

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

PRÁCTICAS MONOPÓLICAS EN LOS CONTRATOS DE JOINT VENTURE

FRANZ ALEJANDRO SAMAYOA CRUZ

GUATEMALA, SEPTIEMBRE DE 2008

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

PRÁCTICAS MONOPÓLICAS EN LOS CONTRATOS DE JOINT VENTURE

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

FRANZ ALEJANDRO SAMAYOA CRUZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, septiembre de 2008

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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huítz Enríquez
VOCAL IV: Br. Marco Vinicio Villatoro López
VOCAL V: Br. Gabriela María Santizo Mazariegos
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Luis Efraín Guzmán Morales
Vocal: Licda. Magda Montenegro
Secretario: Lic. José Luis De León Melgar

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Saulo De León Estrada
Vocal: Lic. José Efraín Ramírez
Secretario: Lic. Leonel López Mayorga

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 la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

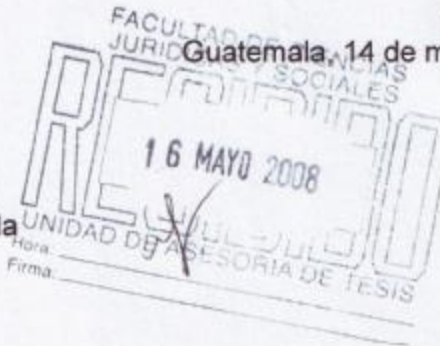


CORPORACIÓN DE ABOGADOS Y NOTARIOS ESPECIALIZADOS
Edificio Géminis Diez Torre Norte 3er nivel oficina 312
Teléfonos 23380330/31/49/50



Guatemala, 14 de mayo de 2008.

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutin
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Universidad de San Carlos de Guatemala
Guatemala



Licenciado Castillo:

En atención a providencia emanada de esta Unidad, por medio de la cual se me nombró Asesora del trabajo de tesis denominado PRÁCTICAS MONOPÓLICAS EN LOS CONTRATOS DE JOINT VENTURE, trabajo que a mi parecer cumple con las mejores expectativas que necesita un trabajo de esta naturaleza, ya que contiene doctrina, ejemplos prácticos y legislación, lo que la enriquecen aún más, y por tratarse de un tema de actualidad, utilizado en la práctica, pero no estudiado aún, será de gran beneficio para los estudiosos del Derecho Mercantil, ha sido elaborado con mucha propiedad, dedicación y estudio por el Bachiller FRANZ ALEJANDRO SAMAYOA CRUZ, por lo que de manera atenta emito el presente dictamen.

El trabajo está redactado en forma clara, sus conclusiones están de acuerdo con el contenido, así mismo se consultó bibliografía necesaria. El trabajo realizado por el bachiller FRANZ ALEJANDRO SAMAYOA CRUZ, es de gran importancia dentro del ámbito que fue realizada dicha investigación.

En vista de lo anteriormente expuesto, para mi es de satisfacción haber cumplido con la misión que usted me asignó, poniendo en conocimiento de las autoridades de la facultad que este trabajo se desarrolló con diseño jurídico apropiado al tema.

En definitiva, el contenido del trabajo de tesis, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva; la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones y recomendaciones, bibliografía utilizada, son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación, es por ello que al haberse cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, resulta procedente dar el presente DICTAMEN FAVORABLE, aprobando el trabajo de tesis asesorado.

Sin otro particular, me suscribo de usted, atentamente,

Licenciada Gladys Elizabeth Monterroso Velásquez de Morales.

Colegiado 5956

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

Gladys Elizabeth Monterroso

Velasquez de Morales

Abogada y Notaria



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veinte de mayo del años dos mil ocho.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) LUIS EFRAÍN GUZMÁN MORALES, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante FRANZ ALEJANDRO SAMAYOA CRUZ, Infiltrado: "PRÁCTICAS MONOPÓLICAS EN LOS CONTRATOS DE JOINT VENTURE".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para el Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, 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, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".

