones para detener las prácticas injustas en el comercio.

“Hoy en día la *Sherman Act* sigue siendo el estatuto fundamental de Estados Unidos, que establece en términos generales las siguientes prohibiciones: Prohíbe toda clase de acuerdos que tiendan a restringir la competencia entre los diversos Estados o con naciones extranjeras. Y prohíbe tanto las prácticas de abuso de posición de dominio como el intento de abusar de la misma, en cualquier parte del comercio interestatal o internacional. ”²

“Dicha ley se distinguía de los demás estatutos que regulaba el comercio en EE.UU, por ser demasiado genérica, pues prohibía y castigaba penalmente a todo contrato, combinación o conspiración que restrinja el comercio al igual que la monopolización. Esta prohibición general tuvo efectos ya que dio un gran poder a los jueces federales para que establecieran en cada caso la distinción entre una cooperación comercial legal y aceptable y una conducta colusoria que fuera ilegal o entre una competencia vigorosa y

¹ Mustafa M. Al-Husban. **Desarrollo del derecho de la competencia: Unión Europea, España y Jordania.** Pág. 12.

² **Ibíd.** Pág. 11

una monopolización ilegal. Un segundo efecto fue la concurrencia que hoy en día se mantiene entre la ciencia del Derecho y la ciencia de la Economía.”³

Como ya se había mencionado con anterioridad, en mil novecientos catorce se promulgó la *Clayton Act* y la creación de la *Federal Trade Commission*. Con esta nueva ley se reducía la discreción de los jueces mediante la prohibición específica de ciertas conductas.

“A continuación se mencionan las características principales de algunos preceptos:

- Establece una sección sobre la discriminación de precios
- Prohíbe ofrecer descuentos o tratos preferenciales a los consumidores.
- Prohíbe las concentraciones y las adquisiciones entre empresas competidoras, cuando tales fusiones o adquisiciones tengan el efecto de restringir la competencia o de formar un monopolio.
- Establece un régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los miembros de las juntas directivas de las empresas del sector real de la economía.”⁴

En mil novecientos treinta y seis el Congreso aprueba la Ley Robinson- Patman que deroga la *Clayton Act* y prohíbe la discriminación por medio del precio entre diferentes compradores de bienes similares en grado y calidad, cuando el efecto de dicha discriminación sea el de reducir la competencia. Fue diseñada para proteger a las

³ Gutiérrez Rodríguez, Juan David y coautores. **El derecho de la competencia en América Latina y El Caribe.** Pág. 36.

⁴ Mustafa M. **Op. Cit.** Pág. 13.

pequeñas empresas contra la competencia de las grandes empresas fijando un precio mínimo para los productos minoristas.

“Entre los años 1936-1972, las decisiones políticas nuevamente orientadas por la situación económica del momento causaron un giro importante en la aplicación del Derecho de la Competencia en EE.UU. A mediados de los años treinta los modelos de planeación económica adoptados en la época del *New Deal* perdían apoyo y el Gobierno de Franklin Roosevelt busco la restauración de la economía estadounidense por medio de la competencia económica. Esta sin duda alguna, impulso una aplicación más rigurosa del antitrust. Hubo dos estrategias que fueron claves en este cambio de política, en primer lugar la aplicación de la regla, donde se prohíben determinadas conductas independientemente de sus efectos en el mercado y en segundo lugar, disminuir la carga probatoria que es necesaria para castigar a infractores de la normativa.”⁵

El *New Deal* mencionado en el párrafo anterior hace referencia en español a Nuevo Trato, es el nombre dado por el presidente de los Estados Unidos, Franklin D. Roosevelt, a su política intervencionista puesta en marcha para luchar contra los efectos de la Gran Depresión en Estados Unidos.

“En 1950 fue expedida la Ley Celler- Kefauver por medio de la cual el Congreso pretendió reforzar el control de integraciones. En dicha ley prácticamente se presumía que la integración entre empresas rivales era nociva para la competencia. A partir de 1960 la corte Suprema de EE.UU comenzó a utilizar el análisis estructuralista para la decisión de los casos. De esta forma se analizó la estructura del mercado relevante para determinar

⁵ *Ibíd.* Pág. 14.

cuándo un mercado está concentrado y cuando no lo está. En 1968 el Departamento de justicia emitió un Manual de integraciones *Merger Guideline* que facilitó la comprensión de la aplicación de las normas a las empresas.”⁶

El objetivo principal de las leyes antimonopolio se transformó, ya que buscaría el bienestar del consumidor. La misión de estas leyes es la de controlar, impedir y castigar las prácticas restrictivas de la competencia, para efectos de garantizar la igualdad de oportunidades dentro de los mercados y los monopolios solo serán condenados cuando se demuestre que crean ineficiencias al restringir la producción con el objeto de elevar los precios para daño de los consumidores y de la economía en general.

Con este pequeño resumen histórico del origen del derecho de la competencia, el cual tuvo sus inicios en Estados Unidos y más adelante se fue desarrollando en Europa, con el Tratado de Roma en mil novecientos cincuenta y siete, el cual creó la Comunidad Económica Europea. Tomando eso como un inicio fue cuando se impulsó la integración económica y la creación del Mercado Único y se fue impulsando así las fusiones entre empresas nacionales o europeas, y por tanto el surgimiento de empresas más grandes, y debido a todo eso, se fue acrecentando el interés europeo por el *antitrust*.

En la actualidad, el ejercicio de la política de la competencia en la Unión Europea establece, en primer lugar, en qué casos corresponde actuar a las autoridades europeas o nacionales. En general, son competencia de las autoridades nacionales los casos que afectan al comercio del Estado miembro únicamente y reservándose las autoridades europeas los casos que afectan a más de un Estado miembro. En segundo lugar, permite

⁶ Harris, Marvin, *Cultura contemporánea norteamericana*. Pág. 27.

que cada Estado miembro mantenga sus propias leyes, siempre y cuando éstas no sean contrarias al derecho comunitario europeo.

Se puede comprobar con la historia que el derecho de la competencia y la aplicación del mismo se ha adaptado constantemente desde su inicio debido a la situación económica y política de cada país. En estos últimos años el análisis económico ha cobrado más fuerza, y sin duda alguna, los economistas y las nuevas teorías económicas que surjan en el futuro seguirán impactando en la regulación del derecho de la competencia.

1.2. Concepto

“En un sistema económico de libre mercado, la competencia se traduce en la concurrencia de oferentes y demandantes de bienes o servicios en un mercado delimitado en un sentido geográfico, temporal y productivo, con la finalidad de obtener un bien o servicio, o una ganancia, en las mejores condiciones de utilidad y precio, dado un ambiente de rivalidad entre los competidores.”⁷

Para que dicha competencia pueda darse de forma efectiva es necesario, que en el mercado no existan condiciones que favorezcan la posición de un competidor en relación con los demás, tal hecho funciona si existen en el mercado gran cantidad de oferentes y demandantes. También es conveniente que ninguno de ellos cuente con un mismo poder económico dentro del mercado, para que así no sea capaz de determinar unilateralmente el precio del bien o la cantidad del mismo.

⁷ Witker, Jorge y Varela, Angélica, **Derecho de la competencia económica en México**. Pág. 3.



Jurídicamente conviene distinguir los conceptos de libre competencia y libre competencia. La libre competencia está referida a la existencia de sectores económicos totalmente abiertos a la participación de agentes económicos privados o públicos.

Se trata de un acceso igualitario de todos los agentes interesados en producir bienes o prestar servicios sin limitación o restricción alguna. En cambio la libre competencia supone la participación de distintos agentes económicos en el interior de un mercado específico, los cuales han superado las barreras de entrada o sea la libre competencia que eventualmente pudiera existir.

Desde el punto de vista de la teoría económica, el término competencia es entendido como una situación de mercado que se ubica entre dos extremos: la competencia perfecta y competencia monopólica. La perfecta es un modelo ideal que no se presenta en el mundo real. Dicha competencia perfecta en un mercado significa que ninguno de los agentes puede influir en el precio del bien o servicio, en el cual existen una gran cantidad de productores de un producto o servicio muy homogéneo, en donde la curva de demanda es perfectamente elástica y el precio de mercado surge de la interacción entre oferentes y demandantes. Para que exista, debe haber libre competencia, producto homogéneo e información perfecta.

En el otro extremo, se encuentra el monopolio que supone la existencia de una sola empresa que produce un bien para lo cual no existen sustitutos, por lo que dicha empresa fija los precios y las cantidades producidas de tal modo que así consigue una mayor utilidad.

“La política de competencia se ha convertido en los últimos años en una de las políticas de mayor importancia a nivel mundial, ya que es un sistema compuesto por la legislación y su correspondiente aplicación, que busca proteger el proceso de competencia, al consumidor contra el poder monopólico y oligopólico, o el poder de dominio de mercado; y presupone niveles mínimos de desregulación, privatización y apertura económica.”⁸

Con todo lo ya expuesto, desde el significado de la competencia en un sistema de libre mercado, así como también desde el punto de vista de la teoría económica, la aplicación de política de competencia y la aplicación de los términos jurídicos de libre concurrencia y libre competencia, ya se pueden dar varias definiciones de derecho de la competencia más amplias.

“El derecho de la competencia es una rama del derecho económico que regula y ordena los mercados sancionando las prácticas mercantiles anticompetitivas que atentan a la libre concurrencia y competencia, que incluye al conjunto de normas que regulan las relaciones de mercado que susciten entre agentes económicos, mismas que pueden tener por objeto la promoción y defensa de la competencia, la eficiencia económica, la apertura de mercados y el bienestar de los consumidores.”⁹

“El derecho de la competencia es un sector del ordenamiento jurídico que engloba un conjunto de instituciones de distinta naturaleza que, no obstante, gozan de la nota común de relacionarse con la actividad económica y la regulación de la competencia.”¹⁰

⁸ Castañeda Gallardo, Gabriel, **Objetivos rectores de la política de competencia económica**. Pág. 244.

⁹ Witker y Varela. **Op. Cit.** Pág. 7.

¹⁰ Sánchez Calero, Fernando, **Instituciones de derecho mercantil**. Pág. 116.

Para efectos de este trabajo se considera como derecho de la competencia a la rama del derecho que estudia el conjunto de normas jurídicas nacionales como internacionales, acuerdos internacionales, políticas de competencia y la ciencia de la economía con el objeto de regular el mercado nacional así como las relaciones existentes entre los agentes económicos, ya sean nacionales, extranjeros, privados o públicos, para sancionar las prácticas anticompetitivas realizadas por los mismos y así proteger y defender la competencia y eficiencia económica, el avance de los mercados y el bienestar de los consumidores, por medio de instituciones creadas para tal fin.

1.3. Sujetos

El derecho de la competencia hace de los mercados su centro de regulación, y de los agentes económicos los sujetos a regular, sin discriminación entre sujetos públicos o privados, pudiendo tener cualquier persona individual o jurídica, que dentro del sistema económico realice funciones de producción, distribución, adquisición o asignación o que participe en las actividades relativas de qué, cómo y para quién producir. Por lo tanto es de suma importancia tener claro quiénes son los sujetos a los cuales el derecho de competencia regulará.

El Estado es un agente económico más, que además de intervenir en las relaciones económicas, conserva sus funciones como regulador de las actividades de mercado a través de mecanismos de política económica e instrumentos jurídicos diversos. Por otra parte, en relación con los agentes privados, ellos se mueven fundamentalmente en la lógica del mercado no del Estado, siendo estos los actores principales en el derecho de la competencia.

En conclusión, los sujetos de derecho de la competencia son todos los agentes económicos públicos o privados los cuales en dicho derecho se encuentran a un mismo nivel de actuación competitiva entre los dos.

1.4. Intereses protegidos

El objetivo fundamental del derecho de la competencia es lograr mercados competitivos, por ello la regulación y sanción de toda práctica anticompetitiva va encaminada a dicho objetivo. Pero el fin último de esta regulación no es la competencia en sí misma sino la tutela de diversos derechos e intereses.

El primer interés protegido por el derecho de la competencia es la libre concurrencia y la libre competencia. En efecto al proteger la libre concurrencia se está asegurando la posibilidad de cualquier miembro de la sociedad para acceder a cualquier mercado de bienes o servicios, situación que se complementa con la garantía de libertad de trabajo, oficio o profesión.