LIC. MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis
MTCL/ragm

Lic. Luis Efraín Guzmán Morales
ABOGADO Y NOTARIO
COLEGIADO 4700

7ª. Avenida 6-53 zona 4, Oficina 62
6to. Nivel, Edificio El Triángulo
Tels. 5864-7000, 52596501



Guatemala, 3 de junio de 2008

Licenciado
Marco Tulio Castillo Latín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho

Respetable Director:

De conformidad con el nombramiento de fecha veinte de mayo de dos mil ocho, procedí a revisar el trabajo de tesis del Bachiller **FRANZ ALEJANDRO SAMAYOA CRUZ**, intitulada "**PRÁCTICAS MONOPÓLICAS EN LOS CONTRATOS DE JOINT VENTURE**".

He realizado la revisión de la investigación y en su oportunidad he sugerido algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción, que en su momento consideré necesarias para mejor comprensión del tema que se desarrolla.

En relación al contenido científico y técnico de la tesis, abarca las etapas del conocimiento científico, el planteamiento del problema jurídico-social de actualidad, la recolección de información realizada por el Bachiller **FRANZ ALEJANDRO SAMAYOA CRUZ**, fue de gran apoyo en su investigación ya que el material es considerablemente actual.

La estructura formal de la tesis fue realizada en una secuencia ideal para un buen entendimiento de la misma, así como la utilización de los medios deductivo e inductivo, analítica, sintético, histórico, jurídico y la utilización de la técnica de investigación bibliográfica que comprueba que se hizo la recolección de la bibliografía actualizada.

Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas en forma clara y sencilla para esclarecer el fondo de la tesis en congruencia con el tema investigado. En tal sentido el contenido del trabajo de tesis me parece muy interesante y en medida de espacio, conocimiento e investigación con los requisitos establecidos de forma y de fondo exigidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público; de lo anterior emito **DICTAMEN FAVORABLE**, por lo que puede ser sometida a su discusión y aprobación.

Me suscribo con muestras de alta estima y consideración.

Lic. Luis Efraín Guzmán Morales
ABOGADO Y NOTARIO



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, seis de agosto del año dos mil ocho.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante FRANZ ALEJANDRO SAMAYOA CRUZ, Titulado PRÁCTICAS MONOPÓLICAS EN LOS CONTRATOS DE JOINT VENTURE. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.

CMCM/ragm

effe

[Handwritten signature]



[Handwritten signature]



DEDICATORIA

**A DIOS, JESUCRISTO Y EL
ESPÍRITU SANTO:** Por darme la vida, la salvación, el
consuelo, la sabiduría y la inteligencia.

A MI MADRECITA: Por quererme y apoyarme
incondicionalmente, por creer en mí
siempre.

A MI PADRE: Por retomar el camino que dejó y debe
concluir.

A MIS ABUELITOS: Por ser mis otros padres y cuidar de mí
siempre.

A MIS AMIGOS: A quienes les deseo éxitos en la vida.

A: La Universidad de San Carlos de
Guatemala, especialmente a la Facultad de
Ciencias Jurídicas y Sociales, magnífica
casa de estudios.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Derecho de la competencia: orígenes y evolución.....	1
1.1. El derecho de la competencia en Estados Unidos de América.....	1
1.1.1. Primera etapa (1890-1914).....	3
1.1.2. Segunda etapa (1915-1936).....	6
1.1.3. Tercera etapa (1936-1972).....	8
1.1.4. Cuarta etapa (1972-1991).....	11
1.1.5. Quinta etapa (a partir de 1992).....	14
1.2. El derecho de la competencia en la Unión Europea.....	16
1.2.1. La modernización de la normativa de la UE.....	19
1.3. Sistemas económicos y derecho de la competencia.....	21
1.4. Justificación del derecho de libre competencia.....	26
1.5. Los incentivos que genera la competencia.....	26