“El segundo interés protegido por el derecho de competencia es la eficiencia económica que se divide en:

- Eficiencia de asignación que es una medida teórica del beneficio o utilidad derivada de una decisión propuesta o vigente en la distribución o reparto de recursos económicos. Un punto exacto de equilibrio, lo que se traduce en que no es posible realizar un cambio sin que este afecte al sistema económico. Existen situaciones en las cuales las posibilidades de mejora de utilidad se agotan, llegando a un punto exacto en el que no es posible mejorar sin causar efecto negativo en otros.

- Eficiencia productiva la cual consiste en asegurar que un nivel dado de rendimiento sea logrado al costo más bajo. En mercados competitivos se logra la eficiencia de asignación y la eficiencia productiva al mismo punto.
- Eficiencia dinámica, mientras la eficiencia de asignación y la eficiencia productiva son conceptos estáticos, la eficiencia dinámica está interesada en el proceso de descubrir mejores tecnologías, procesos y productos que agraden al consumidor incorporándolos eficazmente en el sistema económico.”¹¹

Finalmente el último interés protegido por el derecho de la competencia es el derecho de desarrollo. La Declaración sobre el Derecho al Desarrollo del cuatro de diciembre de mil novecientos ochenta y seis, de las Naciones Unidas establece en su Artículo primero que: el derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él.

La asamblea general de las Naciones Unidas reconoce que el desarrollo es un proceso global económico, social, cultural y político, que tiende al mejoramiento constante del bienestar de toda la población y de todos los individuos sobre la base de su participación activa, libre y significativa en el desarrollo y en la distribución justa de los beneficios que de él se derivan.

¹¹ Witker y Varela. *Op. Cit.* Pág. 11.

A efecto de lograr los diversos objetivos que se han mencionado, el derecho de la competencia regula la actuación de los agentes económicos, evitando y sancionando diversos tipos de conductas a las que se denominan prácticas anticompetitivas.

1.5. Tipos de prácticas anticompetitivas

“El criterio para distinguir las normas de competencia tiene como base el concepto de prácticas anticompetitivas. Las cuales se tratan de conductas mercantiles ilícitas que atentan contra la determinación o formación de los precios. Estas acciones u omisiones son realizadas por empresas privadas o públicas con objeto de distorsionar los mercados.”¹²

Las más significativas son las prácticas restrictivas que se dividen en dos: en las prácticas restrictivas absolutas u horizontales y en prácticas restrictivas relativas o verticales.

“Las prácticas anticompetitivas se definen como aquellas conductas mercantiles ilícitas realizadas por empresas públicas, locales o globales, que distorsionan los mercados nacionales o externos a través de precios depredatorios, discriminados o subsidiados, dañando a competidores, consumidores y al interés general.”¹³

En conclusión, las prácticas anticompetitivas son conductas mercantiles ilícitas realizadas por los agentes económicos, las cuales distorsionan el mercado dañando a los competidores y a los consumidores. A continuación se desarrollara los conceptos de prácticas restrictivas absolutas y relativas.

¹² **Ibíd.** Pág. 13.

¹³ González Amuchástegui, Jesús, **El análisis económico del derecho: algunas cuestiones sobre su justificación.** Pág. 55.

I. Prácticas restrictivas o monopólicas

Las prácticas restrictivas son aquellas prácticas comerciales cuya finalidad directa es restringir o eliminar la competencia, manipulando el mercado de un producto o servicio, línea de productos o servicios, o bien una cadena productiva o incluso una rama industrial.

II. Prácticas restrictivas absolutas u horizontales

Restricciones horizontales: son acuerdos que existen entre las empresas (suplidores o consumidores) al mismo nivel de la cadena de producción, esto es, que se dedican en general a las mismas actividades. Generalmente son conocidos como colusión. La colusión usualmente adopta la forma de un acuerdo de precios. Tales combinaciones proporcionan a las empresas que participan de ellos de un cierto grado de poder sobre la determinación de los precios, o en otras palabras, de establecer o cuando menos influenciar el precio de un producto. La colusión también puede darse respecto de cuotas de mercado o de producción, que es una forma indirecta de influenciar los precios. La colusión también involucra acuerdos no relacionados con los precios, por ejemplo, los acuerdos para suministrarse recíprocamente el mercado o información técnica

III. Prácticas restrictivas relativas o verticales

Restricciones verticales: son los acuerdos que pueden realizarse entre organizaciones situadas a distintos niveles de los estadios de producción y distribución, tal como suplidor y detallista. Cuando se trate de una sola empresa (monopolista o dominante), estará en condiciones de utilizar su poder en el mercado para imponer una serie de limitaciones a

sus distribuidores (fases finales de la cadena) o sus proveedores (fases iniciales de la cadena). Esta es la razón por la que las prácticas comerciales restrictivas que sigue la empresa respecto de sus proveedores o distribuidores se denominan verticales. Los acuerdos verticales existen donde diferentes empresas en diferentes puntos de la cadena de producción coluden entre sí, restringiendo la competencia.

1.6. Monopolio

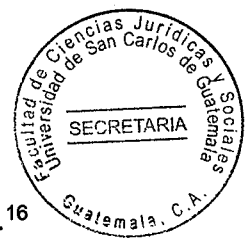
“Se entiende por monopolio al régimen económico derivado de preceptos legales o de circunstancias de hecho, mediante el cual una o varias ramas de la producción se sustraen de la libre competencia, para quedar en manos de una empresa o de un grupo de empresas que se hacen dueñas del mercado.”¹⁴

En materia de derecho, una definición de monopolio es: “Venta que hace uno solo, con exclusión de los demás. Constituye, pues, el tráfico abusivo y odioso por el cual un particular o una compañía vende con carácter exclusivo mercaderías que, entregadas al libre comercio, reducirían su precio, aumentarían su calidad por efecto de una sana competencia y beneficiarían a mayor número de personas.”¹⁵

Una definición más acertada o con contenido más amplio y que abarca varios aspectos sería la de la Constitución Económica de la Libre Competencia en Europa, que estableció en mil novecientos noventa y ocho lo siguiente: “El monopolio se describe como el vicio económico por el cual una empresa se constituye en el único ofertante de un bien o

¹⁴ http://www.mineco.gob.gt/sites/default/files/tipos_de_monopolio_ricardo_obando.pdf (Consultado: 15 de diciembre de 2018).

¹⁵ *Ibíd.* (Consultado: 15 de diciembre de 2018).



servicio; es el que fija el precio de los mismos y la cantidad que se desea vender”.¹⁶

Se considera entonces como monopolio a una circunstancia económica que surge o se desarrolló en el mercado cuando solo una empresa o comerciante individual es el único ofertante de un producto o servicio, pudiendo él fijar el precio perjudicando así la calidad, alcance y competencia que podría existir de tal producto o servicio en la libre competencia.

Es muy importante resaltar que en los últimos años se ha planteado y analizado que el monopolio no es una práctica restrictiva en el derecho de la competencia. Dicha prohibición en numeradas legislaciones ha sido poco específica y mal redactada, al no resaltar y establecer, que no es el monopolio lo que afecta la competencia sino el abuso de su posición dominante que lo puede llevar a realizar acciones que si son ilegales y si afectan la competencia en el mercado.

“Desde sus orígenes la legislación de libre competencia fue denominada y aún sigue conservando tal denominación de legislación antimonopolios. Es importante notar dos elementos de esta terminología. La primera es que denota una posición antagónica contra la existencia de los monopolios en sí mismos. Así, según esa terminología la legislación combate el monopolio. El segundo aspecto relevante es que el término antimonopolio es una mala traducción del inglés. Como sabrá el lector, a esta legislación se le conoce en el sistema anglosajón como el Derecho Antitrust. Pero antitrust no quiere decir antimonopolios. La palabra *trust* alude acuerdos entre empresas y denota que con la promulgación de la Sherman Act en los Estados Unidos, a finales del siglo XIX lo que

¹⁶ **Ibid.** (Consultado: 15 de diciembre de 2018)

estaba en la mente de quienes bautizaron esta rama del Derecho eran principalmente los carteles de precios. Si bien la norma también hacía referencia a prácticas de monopolización y abuso de poder de mercado, quienes bautizaron a la nueva rama pensaron antes en los acuerdos anticompetitivos, principalmente aquellos en los que un grupo de competidores se ponen de acuerdo para fijar precios o distribuirse mercados y así restringir la competencia entre ellos. La palabra antimonopolios con la cual llega a nuestra legislación, además de una mala traducción, denota que el problema es combatir el monopolio en sí mismo, y no la práctica que restringe o afecta la competencia. Esto contribuyó por años a pensar que el problema era el monopolio en sí mismo y no las prácticas que distorsionan la competencia.”¹⁷

La evolución del derecho de la competencia ha ido mostrando que no hay que considerar al monopolio como el enemigo, ya que el objetivo no es destruir los monopolios sino promover la competencia. Lo que se busca es que se den las condiciones para que la competencia funcione.

Por lo tanto, se busca que no exista la prohibición del monopolio, sino la obligación del Estado de facilitar y vigilar la libre competencia. Así, su labor principal sería promover la competencia antes que perseguir monopolios. En segundo lugar, es que el derecho de la competencia busca combatir la práctica que limita la competencia o el abuso de posiciones monopólicas o dominantes en el mercado. Se centra el tema en las conductas que fomentan la concentración de mercado por medios ilegítimos o el abuso del poder

¹⁷ Bullard, Alfredo. **La prohibición imposible ¿Cómo tratar a los monopolios en la Constitución?** Pág. 773.

que confiere un monopolio. En tercer lugar prohibir el monopolio legal como única forma de monopolio.

El monopolio legal es la situación de monopolio que se produce cuando una empresa es la propietaria de, o controla legalmente, toda la producción de un recurso natural o materia prima esencial para el proceso productivo. Frecuentemente es el poder coactivo del Estado el que por razones estratégicas de cualquier tipo, impide la competencia de otras empresas. También el caso de la adquisición y explotación por la empresa de una patente o de una franquicia.

Con todo lo antes expuesto, se llega a la conclusión que el único monopolio que se debería prohibir es el legal, ya que si mencionamos el monopolio natural, en el cual una entidad pública o una empresa privada puede generar toda la producción del mercado con un coste menor que si fuera ofrecido por varias entidades pública y/o empresas privadas compitiendo.

Con el cual se demuestra que un monopolio puede ser positivo desde un punto de vista estático, en determinadas industrias, dada la demanda existente y los costos en que debe incurrir una empresa para producir, tener más de una empresa es malo. Ello porque la inversión necesaria para tener varias empresas compitiendo es demasiado alta para poder sustentarse en la demanda existente.

Crear más empresas en el mercado es empujar la elevación de costos de producción en su conjunto, lo que a su vez conduce, a precios más altos y/o al desperdicio de recursos escasos. En tales circunstancias, el monopolio es bueno. En muchas ocasiones es la mejor manera de producir. Así, prohibir el monopolio muchas veces es perjudicar a los

consumidores a quienes precisamente las normas que promueven la competencia deben buscar favorecer.

Conviene hacer una breve referencia a los dos modelos de legislación de competencia más importantes del mundo: el sistema norteamericano, que regula estos temas en la *Sherman Act*, y el sistema europeo que regula este tema en los Artículos 85 y 86 del Tratado de Roma. Ninguno de estos sistemas ha prohibido el monopolio, sino las prácticas abusivas. En el caso de la *Sherman Act*, la Sección 1 se refiere a los acuerdos de precios o restrictivos de la competencia. La Sección 2 se refiere a los casos de monopolización. Dicha norma no cuestiona la existencia del monopolio, sino solo las prácticas indebidas que tienen por objeto monopolizar un mercado. Por su parte, el Tratado de Roma tampoco prohíbe el monopolio, sino la práctica monopólica. Regula en su Artículo 85 los acuerdos entre competidores, y en el 86 el tema del abuso de posición de dominio en el mercado. Este último Artículo, más pertinente al tema del monopolio, tampoco lo prohíbe, y solo sanciona el aprovechamiento indebido de una posición de dominio.

Por lo tanto es conveniente resaltar que se considera erróneo prohibir el monopolio como una práctica que afecta la competencia, ya que no es el monopolio en si lo que afecta la competencia, sino las prácticas y acciones indebidas.

“Alfredo Bullard considera que al tratar el tema de la libre competencia el texto constitucional debe ajustarse a las siguientes líneas matrices:

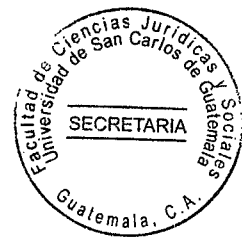
- Reafirmar el rol de Estado como ente encargado de promover la libre competencia.

- Mantener la línea de no prohibir el monopolio, sino la práctica que atente contra la libre competencia.
- Hacer precisiones técnicas al lenguaje de la Constitución orientadas a una mejor identificación de las prácticas consideradas ilegales, de acuerdo a la legislación y doctrina comparadas.
- Reforzar y precisar su redacción a fin de evitar que se creen monopolios legales por la vía de la acción del Estado.
- Reconocer jerarquía constitucional a la agencia o autoridad encargada de velar por la libre competencia. ¹⁸

En conclusión es necesario dejar en claro la importancia que tiene establecer que el monopolio no es una práctica restrictiva en relación al derecho de la competencia, y que tal afirmación y regulación en la legislación de varios países, incluyendo Guatemala, debe ser reformada y actualizada, estableciendo e identificando las prácticas que si afectan la libre competencia.

¹⁸ **Ibíd.** Pág. 774.





CAPÍTULO II

2. Derecho de la competencia en otros países

En este capítulo se estudia el derecho de la competencia en otros países, para el conocimiento de su desarrollo, leyes aplicables, autoridades, prácticas anticompetitivas, conductas prohibitivas y conceptos generales aplicables en la mayoría de países con relación al derecho de la competencia, ya que en el campo del comercio no solo se puede limitar a lo nacional sino también a las relaciones existentes con otros países.

2.1. Derecho de la competencia en Estados Unidos

En el sector de derecho de la competencia casi todos los casos trascienden de los límites y fronteras de un país, ya que la mayoría de sujetos que se mueven en este mundo legal son empresas multinacionales. Debido a esto varios países se han visto obligados a establecer acuerdos entre sí. Dado que Estados Unidos es uno de los países de mayor mercado mundial, la cooperación con otros países es altamente necesaria. Con esto mencionado se hará un breve análisis del derecho de la competencia estadounidense, de su sistema y leyes aplicables, la autoridad y demás conceptos generales.

I. Del sistema y leyes aplicables

Como bien se mencionó en el capítulo primero en el punto 1.1. de esta investigación, el derecho de la competencia moderno se originó en Estados Unidos con las leyes *Antitrust*, como la *Sherman Act*, *Clayton Act* y la *Federal Trade Commission Act*. Las mencionadas normas federales solo se aplicaran cuando se restrinja el comercio entre estados dentro



de Estados Unidos o con países extranjeros, con el fin de respetar el reparto de competencias legislativas recogido en la Constitución de Estados Unidos.

“La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido que las anteriores normas se aplican cuando la conducta estudiada pueda afectar al comercio interestatal, incluso en los casos en los que el sujeto investigado actúa dentro de un sólo Estado. Esta interpretación da una competencia cuasi universal al gobierno federal dentro del derecho de la competencia en EEUU. Sin embargo, todos los Estados, salvo Georgia y Pennsylvania, tienen normas de competencia, y en teoría en muchos casos su aplicación e interpretación no es dependiente ni está supeditada a la normativa y la práctica federal. Pero por regla general las autoridades estatales prefieren utilizar las leyes federales en los casos de derecho de la competencia, dada la falta de experiencia y conocimiento de los jueces estatales. Las empresas extranjeras que hacen negocios en Estados Unidos deberán cumplir con las normas de derecho de la competencia de este país.”

Las leyes federales son las que son aplicables a todas las personas de Estados Unidos y las leyes estatales y locales son las aplicables a las personas que viven o trabajan en un determinado estado, territorio, condado, ciudad, municipio, pueblo o aldea. En general se entiende que cada estado va a utilizar sus normas propias de competencia pero la mayoría de autoridades estatales prefieren utilizar las federales que son las que ya hemos mencionado y que son conocidos por la mayoría de la población.

II. De las autoridades

Con el *Sherman Act* se estableció al Ministerio de Justicia con su división antitrust, el cual tiene la labor de investigar y combatir las violaciones del derecho de la competencia. Pero

en mil novecientos quince se creó la *Federal Trade Commission* con la finalidad que complemente la labor del Ministerio de Justicia frente a conductas anticompetitivas. La *Federal Trade Commission* es una agencia pública independiente, que es dirigida por cinco comisarios nominados por el presidente y confirmados por el senado por mandatos de siete años. Entre ambas autoridades administrativas no existe una relación de jerarquía y en muchos campos tienen competencias concurrentes y dado que la división de tareas no es clara, en muchos casos se produce la duplicación de esfuerzos. Para minimizar esta posibilidad, el Ministerio de Justicia y la FTC han firmado un acuerdo de relaciones por medio del cual la FTC se ocupa en exclusiva de la persecución civil de la discriminación de precios, mientras que el Ministerio de Justicia se encarga de las posibles violaciones criminales del derecho de la competencia, castigadas penalmente.

III. De la monopolización

La figura de la monopolización se regula primordialmente en la *Sherman Act*, el cual es bastante estricto por lo que la jurisprudencia juega un papel importante para analizarla. En el mismo se menciona que se castiga a cualquier persona que monopolice, intente monopolizar u conspire para hacerlo. Un elemento esencial para que exista monopolización es que la empresa tenga un poder de mercado, es decir, se encuentre o tenga posibilidades de adquirir una posición dominante o de monopolio. En Estados Unidos se considera que existe cuando la empresa tiene una alta cuota de mercado y existen fuertes barreras de entrada al mercado. Pero no basta con que haya posición dominante, sino también es necesario que la empresa abuse de ella. Ese abuso debe estar dirigido a consolidar o aumentar la posición dominante en el mercado haciendo más difícil el desarrollo de la competencia.

2.2. Derecho de la competencia en España

El derecho de la competencia tuvo su origen en España a principios de la década de los sesenta con la Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia. No obstante, la incorporación de España al grupo de países dotados de una legislación especial sancionadora de las prácticas restrictivas de la competencia fue meramente formal ante la falta de aplicación práctica de las disposiciones previstas en ella. En efecto, pese que la ley de 1963 instauró un sistema de tutela de la libre competencia que se asentaba en dos órganos especiales: el Servicio de Defensa de la Competencia (DCT) y el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC).

Más adelante, debido al nuevo orden público económico de la constitución española de 1978, se exigía la reactivación del derecho de la competencia, así como también la adhesión de España a la Unión Europea en 1986 reforzó la necesidad de disponer de un sistema efectivo de protección de la competencia en distintos mercados españoles. Esto era así porque la integración en la UE suponía la apertura del mercado español a la competencia de los empresarios comunitarios, enfrentando a las empresas españolas a la realidad de competir en igualdad dentro del mercado común.

Como consecuencia de lo anterior se publicó en julio la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia que vino a establecer un sistema efectivo de protección de la libre competencia. La ley adoptó el esquema institucional de la legislación anterior, por lo que atribuía la competencia para su aplicación a dos órganos, el servicio de defensa de la competencia como órgano fundamentalmente instructor dependiente del Ministerio de Economía y el Tribunal de Defensa de la Competencia.

En el año 2002, se publicó el 21 de febrero la Ley 1/2002, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de competencia que configura un nuevo régimen *antitrust* basado en el reparto de competencias de ejecución entre el Estado y las Comunidades Autónomas, permitiendo a estas últimas la creación y sostenimiento de sus propios órganos de defensa de la competencia a los que se encomienda la tarea de impedir las conductas empresariales susceptibles de restringir en su respectivo territorio.

En julio de 2007, se publicó la ley española vigente 15/2007 de Defensa de la Competencia que vino a reforzar los mecanismos ya existentes para proteger el libre mercado, mediante la creación de la Comisión Nacional de la Competencia y el pleno reconocimiento de las respectivas autoridades autónomas. La ley garantiza en mayor medida la independencia de las autoridades *antitrust*, a las que se dota además de más amplios poderes de investigación y sanciones de las conductas restrictivas de la competencia. Junto con eso, la Ley amplió el elenco de órganos susceptibles de aplicar la legislación de competencia, al reconocer a los Juzgados de lo Mercantil competencias para sancionar las prácticas colusorias y los abusos de posición dominante en el mercado, poniendo fin al monopolio que tenía la administración estatal y autónoma en la aplicación de la legislación española.

Uno de los cambios principales que introdujo la ley 15/2007, fue sustituir y agrupar los organismos de Servicio de Defensa de la Competencia y Tribunal de Defensa de la Competencia por un solo organismo, la Comisión Nacional de Competencia.

La autoridad que controla el derecho de competencia en España se puede dividir históricamente entre las autoridades anteriores y la unión de dichas entidades en una sola actualmente. Las autoridades anteriores eran:

a) El servicio de defensa de la competencia (SDC)

En la Ley 16/1989 el SDC es el órgano de administración general del Estado integrado en el Ministerio de Economía y Hacienda encargado de la instrucción e investigación de las conductas contrarias a la competencia y la instrucción de los procedimientos de aplicación de los del TDC y derecho derivado. Además se ocupa también de la ejecución del control de las concentraciones económicas, así como de la cooperación, en materia de competencia, con organismos extranjeros e instituciones internacionales.

También realiza funciones de estudio, investigación e informe de iniciativas legislativas en materia de defensa de la competencia. Para realizar todas sus funciones se divide en tres subdirecciones generales dependientes de la Dirección General de Defensa de la Competencia:

- SG de Concentraciones
- SG de Conductas Restrictivas de la Competencia
- SG de asuntos jurídicos y Relaciones institucionales.

b) El Tribunal de defensa de la competencia (TDC)

En el régimen de defensa de la competencia derogado, el TDC, creado en 1964, es un órgano público independiente encargado de promover y proteger la existencia de una

competencia efectiva en el territorio español. Se trata de un organismo autónomo y por tanto sujeto al derecho administrativo, con personalidad jurídica pública diferenciada y autonomía de gestión en los términos establecidos, ejerce sus funciones con plena independencia y sometimiento al ordenamiento jurídico.

Entre dichas funciones se encuentra la de sancionar a las empresas que llevan a cabo comportamientos anticompetitivos y la de informar al Gobierno sobre los proyectos de concentraciones entre empresas. El tribunal toma sus decisiones mediante un real decreto a propuesta del Ministerio de Economía, entre juristas, economistas y otros profesionales de reconocido prestigio.

Con una breve descripción de las autoridades anteriores existentes en España, ya se puede hablar de la creación de una única autoridad que controle y dirija el derecho de competencia en dicho país. La necesidad de una mayor eficiencia e independencia del sistema de defensa de la competencia ha provocado la unión de las dos instituciones competentes en la materia el SDC y el TDC, en una autoridad única: La Comisión Nacional de la Competencia (CNC), sin perder la necesaria diferenciación o separación entre las fases de instrucción y resolución del procedimiento sancionador, que aquellas instituciones representan respectivamente.

La Comisión Nacional de la Competencia (CNC) es un organismo independiente del Gobierno que se encarga de vigilar el cumplimiento de la ley tanto por parte de las entidades públicas como de las privadas, entre sus funciones destacan las siguientes: realizar estudios sobre la situación de competencia entre las empresas, controlar la intervención de las administraciones públicas en la situación del mercado, informar sobre

los planes, leyes, infracciones cometidas por las empresas, apertura de expedientes y todo lo que pueda resultar de interés para los ciudadanos y vigilar las posibles concentraciones de empresas que puedan alterar el funcionamiento del mercado y perjudicar al consumidor.

Encargada de preservar, garantizar y promover la existencia de una competencia efectiva en los mercados en el ámbito nacional, así como también vela por la aplicación coherente de la Ley de Defensa de la Competencia mediante el ejercicio de las funciones que se le atribuyen a la misma, como lo son las instructoras como resolutorias en todos los procedimientos en materia de defensa de la competencia, así como también funciones de arbitraje, competencias consultivas y labores de promoción de la competencia de mercados. Integra a los antiguos Servicio y Tribunal de Defensa de la Competencia y presenta una estructura piramidal centrada en la existencia de dos órganos separados, La Dirección de Investigación y el Consejo estando los dos bajo la supervisión del Presidente de la institución.

I. Dentro las conductas prohibidas reguladas en España se encuentran:

a) Practicas colusorias

“El derecho de la competencia prohíbe a las empresas que se pongan de acuerdo sobre las condiciones de la oferta que dirigen a sus clientes. Con esto se quiere evitar que las empresas rivales no pacten cuestiones tales como el precio de los bienes, la cuantía de la producción, el grado de innovación, el número de competidores o las zonas en las que estos están presentes en un mercado. Estos indicadores deben ser resultado de lo que

dicte la ley de la oferta y la demanda (el mercado) y no pueden ser decididos por las empresas.”¹⁹

“La prohibición se extiende a los acuerdos, a las decisiones de asociaciones de empresas y a las prácticas concertadas. Existe un acuerdo cuando los participantes manifiestan su voluntad de adoptar un comportamiento en el mercado, con independencia del modo en que se manifieste (oral o escrito) o de los efectos sobre las partes (vinculantes o no). Las decisiones de las asociaciones de empresas tienen carácter unilateral, pues emanan de sus órganos directivos, pero producen la misma consecuencia al alinear las políticas comerciales de los miembros de la asociación, por lo que también se incluyen en la prohibición. Finalmente, se prohíben las prácticas concertadas en las que, sin llegar a concluir propiamente un acuerdo, las empresas sustituyen voluntariamente los riesgos de la competencia por la cooperación práctica entre ellas.”²⁰

El derecho de la competencia reconoce entonces que las virtudes de la colaboración empresarial pueden dejar sin efecto la prohibición de pactos entre competidores. Así, tras afirmar que están prohibidos los acuerdos entre competidores.

A continuación se señala que dicha prohibición no se aplica en los acuerdos que cumplan las siguientes condiciones: a) mejora la producción o comercialización, b) participación de los consumidores en los efectos del acuerdo, c) introducción de las restricciones indispensables para lograr sus objetivos, y d) no eliminación de la competencia.

¹⁹ García Cachafeiro, F. **Fundamentos del derecho de la libre competencia**. Pág. 39.

²⁰ Mustafa M. **Op. Cit.** Pág. 120.

Las prácticas colusorias horizontales son los acuerdos realizados por empresas competidoras que eliminan o restringen la competencia que debería existir entre ellas, con la finalidad de obtener ganancias como si todas ellas en conjunto fueran una sola empresa monopólica en el mercado relevante correspondiente.

Las prácticas colusorias verticales son acuerdos colusorios contrarios a la competencia que se concluyen entre empresas o agentes económicos que no se encuentran en el mismo nivel de una actividad económica determinada. Son ejemplos de prácticas colusorias verticales las derivadas de acuerdos concertados entre fabricantes y mayoristas, entre mayoristas y minoristas, etc.

b) El abuso de posición dominante

Se entiende que una empresa se encuentra en posición dominante cuando dentro de su sector o rama de la actividad económica a la que pertenece ejerce un poder de monopolio o está en condiciones de hacerlo. El concepto se relaciona con el poder económico del que goza una empresa, que le permite impedir el efectivo desenvolvimiento de competencia en un mercado, confiriéndole la posibilidad de actuar independientemente de sus competidores, clientes y consumidores.

“La ley española define la posición dominante de la siguiente manera: una o más personas gozan de posición dominante cuando para un determinado tipo de producto o servicios la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o en una o varias partes del mundo o, cuando sin ser única, no está expuesta a una competencia sustancial o, cuando por el grado de integración vertical u horizontal está en condiciones de

determinar la viabilidad económica de un competidor participante en el mercado, en perjuicio de estos.”²¹

El Artículo 2 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia prohíbe la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición dominante. Algunos ejemplos de explotación abusiva de una posición dominante son la imposición de precios u otras condiciones comerciales no equitativas, la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios o la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guarden relación con el objeto de los mismos.

La legislación española no sanciona la mera posición dominante, puesto que ésta puede ser resultado de un buen desempeño empresarial, sino un abuso de la misma que pretenda restringir la libre competencia debilitando a los competidores, obstaculizando la entrada a otras empresas o aplicando condiciones injustas a clientes o proveedores.

c) Actos de competencia desleal

Entre las conductas prohibidas se incluyen también los actos de competencia desleal que, por engañar la libre competencia afectan al interés público. El interés público consiste, en este caso, en la preservación del funcionamiento del mercado.

“Esta norma no trata de regular, con carácter general, la competencia desleal, sino que pretende; por una parte, coordinar la aplicación de todas aquellas leyes que tienen por

²¹ *Ibíd.* Pág. 123.

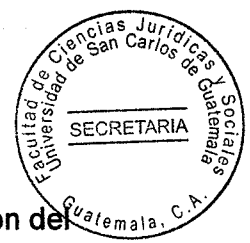
objeto la regulación de la competencia y por otra solucionar el problema técnico de la aplicación de la legislación de defensa de la competencia a aquellas conductas, de carácter unilateral, realizadas por empresas, que no se encuentran en posición dominante, pero que, teniendo un cierto poder de mercado, buscan a través de determinadas prácticas desleales el falseamiento de los mecanismos de competencia.”²²

Los requisitos para que proceda de esta norma serán los siguientes: que exista un acto de competencia desleal en los términos establecidos en la Ley de Competencia Desleal, que dicho acto afecte a la libertad de competencia en el mercado y que la afectación sea significativa, o lo que es lo mismo, que el acto desleal tenga entidad suficiente como para causar una grave perturbación en los mecanismos que regulan el funcionamiento de competencia del mercado. En otro caso, los interesados deberían acudir a la jurisdicción civil en los términos que se establecen en la Ley de Competencia Desleal.

Desde la perspectiva del derecho de defensa de la competencia; una concentración de empresas es una operación mediante la cual empresas anteriormente independientes pasan a perder de forma duradera su independencia. Se trata por lo tanto de una modificación consistente en la reducción del número de operadores presentes en él.

Según la redacción del Artículo 7 de la ley 15/2007, se entenderá que se produce una concentración económica cuando tenga lugar un cambio estable del control de la totalidad o parte de varias empresas. Concretamente que se produce este cambio de control como consecuencia de la fusión de dos o más empresas anteriormente independientes, la adquisición por una empresa del control sobre la totalidad o parte de una o varias

²² *Ibíd.* Pág. 132.



empresas, o la creación de una empresa en participación y en general, la adquisición del control conjunto sobre una o varias empresas, cuando estas desempeñan de forma permanente las funciones de una entidad económica autónoma.

La determinación del control que ostenta una empresa sobre otra se realiza atendiendo a los contratos, derechos o cualquier otro medio que teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho concurrentes en cada caso, confiera la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre la empresa controlada.

2.3. Derecho de la competencia en México

En los Estados Mexicanos la implementación de políticas de competencia es relativamente nueva. El concepto de políticas de competencia abarca no solo a la ley que regula, prohíbe y castiga conductas catalogadas de anticompetitivas, sino también la actualización y mejora de las normas, la promoción al ingreso de nuevos participantes en los mercados y la correcta privatización de empresas estatales. La fuente legal del derecho de la competencia en México es el Artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que permite la libre competencia y prohíbe los monopolios.

La actual ley vigente en México que regula todo lo relativo a cuestiones de competencia es la Ley Federal de Competencia Económica de fecha 23 de mayo de 2014. La cual en su Artículo primero establece: La presente Ley es reglamentaria del Artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de libre competencia, competencia económica, monopolios, prácticas monopólicas y concentraciones, es de orden público e interés social, aplicable a todas las áreas de la actividad económica y de observancia general en toda la República.

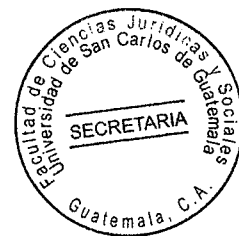
Esta Ley tiene por objeto promover, proteger y garantizar la libre competencia y la competencia económica, así como prevenir, investigar, combatir, perseguir con eficacia, castigar severamente y eliminar los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones ilícitas, las barreras a la libre competencia y la competencia económica, y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados.

La autoridad competente en México es la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE o Comisión) que es un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propios, que se encarga de promover, proteger y garantizar la competencia y libre competencia; así como prevenir, investigar y combatir las prácticas monopólicas, las concentraciones ilícitas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados. Además, puede ordenar medidas para eliminar barreras a la competencia y libre competencia, regular el acceso a insumos esenciales y ordenar la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones de los agentes económicos.

Dicha Comisión Federal de Competencia Económica cuenta con una autoridad investigadora que es el órgano de la Comisión encargado de desahogar la etapa de investigación y es parte en el procedimiento seguido en forma de juicio. En el ejercicio de sus atribuciones, la autoridad investigadora estará dotada de autonomía técnica y de gestión para decidir sobre su funcionamiento y resoluciones.

La autoridad investigadora es la responsable de investigar:

- prácticas monopólicas, absolutas o relativas, y concentraciones ilícitas,
- barreras a la competencia e insumos esenciales que puedan generar efectos anticompetitivos, y



- la existencia de condiciones de competencia efectiva.

Al concluir sus investigaciones establece si en un mercado hay elementos para determinar que existen conductas o condiciones contrarias a la competencia, si es el caso emite un dictamen de probable responsabilidad o preliminar que turna a la Secretaría Técnica para que inicie un procedimiento seguido en forma de juicio. De no ser así, propone el cierre del expediente.

I. Conductas anticompetitivas reguladas en México

Están prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones ilícitas y las barreras que disminuyan, dañen, impidan o condicionen de cualquier forma la libre concurrencia o la competencia económica en la producción, procesamiento, distribución o comercialización de bienes o servicios.

a) Prácticas monopólicas absolutas

Se consideran ilícitas las prácticas monopólicas absolutas, consistentes en los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea cualquiera de las siguientes:

- Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios al que son ofrecidos o demandados en los mercados;
- Establecer la obligación de no producir, procesar, distribuir, comercializar o adquirir sino solamente una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación o transacción de un número, volumen o frecuencia restringidos o limitados de servicios;

- Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes y servicios, mediante clientela, proveedores, tiempos o espacios determinados o determinables;
- Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas, e
- Intercambiar

b) Prácticas monopólicas relativas

Se consideran prácticas monopólicas relativas, las consistentes en cualquier acto, contrato, convenio, procedimiento o combinación que:

- Encuadre en alguno de los supuestos a que se refiere el Artículo 56 de la ley Federal de Competencia Económica;
- Lleve a cabo uno o más agentes económicos que individual o conjuntamente tengan poder sustancial en el mismo mercado relevante en que se realiza la práctica, y
- Tenga o pueda tener como objeto o efecto, en el mercado relevante o en algún mercado relacionado, desplazar indebidamente a otros agentes económicos, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de uno o varios agentes económicos.

c) Prohibición de barreras a la libre competencia y la competencia económica

La Comisión proveerá lo conducente para prevenir y eliminar las barreras a la libre competencia y la competencia económica, en las proporciones necesarias para eliminar

los efectos anticompetitivos. A través de procedimientos previstos en la Ley Federal de Competencia Económica.

d) Las concentraciones

Para los efectos de la Ley Federal de Competencia Económica, se entiende por concentración, la fusión, adquisición del control o cualquier acto por virtud del cual se unan sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realice entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos. La Comisión no autorizará o en su caso investigará y sancionará aquellas concentraciones cuyo objeto o efecto sea disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados.

II. Determinación de mercado relevante

Para la determinación del mercado relevante, deberán considerarse los siguientes criterios:

- Las posibilidades de sustituir el bien o servicio de que se trate por otros, tanto de origen nacional como extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas, en qué medida los consumidores cuentan con sustitutos y el tiempo requerido para tal sustitución;
- Los costos de distribución del bien mismo; de sus insumos relevantes; de sus complementos y de sustitutos desde otras regiones y del extranjero, teniendo en cuenta fletes, seguros, aranceles y restricciones no arancelarias, las restricciones

impuestas por los agentes económicos o por sus asociaciones y el tiempo requerido para abastecer el mercado desde esas regiones;

- Los costos y las probabilidades que tienen los usuarios o consumidores para acudir a otros mercados;
- Las restricciones normativas de carácter federal, local o internacional que limiten el acceso de usuarios o consumidores a fuentes de abasto alternativas, o el acceso de los proveedores a clientes alternativos;
- Los demás que se establezcan en las disposiciones regulatorias, así como los criterios técnicos que para tal efecto emita la Comisión.

III. Determinación del poder sustancial

Para determinar si uno o varios agentes económicos tienen poder sustancial en el mercado relevante deberán considerarse los siguientes elementos:

- Su participación en dicho mercado y si pueden fijar precios o restringir el abasto en el mercado relevante por sí mismos, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder. Para determinar la participación de mercado, la Comisión podrá tener en cuenta indicadores de ventas, número de clientes, capacidad productiva, así como cualquier otro factor que considere pertinente;
- La existencia de barreras a la entrada y los elementos que previsiblemente puedan alterar tanto dichas barreras como la oferta de otros competidores;
- La existencia y poder de sus competidores;

- Las posibilidades de acceso del o de los agentes económicos y sus competidores a fuentes de insumos;
- El comportamiento reciente del o los agentes económicos que participan en dicho mercado, y
- Los demás que se establezcan en las disposiciones regulatorias, así como los criterios técnicos que para tal efecto emita la Comisión.

2.4. Derecho de la competencia en Colombia

“En la constitución política de Colombia en el Artículo 88 se reconoce la libre competencia como un derecho colectivo y en el Artículo 333 se establece que la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades y que el Estado evitara o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.”²³

La ley más reciente y aplicable en Colombia sobre derecho de la competencia es la Ley 1340 de 2009, que tiene por objeto actualizar la normatividad en materia de protección de la competencia para adecuarla a las condiciones actuales de los mercados, facilitar a los usuarios su adecuado seguimiento y optimizar las herramientas con que cuentan las autoridades colombianas para el cumplimiento del deber constitucional de proteger la libre competencia económica en su territorio nacional.

²³ Escobar, Jairo Julio. **Derecho de la competencia en Colombia y su interacción con los Tratados internacionales de Libre Comercio.** Pág. 1.



En su Artículo cuarto la Ley 1340 establece que la normativa aplicable es la Ley 155 de 1959, la 2153 de 1992, la presente ley y las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen, constituyen el régimen general de protección de la competencia, aplicables a todos los sectores y todas las actividades económicas. En caso que existan normas particulares para algunos sectores o actividades, éstas prevalecerán exclusivamente en el tema específico.

Las finalidades de la competencia se establecen el Decreto 2153 en el Artículo 2 los cuales son: velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos de libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica. También imponer las sanciones pertinentes por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia, así como por la inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de sus funciones imparta la Superintendencia.

En la legislación colombiana quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos o servicios nacionales o extranjeros y, en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos, lo cual se establece en la Ley 155.

La autoridad en Colombia que controla todo lo referente al derecho de la competencia es la Superintendencia de Industria y Comercio que conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal.

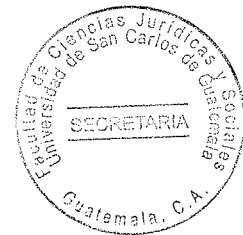
“Se considera como abuso de posición dominante lo que establece el Artículo 50 de la Ley 2153, constituyen abuso de la misma las siguientes conductas:

- Disminuir los precios por debajo de los costos,
- Aplicar condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes,
- Subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales,
- Vender o prestar servicios en una zona, a un precio diferente del ofrecido en otra parte, con el propósito de eliminar competencia,
- Obstruir o impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.

Existen acuerdos y actos contrarios a la libre competencia los cuales son:

Artículo 47 de la Ley 2153 Se consideran contrarios a la libre competencia los acuerdos que tengan por objeto:

- La fijación de precios,
- Determinar condiciones de venta o de comercialización discriminatoria,
- La repartición de los mercados,
- La asignación de cuotas de producción,



- Abstenerse de producir un producto,
- Colusión de licitaciones,
- Impedir el acceso a los mercados o a canales de comercialización.

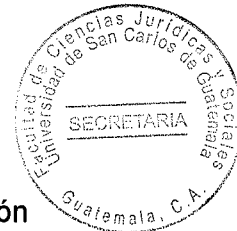
Artículo 48 de la Ley 2153. Se consideran contrarios a la Libre competencia los siguientes actos:

- Infringir las normas sobre publicidad contenido en el estatuto de protección al consumidor
- Influnciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o para que desista de bajarlos
- La negativa a la venta cuando sea como una retaliación a la política de precios de la empresa.”²⁴

2.5. Derecho de la competencia en Perú

La ley aplicable en Perú es la Ley de Represión de conductas anticompetitivas Decreto Legislativo No. 1034. La finalidad de la Ley de Libre Competencia se enuncia en su Artículo 1, y consiste en eliminar las prácticas monopolísticas, de control y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, permitiendo que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores. La mención que hace el Artículo a la libre competencia y a los beneficios para el consumidor, junto con la ausencia de cualesquiera

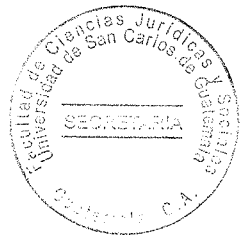
²⁴ **Ibíd.** Pág. 3.



objetivos distintos de la eficiencia, hace de esta disposición una declaración singularmente clara de la intención de promover la eficiencia económica.

En primera instancia administrativa la autoridad de competencia es la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI. La Comisión es el órgano con autonomía técnica y funcional encargado del cumplimiento de la presente ley con competencia exclusiva, salvo que dicha competencia haya sido asignada o se asigne por ley expresa a otro organismo público. Son atribuciones de la Comisión: a) Declarar la existencia de una conducta anticompetitiva e imponer la sanción correspondiente; b) Dictar medidas cautelares; c) Dictar medidas correctivas respecto de las conductas anticompetitivas; d) Expedir lineamientos que orienten a los agentes del mercado sobre la correcta interpretación de las normas de la presente Ley; e) Sugerir a la presidencia del Consejo Directivo del INDECOPI, emitir opinión, exhortar o recomendar a las autoridades legislativas, políticas o administrativas sobre la implementación de medidas que restablezcan o promuevan la libre competencia, tales como la eliminación de barreras a la entrada, la aplicación de regulación económica a un mercado donde la competencia no es posible, entre otros

En segunda instancia administrativa la autoridad de competencia es el tribunal, entendiéndose por éste al Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del INDECOPI. El tribunal es el órgano encargado de revisar en segunda y última instancia los actos impugnables emitidos por la Comisión o la Secretaría Técnica.



I. De la regulación de la posición dominante en Perú

El Artículo siete de la Ley de Represión de conductas anticompetitivas regula la posición de dominio en el mercado, la cual se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en un mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad, debido a factores tales como: (a) Una participación significativa en el mercado relevante. (b) Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios. (c) El desarrollo tecnológico o servicios involucrados. (d) El acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro así como a redes de distribución. (e) La existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica. (f) La existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de éstos.

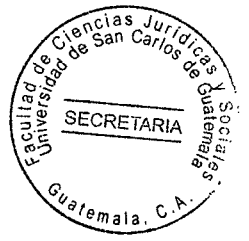
El abuso de la posición dominante se considera que existe cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.

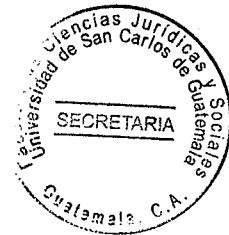
II. Practicas colusorias horizontales y verticales

Se entiende por prácticas colusorias horizontales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre



competencia. Se entiende por prácticas colusorias verticales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizados por agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia.





CAPÍTULO III

3. Antecedentes del derecho de la competencia en Guatemala

En este capítulo se desarrollaran los antecedentes existentes en la legislación guatemalteca en lo relativo al derecho de la competencia, los cuales se encuentran en la Constitución Política de la Republica de Guatemala, el Código de Comercio de Guatemala, el Código penal, la Ley General de Telecomunicaciones y la Ley de Comercialización de Hidrocarburos.

3.1. Constitución Política de la República de Guatemala

Los antecedentes más importantes y de mayor jerarquía sobre derecho de la competencia se encuentran por supuesto en la Constitución Política de la República de Guatemala, la cual es la ley suprema del país. En ella se regula los derechos fundamentales de los ciudadanos, la organización del Estado y las garantías constitucionales. En dos artículos de la misma se encuentran antecedentes del derecho de la competencia, los cuales son los que se presentaran a continuación.

En el Artículo 119 se establecen las obligaciones fundamentales del Estado y se consideran relacionadas al tema en cuestión los de la promoción del desarrollo económico de la Nación, estimulando la iniciativa en actividades agrícolas, pecuarias, industriales, turísticas y de otra naturaleza; el impedimento del funcionamiento de prácticas excesivas que conduzcan a la concentración de bienes y medios de producción en detrimento de la colectividad; La protección a la formación de capital, el ahorro y la inversión; la promoción del desarrollo ordenado y eficiente del comercio interior y exterior



del país, fomentando mercados para los productos nacionales; y la creación de condiciones adecuadas para promover la inversión de capitales nacionales y extranjeros.

En dicho Artículo se menciona como la libertad de industria, comercio y trabajo es derecho de todas las personas por lo cual el Estado debe garantizarlo. Lo cual nos lleva también a que el régimen económico nacional se basa en un principio de justicia social donde el Estado velara por encaminar dicha economía.

En el Artículo 130 la prohibición de monopolios, se establece que el Estado limitará el funcionamiento de las empresas que absorban o tiendan a absorber, en perjuicio de la economía nacional, la producción en uno o más ramos industriales o de una misma actividad comercial o agropecuaria. Las leyes determinarán lo relativo a esta materia. El Estado protegerá la economía de mercado e impedirá las asociaciones que tiendan a restringir la libertad del mercado o a perjudicar a los consumidores.

En el párrafo anterior se establece claramente la promoción a la libre competencia y no permitir la concentración de la economía en uno o pocos miembros. Ya que ningún comerciante debe contar con dicho privilegio dentro del comercio.

3.2. Código de Comercio de Guatemala

El Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70 entro en vigencia el primero de enero de 1971 y regula lo relativo a los comerciantes y sus auxiliares, las obligaciones profesionales de los comerciantes, las cosas mercantiles y las obligaciones y contratos mercantiles.



El considerando segundo de dicho código se establece que el desarrollo de la iniciativa responde a un criterio mercantil cuya flexibilidad y amplitud estimulará la libre empresa, facilitando su organización; y regulará sus operaciones, encuadrándolas dentro de limitaciones justas y necesarias, que permitan al Estado mantener la vigilancia de las mismas, como parte de su función coordinadora de la vida nacional.

Se puede observar que es necesario dicha flexibilidad y amplitud para estimular la libre empresa lo cual lleva emparejado a la libre competencia. Cabe resaltar que el Código es del año 1971 y en dicho año no existía una ley de competencia en Guatemala, pero a pesar de eso, es necesario resaltar que desde la Constitución del año 1956 ya se contemplaba la necesidad de contar con una normativa de competencia en Guatemala.

Con el paso del tiempo y el gran avance que ha tenido la economía a nivel internacional y la necesidad de que exista en todo el mundo la aplicación del derecho de la competencia se hace notorio que el Código de Comercio se queda corto ante la regulación en lo relativo a la protección de la libre competencia. Ya que también se puede observar que solo regula pocas operaciones, en relación a la gran variedad de existentes que hay dentro del comercio y que necesitan ser vigiladas por el Estado. Por lo cual es necesario de una ley que regule dichas acciones específicas.

En el título segundo del libro segundo de dicho Código se regula lo relativo a la protección a la libre competencia. El Artículo 361. Prohibición de Monopolios establece que: Todas las empresas, tienen la obligación de contratar con cualquiera que solicite los productos o servicios que prestan, observando igualdad de trato entre las diversas categorías de consumidores.

“Cabe resaltar que el epígrafe no tiene congruencia con el texto anterior ya que establece una obligación a los comerciantes de no discriminación y al trato equitativo a las diversas clases de consumidores.”²⁵

Dicho Artículo no hace mención a la prohibición de monopolios ya que no indica regulación para reprimir el hecho que solo una empresa o comerciante individual sea el único ofertante de un producto o servicio, pudiendo él fijar el precio perjudicando así la calidad, alcance y competencia que podría existir de tal producto o servicio en la libre competencia y teniendo como resultado la afectación a la colectividad en general.

Del el Artículo 361 en adelante lo que se regula son disposiciones sobre competencia desleal. Es muy importante establecer que si bien el tema de competencia desleal es una disciplina que forma parte del derecho económico, no guarda relación con el derecho de la competencia.

3.3. Código Penal

El Código Penal de Guatemala, Decreto 17-73 el cual entró en vigencia el 27 de julio de 1973, regula en su normativa varias figuras antijurídicas que tienen relación con el derecho de la competencia. En el título diez se desarrollan los delitos contra la economía nacional, el comercio, la industria y el régimen tributario.

En el Artículo 340. Monopolio se regula lo siguiente: Quien, con propósitos ilícitos, realizare actos con evidente perjuicio para la economía nacional, absorbiendo la producción de uno o más ramos industriales, o de una misma actividad comercial o

²⁵ <http://recursosbiblio.url.edu.gt/tesisjcem/2015/07/01/Pacheco-Efrain.pdf> (Consultado el 23 de enero de 2019)



agropecuaria, o se aprovecharé exclusivamente de ellos a través de algún privilegio, o utilizando cualquier otro medio, o efectuare maniobras o convenios, aunque se disimularen con la constitución de varias empresas, para vender géneros a determinados precios en evidente perjuicio de la economía nacional o de particulares, será sancionado con prisión de seis meses a cinco años y multa de quinientos a diez mil quetzales.

Se sabe que con el monopolio se destruyen varios fines del de la competencia ya que restringe, limita y reduce la misma y daña a los competidores, por lo tanto se tiene como objetivo prevenir y sancionar dichas conductas que tienen un efecto negativo en el mercado y en los consumidores. Dichas acciones causan grandes efectos en el mercado y perjuicio sobre los competidores.

El Artículo 341. Otras formas de monopolio se regula lo siguiente: Se consideran, también, actos de monopolio contrarios a la economía pública y al interés social:

- 1o. El acaparamiento o sustracción al consumo de artículos de primera necesidad, con el propósito de provocar el alza de los precios en el mercado interno.
- 2o. Todo acto o procedimiento que impida o se proponga impedir la libre concurrencia en la producción o en el comercio.
- 3o. Los convenios o pactos celebrados sin previa autorización gubernativa, encaminados a limitar la producción o elaboración de algún artículo, con el propósito de establecer o sostener privilegios y lucrar con ellos.
- 4o. La venta de bienes de cualquier naturaleza, por debajo del precio de costo, que tenga por objeto impedir la libre concurrencia en el mercado interno.
- 5o. La exportación de artículos de primera necesidad sin permiso de la autoridad

competente, cuando se requiera, si con ello puede producirse escasez o carestía.

El responsable de algunos de los hechos enumerados anteriormente, será sancionado con prisión de seis meses a tres años y multa de doscientos a cinco mil quetzales.

En un sistema de libre mercado, se tiene la confianza de que el libre intercambio entre compradores y vendedores será el mejor sistema para alcanzar la eficiencia en el mercado. Pero en algunas ocasiones es necesario que el Estado intervenga con el fin de prevenir y sancionar dichas conductas que estén orientadas a limitar la competencia. Para así poder preservar un ambiente idóneo para que los comerciantes y las empresas puedan competir libremente y por sus propios méritos.

Con la regulación de dichos delitos ya mencionados en el Código Penal de Guatemala se quiere definir, perseguir y sancionar dichas conductas que se consideran que provocan un daño al comercio y mercado nacional.

Cabe mencionar también que aun en Guatemala no están reguladas todas las acciones o conductas que afecten el mercado y la economía, ya que aún no ha entrado en vigencia la ley de derecho de la competencia en el país y por lo tanto no existen delitos ni penas para los agentes económicos que lleven a cabo las mismas. Otro punto importante a resaltar es que hasta la fecha, no ha habido ni un solo caso penal basado en la realización de las conductas tipificados en los Artículos 340 y 341 del Código Penal.

3.4. Ley General de Telecomunicaciones

La Ley General de Telecomunicaciones, Decreto 94-96 del Congreso de la República regula ciertos artículos relativos a la competencia. En sus dos primeros considerandos



hace referencia a la libre competencia y al avance de la economía nacional. Los cuales establecen lo siguiente: Considerando: Que es indispensable una adecuada normativa de los sistemas y servicios de telecomunicaciones, para permitir su expansión y mejora, y asegurar permanentemente la prestación de estos servicios a la población, de acuerdo a las necesidades del desarrollo económico y social del país; Considerando: Que es necesario apoyar y fomentar la participación en el sector de las telecomunicaciones, para favorecer la oferta de estos servicios a través de la libre competencia y mejorar el nivel de vida de todos los guatemaltecos. Como se puede observar se busca el desarrollo y la expansión económica en lo relativo a telecomunicación para así brindar un mejor servicio y tener un mayor alcance en el territorio nacional y en los usuarios.

El Artículo 22 del mencionado cuerpo legal estipula lo siguiente: Las condiciones contractuales, así como los precios, para la prestación de toda clase de servicios comerciales de telecomunicaciones, serán libremente estipulados entre las partes y no están sujetos a regulación por autoridad estatal, excepto por lo que se relaciona con el acceso a recursos esenciales lo cual queda sujeto a lo prescrito en esta ley.

En este primer caso establecido en el Artículo 22 los precios serán pactados por la libre voluntad y acuerdo entre las partes. En el Artículo 26 del mismo cuerpo legal se estipula lo siguiente: la interconexión de redes comerciales de telecomunicaciones será libremente negociada entre las partes, salvo lo estipulado en el Artículo 27. Ningún operador podrá interconectar equipos que ocasionen daños a equipos en uso. Se entiende por interconexión, la función mediante la cual se asegura la operabilidad entre redes, de tal modo que se pueda usar tráfico de telecomunicaciones entre ellas.



De igual manera en el Artículo 26, las partes negociarán según sus intereses la modalidad de operación. Ambas disposiciones mencionadas contienen condiciones de libertad de negociación y prohibición de ciertas prácticas anticompetitivas. Por lo que se puede establecer que en la rama de telecomunicaciones de Guatemala ya existe aplicación de derecho de libertad de competencia.

El Artículo 79 del mismo cuerpo legal establece: “Disposiciones Generales: Las infracciones a las normas de la presente ley y a las disposiciones internas de la Superintendencia, serán sancionadas por ésta de conformidad con lo estipulado en el presente capítulo. Las sanciones se impondrán mediante resolución debidamente fundamentada y razona por la Superintendencia.”

Es importante indicar que los desacuerdos que surjan entre agentes económicos relacionadas con la competencia en el tema de telecomunicaciones deben ser resueltos por la Superintendencia de Telecomunicaciones (SIT) el cual es un organismo eminentemente técnico del Ministerio de Comunicaciones, Infraestructura y Vivienda, que tiene como misión velar por el cumplimiento de la ley, fomentar el libre mercado de telecomunicaciones y optimizar sus recursos fundamentales; y como misión cuidar de un mercado de servicios de telecomunicaciones con amplia diversidad y cobertura nacional, ofertados dentro de un marco de abierta competencia. Tiene como funciones principales las siguientes:

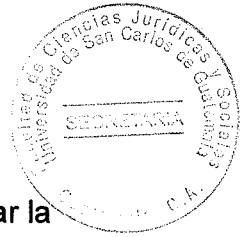
- Administrar y supervisar la explotación del espectro radioeléctrico.
- Administrar el Registro de Telecomunicaciones.

- Dirimir las controversias entre los operadores surgidas por el acceso a recursos esenciales.
- Elaborar y administrar el Plan Nacional de Numeración.
- Aplicar cuando sea procedente, las sanciones contempladas en la Ley General de Telecomunicaciones.
- Participar como el órgano técnico representativo del país, en coordinación con los órganos competentes, en las reuniones de los organismos internacionales de telecomunicaciones y en las negociaciones de tratados, acuerdos y convenios internacionales en materia de telecomunicaciones.

La Superintendencia de Telecomunicaciones es por lo tanto el órgano con autoridad para aplicar sanciones y solucionar las controversias entre los operadores así como todos los conflictos que surjan referentes al tema. Atendiendo a su visión misión de velar por el cumplimiento de la ley, fomentar el libre mercado y cuidando un mercado con amplia cobertura y diversidad dentro de un marco de libre y abierta competencia.

3.5. Ley de Comercialización de Hidrocarburos

La Ley de Comercialización de Hidrocarburos, Decreto 109-97 del Congreso de la República es la más novedosa en lo relativo al derecho de la competencia en Guatemala. La misma contempla lo referente a la producción, distribución y comercialización de hidrocarburos a nivel nacional e internacional. Esta ley define individualmente y expresamente prácticas anticompetitivas en el campo de comercialización de hidrocarburos.



En la parte considerativa de la ley, se establece que es obligación del Estado orientar la comercialización de los productos petroleros que se importen o produzcan internamente para el consumo nacional y el adecuado desarrollo de la economía nacional, así como también que es mandato constitucional para el Estado, crear y promover las condiciones adecuadas para el desarrollo ordenado y eficiente del comercio interior y exterior, impulsando así la libre comercialización de los hidrocarburos, desde su importación y producción hasta llegar al consumidor final; y que para la existencia de un mercado de competencia es necesaria la libre participación de empresas que se dediquen a las diferentes actividades que conlleva la comercialización de hidrocarburos y evitar los monopolios, oligopolios y prácticas privilegiadas.

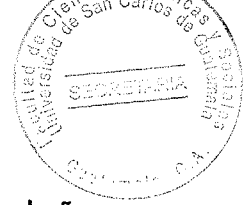
Es muy importante mencionar que la industria petrolera, es la única en el país que está sujeta a normas de competencia económica; y derivado de lo establecido en los considerandos del párrafo anterior se observa un enfoque en el desarrollo de la libre comercialización de los productos producidos en el territorio nacional que puedan ser objeto de importación, y que por lo tanto es mandato constitucional para el Estado crear y promover las condiciones adecuadas para el desarrollo ordenado y eficiente del comercio interior y exterior impulsando la libre comercialización de los productos y con ellos incentivar a una sana competencia evitando así prácticas anticompetitivas que dañen la misma.

Dicha ley en su Artículo primero establece que tiene por objeto: a) Propiciar el establecimiento de un mercado de libre competencia en materia de petróleo y productos petroleros, que provea beneficios máximos a los consumidores y a la economía nacional; b) Agilizar los procedimientos relativos a las autorizaciones y funcionamiento de las

diversas actividades que conllevan la refinación, transformación y la comercialización de petróleo y productos petroleros; c) Velar por el cumplimiento de normas que fomenten y aseguren la comercialización, evitando las conductas contrarias a la libre y justa competencia; d) Velar por el cumplimiento de normas que protejan la integridad física de las personas, sus bienes y el medio ambiente; y, e) Establecer parámetros para garantizar la calidad, así como el despacho de la cantidad exacta del petróleo y productos petroleros.

En el capítulo primero Infracciones del título tercero Infracciones y Sanciones, se establecen cuatro prácticas anticompetitivas las cuales son:

- La cuota discriminatoria, en la cual se incurre, cuando el importador, refinador y transformador limite o racione la cantidad de productos petroleros a cualquier comprador.
- La coacción de precio, en la cual se incurre, cuando personas individuales, entidades, asociaciones o gremiales de individuos que efectúan actividades de refinación, transformación y de la cadena de comercialización de petróleo y productos petroleros, presionen u obliguen a sus asociados, agremiados o compradores, a fijar o mantener un precio de venta de productos petroleros.
- La concertación de precio, en la cual se incurre, cuando dos o más personas que posean licencia para efectuar actividades de refinación, transformación y de la cadena de comercialización de petróleo y productos petroleros, acuerdan precios de venta de sus productos y sus servicios.



Con relación a la concertación de precio, se considera relevante mencionar que en el año 2018 se realizó una denuncia en varias citaciones de funcionarios en el Congreso de la República por un caso sobre concertación de precios. En el mes de mayo de 2018, el Ministerio de Energía y Minas abrió un expediente administrativo en la Dirección General de Hidrocarburos a cuatro importadores los cuales son: Uno Guatemala, Uno Petrol, Puma y Chevron. El presidente de la Gremial de Empresas de Importación de Hidrocarburos, Juan Ángel Díaz indicó que “cada empresa importadora respondió al MEM acerca de la apertura de expedientes y entre los argumentos incluyen que la similitud de precios (finales al consumidor) se debe al paralelismo de precios y no a acuerdos entre empresas.”²⁶ Estableciendo que el paralelismo de precios no es una medida ilegal de anti competencia. Dichos casos aún no han sido resueltos y son los primeros casos administrativos relacionados con la libre competencia.

- La rebaja discriminatoria, en la cual se incurre, cuando el importador, almacenador, refinador o transformador, en igualdad de suministro, cantidad, calidad y condiciones de negociación de compra, ofrezca a un comprador, rebajas, subsidios o concesiones de tipo económico.

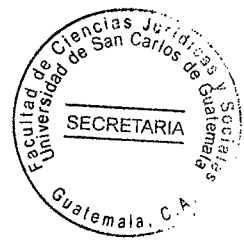
Debe mencionarse como ya se había hecho con anterioridad que la ley de comercialización de hidrocarburos si regula específicamente algunas prácticas anticompetitivas, identificándolas como infracciones.

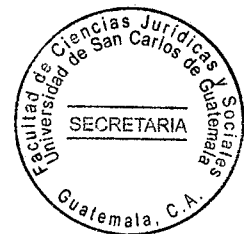
La Dirección General de Hidrocarburos es la dependencia del Ministerio de Energía y Minas, responsable sin perjuicio de otras disposiciones, del estudio, fomento, control,

²⁶ <https://www.prensalibre.com/economia/gremial-de-importadores-de-combustibles/> (Consultado: el 25 de febrero de 2019).



supervisión y fiscalización de todo lo relacionado a operaciones en materia de hidrocarburos.





CAPÍTULO IV

4. Análisis del proyecto de Ley Para la Defensa y Promoción de la Competencia.

En este capítulo se hará un análisis del proyecto de Ley 5074 para la Defensa y Promoción de la Competencia. Se desarrollará aspectos relevantes del mismo como lo son las prácticas anticompetitivas, la autoridad correspondiente, el aspecto procesal de dicho proyecto y las sanciones a imponer a los agentes económicos en caso lleguen a realizar alguna práctica anticompetitiva.

4.1. Consideraciones

Tras la firma del Acuerdo de asociación entre la Unión Europea y los países de Centroamérica, Guatemala se comprometió a oficializar una ley de competencia a mas tardar para el 30 de noviembre del año 2016, sin embargo dicha ley no ha entrado en vigencia, la cual es el proyecto de Ley 5074 Para la Defensa y Promoción de la Competencia.

Es importante mencionar que Guatemala es el único país centroamericano que no cuenta con ley de competencia, para así poder evitar las prácticas anticompetitivas y las concentraciones entre empresas, las cuales perjudican a otros agentes económicos y a los consumidores.

Dicha ley tendría su fundamento en varios artículos de la Constitución Política de la República de Guatemala los cuales serían los siguientes: el Artículo 43 concerniente a la Libertad de industria, comercio y trabajo, el Artículo de principios del régimen económico y social el cual establece que es obligación del Estado orientar la economía nacional para lograr la utilización de los recursos naturales y el potencial humano, para incrementar la

riqueza y tratar de lograr el pleno empleo y la equitativa distribución del ingreso nacional. El Artículo 119 que establece las obligaciones del Estado como promover el desarrollo económico del país, impedir el funcionamiento de prácticas excesivas que conduzcan a la concentración de bienes y medios de producción en detrimento de la colectividad; proteger la formación de capital, el ahorro y la inversión; promover el desarrollo ordenado y eficiente del comercio interior y exterior del país, fomentando mercados para los productos nacionales; crear las condiciones adecuadas para promover la inversión de capitales nacionales y extranjeros. Y por último el Artículo 130 que establece la prohibición de monopolios.

En dichos artículos se menciona como la libertad de industria, comercio y trabajo es un derecho de todas las personas por lo cual el Estado debe garantizarlo. Lo cual nos lleva también a que el régimen económico nacional se basa en un principio de justicia social donde el Estado velara por encaminar dicha economía. El Artículo 118 en dichos incisos se establece que el Estado tiene la obligación de Impedir el funcionamiento de prácticas excesivas que conduzcan a la concentración de bienes y medios de producción en detrimento de la colectividad; y crear las condiciones adecuadas para promover la inversión de capitales nacionales y extranjeros. En el Artículo 130 se establece claramente la promoción a la libre competencia y no permitir la concentración de la economía en uno o pocos miembros.

4.2. Aspectos relevantes

Como bien ya se ha mencionado, se considera muy importante realizar un análisis del proyecto de Ley 5074 en cuatro aspectos, el de prácticas anticompetitivas con el objeto de señalar cuales practicas regulará dicho proyecto, la institucionalización que poseerá



la autoridad sobre dicha regulación, el aspecto procesal en el sentido de cómo se llevará a cabo la solución de los conflictos surgidos en la competencia nacional por medio de procesos, y la sanciones e infracciones que se impondrán.

4.2.1. Prácticas anticompetitivas

En el Artículo 4 del proyecto de Ley 5074 se establecen varias definiciones entre ellas las de prácticas anticompetitivas la cual establece que: son las conductas que incluyen las prácticas absolutas y relativas prohibidas por la presente ley. Es todo acuerdo o acto unilateral contrario a la libre competencia que puede tener efectos horizontales, cuando los mismos se producen respecto de empresas que se encuentran en un mismo nivel del proceso productivo y vertical, cuando se producen respecto de empresas que se encuentran en diferentes eslabones de una misma cadena de valor.

En el titulo segundo Defensa de la libre competencia en el Artículo 6 se establecen las prácticas anticompetitivas absolutas y las prácticas anticompetitivas relativas en el Artículo 7. Las primeras se consideran prácticas anticompetitivas absolutas y sin prohibidas per se los acuerdos entre dos o más agentes económicos competidores en el mercado relevante, se entenderán por prácticas anticompetitivas absolutas las siguientes:

- Acordar, concertar, fijar o manipular precios, cargos, descuentos, honorarios, tarifas o tasas, en forma directa o indirecta, en la venta o compra de bienes o servicios, o cualquier otra condición de comercialización de los mismos;

- Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes o servicios, ya sea por territorio, por volumen de venta o compras, por tipo de productos o servicios, por tiempos o espacios determinados o determinables, por clientes o vendedores, o por cualquier otro medio, incluyendo el reparto de las fuentes de insumos;
- Fijar, limitar o restringir la producción, la demanda, la distribución o la comercialización de bienes o servicios, ya sea por cantidad, volumen o frecuencia, o el desarrollo técnico o las inversiones;
- Concertar o coordinar ofertas en los procesos de contrataciones públicas nacionales o internacionales, tales como licitaciones, cotizaciones, concursos o subastas, exceptuando las ofertas presentadas conjuntamente por dos o más agentes económicos, que claramente sean identificadas como oferta conjunta o consorcio en el documento presentado por los oferentes;
- Concertar la negativa a comprar, suministrar o vender bienes o servicios.

Las prácticas anticompetitivas relativas serán analizadas según la regla de la razón, aquellas prácticas realizadas por parte de uno o más agentes económicos que, individual o conjuntamente, tengan posición de dominio en el mismo mercado relevante en que se lleve a cabo la práctica y que tengan o puedan tener efectos excluyentes en el mercado relevante, y son las siguientes:

- La imposición del precio, margen o porcentaje de comercialización, o demás condiciones que un comprador, distribuidor o proveedor deba cumplir al comercializar, distribuir o prestar bienes o servicios;

- La venta, compra o transacción condicionada a comprar, adquirir, vender o proporcionar otro bien o servicios, normalmente distinto o distinguible o sobre bases de reciprocidad;
- La negativa injustificada a vender, comercializar, prestar o proporcionar a personas determinadas, bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros;
- La comercialización discriminatoria, el establecimiento injustificado de distintos precios o condiciones de venta o compra para diferentes compradores o vendedores situados en condiciones equivalentes.

Para considerar violatorias dichas prácticas anticompetitivas ya sean absolutas o relativas debe comprobarse a) si el presunto responsable tiene un poder sustancial sobre el mercado relevante y b) se realicen respecto de los bienes o servicios correspondientes o relacionados en el mercado relevante que se trate.

4.2.2. Institucionalización

La autoridad establecida en dicho proyecto de Ley 5074 es la Superintendencia de Competencia, la cual será una entidad estatal, autónoma y descentralizada, encargada de la defensa y promoción de la libre competencia, previniendo, investigando y sancionando las prácticas anticompetitivas, teniendo competencia en todo territorio nacional para el cumplimiento de sus funciones.

Dicha Superintendencia gozará de autonomía administrativa, económica, financiera, funcional y técnica, así como personalidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones, patrimonio y recursos propios. Varios profesionales se han manifestado al respecto sobre la autonomía que tendría la Superintendencia de Competencia ya que

algunos mencionan que debería ser dependencia del Ministerio de Economía, debido a que es el órgano del gobierno al que le compete la estrategia económica del país y por lo tanto, lo relativo al control de la libre competencia debería quedar bajo su guía y funcionamiento. Es importante mencionar, que en varios países con experiencia en derecho de la competencia, la autoridad es autónoma, como se pretende crear aquí en Guatemala. Por lo que es importante que no dependa de ninguna institución pública. La razón principal es que la autoridad de competencia debe contar con independencia técnica, financiera y política; y el argumento que establece que si debería pertenecer al Ministerio de Economía carece de todo sustento técnico, y mucho menos político. Ya que dicho Ministerio al ser parte del Organismo Ejecutivo, se encuentra sujeto a presiones del sector económico privado (Cacif).

Todos los casos de investigación, imposición de multas y adopción de decisiones administrativas por infracciones que conozca la Superintendencia lo realizará de forma privativa. Algunas de sus funciones son:

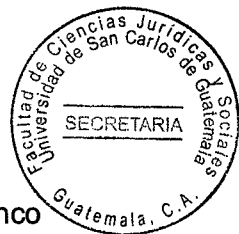
- Cumplir y hacer cumplir las leyes, reglamentos, disposiciones y resoluciones aplicables;
- Prevenir las prácticas restrictivas de la competencia;
- Investigar por denuncia o de oficio, las prácticas restrictivas de la competencia y concentraciones ilícitas, con plenas facultades y por los medios y procedimientos legales, técnicos y análisis que estime convenientes, en los términos de esta ley;
- Solicitar el apoyo a la fuerza pública o de cualquier autoridad pública para el eficaz desempeño de las atribuciones a que se refiere la ley;

- Establecer mecanismos de coordinación con autoridades públicas en materia de política de libre competencia y para el cumplimiento de las demás disposiciones de la ley y demás aplicables;
- Proponer medidas a las autoridades públicas para eliminar barreras de acceso y de salida, así como demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados;
- Imponer las sanciones que corresponden de conformidad con la ley;
- Presentar denuncia en los casos de probables conductas delictivas que tenga conocimiento.

Las autoridades superiores de la Superintendencia son: El Directorio y el Superintendente. El Superintendente es la autoridad administrativa superior y el funcionario ejecutivo de mayor de mayor nivel jerárquico de la Superintendencia, tiene a su cargo la administración y dirección general de la superintendencia, sin perjuicio de la competencia y atribuciones que corresponden al Directorio.

El directorio se compone de tres directores titulares y dos suplentes, conformado de la siguiente forma:

- Un director y un suplente designados por el Ministerio de Economía debiendo ser profesionales con grado académico en el área económica a nivel licenciatura o postgrado;
- Un director y un suplente designado por la Corte Suprema de Justicia debiendo ser profesionales con grado académico de ciencias jurídicas y sociales a nivel de licenciatura o postgrado;
- Un director designado por la asamblea de presidentes de los colegios profesionales debiendo ser profesional académico de ciencias económicas a nivel licenciatura.

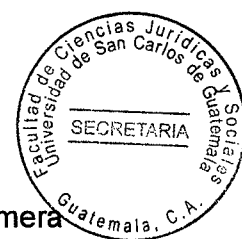


Los directores y suplentes del Directorio duraran en funciones por el tiempo de cinco años. Los candidatos a ser designados como directores acreditaran su cumplimiento ante una comisión de postulación, integrada por el Ministerio de Economía, la Corte Suprema de Justicia y la Asamblea de presidentes del colegio de profesionales. La Presidencia del Directorio será rotativa entre los miembros directores titulares, uno por dos años y los otros dos por un año y medio.

4.2.3. Aspecto procesal

Los casos e investigaciones que realice la Superintendencia se llevarán a cabo por medio de un trámite administrativo el cual se desarrollara de la siguiente manera:

1. Se realiza una denuncia por escrito ante el directorio, en la cual se debe señalar lo siguiente: identificación, lugar para recibir notificaciones, identificar al presunto responsable y describir en que consiste la práctica o violación a la ley. Denunciante deberá someter evidencia que sustente su denuncia ante el Directorio en un plazo de 30 días.
2. El Directorio decide la procedencia o no, de la denuncia.
3. Resolución de apertura de investigaciones, emitida por el Directorio.
4. Se notifica a las partes.
5. El Directorio empieza las investigaciones correspondientes para las cuales tiene un plazo de 45 días.
6. 10 días hábiles desde la fecha de notificación, el agente económico investigado podrá ofrecer y proponer las pruebas que considera pertinentes.



6.1 Si se niega a ofrecer pruebas el Directorio podrá acudir ante un juez de primera instancia civil para que emita orden de entregar los medios de prueba solicitados. Se llevara a cabo por la vía incidental.

7. Terminado el plazo de investigación (45 días), el Directorio tiene 30 días para elaborar un informe que establezca si se continúa con el caso o se desestima.

8. Se notifica a las partes.

9. Si continúa el caso, se da audiencia al agente económico por el plazo de 15 días.

10. Se ofrece prueba en 30 días.

11. El Directorio realiza un segundo informe en 30 días.

12. Vencido el plazo anterior, tiene que notificar al agente económico en 5 días.

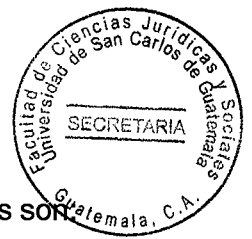
13. El agente económico dentro de los 30 días siguientes puede presentar sus alegatos finales.

14. Directorio resuelve el caso dentro de 45 días, ya sea que declare procedente o improcedente la infracción a la ley.

14.1 Si es procedente podrá:

- a) Ordenar la cesación de las prácticas o conductas prohibidas en un plazo prudencial.
- b) Imponer la multa correspondiente.

Se puede observar que el proceso administrativo es largo, de lo cual se puede inferir que así sea, debido a que se deberá hacer una investigación y análisis a profundidad no solo jurídico sino en su mayoría económico, para llegar a una resolución procedente o improcedente. Se deberán evaluar bastantes aspectos en los que van incluidos también los medios de prueba propuestos, así como también llegar a una conclusión de qué infracción cometió el agente económico y qué sanción o multa se le impondrá.



En el proyecto de ley se establecen dos impugnaciones a las resoluciones las cuales son la impugnación que se realiza a las resoluciones del Superintendente que será por medio de un recurso de apelación ante el Directorio. Se interpone en 10 días a la Superintendencia, la cual lo eleva en cinco días al Directorio y resuelve en 30 días. Contra las resoluciones del Directorio que hayan causado estado, se podrá plantear recurso de lo contencioso administrativo.

4.2.4. Sanciones e Infracciones

Constituyen infracciones por parte de los agentes económicos las siguientes:

- Incurrir, coadyuvar, propiciar o inducir prácticas restrictivas;
- Incurrir en una concentración ilícita;
- Autorizar actos o documentos, que formalicen una concentración, cuando no hubiere sido autorizada previamente por la Superintendencia;
- Negativa a colaborar en la visita o a proporcionar la información y documentación requerida por la Superintendencia;
- Incumplir con las medidas impuestas en la resolución definitiva.

Los criterios a seguir en la imposición de multas, sanciones y medidas, los considerará la Superintendencia de Competencia según los elementos siguientes para determinar la gravedad de la infracción y monto de la multa:

- El daño causado
- El efecto sobre terceros
- Los indicios de intencionalidad



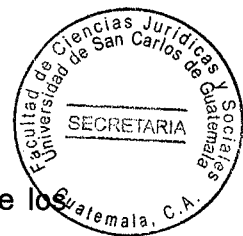
- La duración de la practica restrictiva
- El tamaño del mercado o mercados afectados
- La participación del infractor en el mercado o mercados afectados
- La capacidad económica del infractor para efectos de evitar la imposición de multas confiscatorias y
- La reincidencia

Las sanciones que se aplicaran a los agentes económicos que infrinjan la ley, serán:

- Multa
- Inhabilitación para ejercer como administrador, representante o apoderado de un agente económico hasta por un plazo de cinco años
- Publicación de la resolución definitiva que imponga las sanciones y medidas.

Serán sancionadas con multas, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que corresponda, las infracciones siguientes:

- Por incurrir en prácticas anticompetitivas absolutas
- Por incurrir en prácticas anticompetitivas relativas
- Por omitir la notificación correspondiente al realizar concentraciones
- Por coadyuvar, propiciar o inducir prácticas restrictivas
- Por haber incumplido con la resolución definitiva emitida de conformidad con el beneficio de exención o reducción de sanciones previstos en la ley
- Por incurrir en reincidencia



Es muy importante mencionar que los sujetos de sanciones y medidas aparte de los agentes económicos, serían los notarios que autoricen actos o documentos, que formalicen una concentración, y no realicen la notificación a la que obliga la ley. De esto se infiere que ahora los notarios deberán tener la debida diligencia y conocimiento sobre las concentraciones, a la hora de autorizar un documento y realizar dicha notificación ante la Superintendencia para no ser sujeto de una sanción.

4.3. Necesidad de promulgación de la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia

Tomando de base los artículos constitucionales mencionados al principio de este capítulo, se puede empezar con el derecho fundamental de toda persona guatemalteca de tener libertad de industria, comercio y trabajo, lo cual nos lleva a la libertad de empresa, que tiene su base en la competencia, que es un principio rector de toda economía de mercado.

Con la globalización y la amplitud del mercado en todo el mundo surgen nuevos retos para el país, desde un punto de vista nacional e internacional. Nacional debido a que tiene que existir una eficiencia económica en Guatemala que asegure la competitividad entre los agentes económicos, e internacional debido a existencia de acuerdos, tratados y legislación en el campo de la libertad de competencia. Es necesario proteger el interés privado de los comerciantes y empresas así como también el del Estado y la protección de los consumidores.

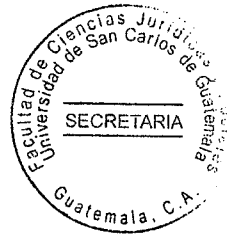
Es totalmente notorio que existe un vacío legal en relación a la falta de legislación de libertad de competencia, en el país. Por lo cual se hace muy necesario la aplicación y la



vigencia de dicho proyecto de ley, con el fin que se regulen y especifiquen las prácticas anticompetitivas que los agentes económicos no pueden realizar, y los procedimientos que se llevaran a cabo para sancionar dichas prácticas realizadas por los agentes económicos.

Los objetivos fundamentales del proyecto de Ley 5074 son incrementar la eficiencia económica del país, mediante el desarrollo de una competencia sana entre los oferentes que operan en mercados de bienes o servicios; y mejorar el bienestar del consumidor. Por lo que se propone el establecimiento de la regulación de prácticas anticompetitivas absolutas y relativas, la creación de una Superintendencia de Competencia, la realización de un procedimiento administrativo para la solución de conflictos y la aplicación de sanciones o multas a los agentes económicos que cometan infracciones.

Por lo antes expuesto, se considera de real necesidad la vigencia de dicho proyecto 5074, debido a una mejora en el control del mercado y economía guatemalteca, para evitar concentraciones y prácticas que perjudiquen la actividad realizada por los agentes económicos.





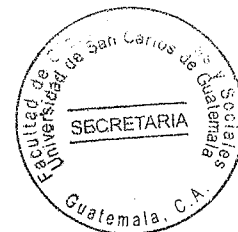
CONCLUSIÓN DISCURSIVA

El Estado para poder cumplir con los principios constitucionales de libertad de industria, comercio y trabajo; y la prohibición de monopolios; así como dar cumplimiento a la obligación asumida a través de la firma del Acuerdo de Asociación entre países de Centro América y la Unión Europea, debe crear y aprobar la ley de Libre Competencia. La cual se basa en principios que buscan fomentar la libre competencia en beneficio del mercado y de los consumidores, al mismo tiempo que castiga prácticas que resulten contrarias a dichos principios. Al contar con dicha ley de competencia, se pretende tener ciertas reglas básicas que buscan establecer una igualdad de condiciones para los agentes económicos que desean ofrecer sus productos o servicios en el mercado, lo cual, genera más competencia entre dichos agentes; y que tiene como resultado una mejora tanto en la calidad de los productos o servicios ofrecidos, como en los precios para el consumidor.

Derivado de la necesidad de dicha ley en el país y del contenido que abarca, se consideró necesario realizar un análisis jurídico de la iniciativa de Ley 5074, en cuatro puntos que se consideran importantes, los cuales son las acciones anticompetitivas, las institucionalización creada, el aspecto procesal y las sanciones e infracciones, incluidos en dicha propuesta aun no aprobada por el Congreso de la República de Guatemala.

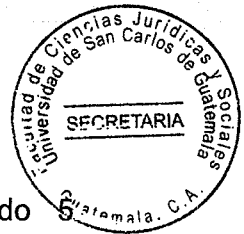
Con el análisis realizado se llegó a la conclusión que es de suma importancia que entre en vigencia el proyecto de Ley 5074, ya que sería de mucha utilidad y aplicación para la mejora de las relaciones entre los agentes económicos así como también con los consumidores, y la creación de un ambiente sano para la competencia en el mercado y la economía nacional.





BIBLIOGRAFÍA

- BATALLER, Juan y coautores. **La libertad de empresa: el derecho de competencia.** (s.l.i), (s.e), 2010.
- BULLARD, Alfredo. **La prohibición imposible ¿Cómo tratar a los monopolios en la Constitución?**. Perú: (s.e), (s.f).
- CASTAÑEDA GALLARDO, Gabriel. **Objetivos rectores de la política de competencia económica.** México: (s.e), 2000.
- DÍEZ ESTELLA, Fernando. **Tema 11. El derecho de defensa de la competencia.** España: (s.e), 2016/2017.
- Dirección de Promoción de la Competencia, Ministerio de Economía. **Apuntes sobre política de competencia.** Guatemala: (s.e), 2004.
- ESCOBAR, Jairo Julio. **Derecho de la competencia en Colombia y su interacción con los tratados internacionales de libre comercio.** Bogotá: (s.e), 2004.
- ESNAOLA, María. **Tema 10. Derecho de la competencia.** España: (s.e), 2015.
- FORNELLS DE FRUTOS, Jordi. **Derecho de competencia en Estados Unidos.** España: (s.e), 2004.
- GARCÍA CACHAFEIRO, F. **Fundamentos del derecho de la libre competencia.** España: (s.e), 2010.
- GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, Jesús. **El análisis económico del derecho: algunas cuestiones sobre su justificación.** España: (s.e), 1994.
- GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Juan David y coautores. **El derecho de la competencia en América Latina y el Caribe.** Colombia: (s.e), 2006.
- HARRIS, Marvin. **Cultura contemporánea norteamericana.** España: Castellano Alianza, 1984.
- http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFCE_270117.pdf (Consultado: 25 de febrero de 2019).
- http://www.mineco.gob.gt/sites/default/files/tipos_de_monopolio_ricardo_obando.pdf (Consultado: 15 de diciembre de 2018).
- <https://www.prensalibre.com/economia/gremial-de-importadores-de-combustibles-sostiene-que-no-hay-acuerdo-de-precios/> (Consultado: el 25 de febrero de 2019).
- <http://recursosbiblio.url.edu.gt/tesisjcem/2015/07/01/Pacheco-Efrain.pdf> (Consultado el 23 de enero de 2019).



<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article> (Consultado de enero de 2019).

MUSTAFA M. Al-Husban. **Desarrollo del derecho de la competencia: Unión Europea, España y Jordania.** España: (s.e), 2011.

OLAECHEA, José Antonio. **El surgimiento del derecho de la libre competencia y sus escuelas básicas.** Segunda Parte. Perú: (s.e), (s.f).

RUBIO ESCOBAR, Jairo. **Derecho de la competencia en Colombia y su interacción con los tratados internacionales de libre comercio.** Colombia: (s.e), 2004.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando, **Instituciones de derecho mercantil,** McGraw-Hill, (s.l.i), 1997.

WINSLOW, Terry. **Derecho y política de la competencia en Perú.** Examen Inter Pares. Realizado para la OCDE (Organización para la cooperación y el desarrollo económicos). Perú: (s.e), 2004.

WITKER, Jorge y VARELA, Angélica. **El derecho de la competencia económica.** México: (s.e), 2003.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Código de Comercio de Guatemala. Decreto número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, 1970.

Código Penal. Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, 1973.

Ley de Comercialización de Hidrocarburos. Decreto número 109-97 del Congreso de la República de Guatemala, 1997.

Ley General de Telecomunicaciones Decreto número 94-96 del Congreso de la República de Guatemala, 1996.

Proyecto de Ley de Defensa y Promoción de la Competencia. Número 5074.