CAPÍTULO II

2. Fundamentos del derecho de la competencia.....	29
2.1. El mercado.....	29
2.2. El sistema de mercado.....	30

	Pág.
2.2.1. La competencia perfecta.....	30
2.2.2. Definición de competencia perfecta.....	31
2.2.3. Condiciones del mercado perfecto.....	32
2.3. Fallas del mercado: la competencia imperfecta.....	34
2.3.1. Por el lado de la oferta.....	35
2.3.2. Por el lado de la demanda.....	39
2.4. Causas de las imperfecciones del mercado.....	40
2.4.1. Los costes.....	40
2.4.2. Las barreras de entrada a la competencia.....	41
2.4.3. Las restricciones legales.....	43
2.4.4. Elevados costes de entrada.....	43
2.4.5. La publicidad y la diferenciación del producto.....	43
2.4.6. La interacción estratégica.....	44
2.5. Análisis del mercado.....	44
2.5.1. El mercado relevante.....	44
2.5.1.1. Producto relevante (mercado del producto pertinente).....	45
2.5.1.2. La delimitación geográfica del mercado (mercado geográfico pertinente).....	46
2.5.2. Poder de mercado o posición de dominio.....	46
2.6. Conductas empresariales anticompetitivas en el mercado.....	47
2.6.1. Abuso de posición de dominio.....	47

	Pág.
2.6.2. Conductas constitutivas de abuso de una posición dominante: la discriminación de precios.....	48
2.6.2.1. Discriminación de personas.....	48
2.6.2.2. Discriminación de grupos.....	49
2.6.2.3. Discriminación de productos.....	49
2.6.3. Conductas constitutivas de abuso de una posición dominante: las estrategias predatorias.....	50
2.6.3.1. Los precios predatorios.....	50
2.6.3.2. Dificultades en la correcta definición de la conducta.....	51
2.6.3.3. El incremento de los costos del rival.....	52
2.7. Prácticas restrictivas de la competencia: las prácticas colusorias entre competidores.....	52
2.7.1. Tipos de colusión o cartel.....	53
2.7.1.1. Los carteles duros: convenios para fijar precios u otras condiciones de venta.....	53
2.7.1.2. El reparto de mercados o clientela.....	54
2.7.1.3. Las restricciones de la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas.....	55
2.7.1.4. La licitación colusoria.....	55
2.7.1.5. La negativa concertada a comprar o a suministrar.....	56

	Pág.
2.7.1.6. La negativa colectiva a que se acceda a un acuerdo o a una asociación que sean decisivos para la competencia.	57
2.7.1.7. Los acuerdos que se evalúan según sus efectos: los boicots.....	57
2.8. Prácticas restrictivas de la competencia: las restricciones verticales a la competencia.....	57
2.8.1. Las exclusiones.....	58
2.8.1.1. Los precios de reventa.....	58
2.8.1.2. Acuerdos de exclusividad.....	58
2.8.1.3. Mantenimiento colectivo de precios de reventa o fijación de los precios de reventa.....	58
2.8.1.4. Restricciones de mercado territorial exclusivo o reservado.....	59
2.8.1.5. Acuerdos vinculantes.....	59
2.9. Las reglas de análisis de las prácticas restrictivas de la competencia: la regla de la razón y la ilegalidad per se.....	59
2.9.1. Sistema de la regla de la razón.....	59
2.9.2. La regla per se.....	61

CAPÍTULO III

3. El derecho de la competencia en la legislación guatemalteca.....	63
3.1 Ministerio de economía: aspectos institucionales y objetivos.....	63
3.1.1. Funciones sustantivas.....	63

	Pág.
3.1.2. Funciones de las unidades administrativas principales:	
viceministerio de inversión y competencia.....	64
3.1.3. Unidades de ejecución: dirección de promoción de la	
competencia.....	64
3.2. Competencia de mercados en Guatemala.....	65
3.3. Constitución Política de la República de Guatemala.....	66
3.4. Código de Comercio.....	69
3.5. Código Penal.....	69
3.6. Competencia y liberalización de mercados.....	71
3.6.1. Generalidades.....	71
3.6.2. Mercado de telecomunicaciones.....	71
3.6.2.1. Telecomunicaciones de Guatemala: reseña histórica.....	71
3.6.2.2. TELGUA en la actualidad.....	73
3.6.2.3. Ley General de Telecomunicaciones.....	74
3.6.3. Mercado eléctrico.....	76
3.6.3.1. Empresa eléctrica de Guatemala (EEGSA): reseña	
histórica.....	76
3.6.3.2. Ley General de Electricidad.....	78
3.6.4. Mercado de hidrocarburos.....	80
3.6.4.1. Ley para la Comercialización de Hidrocarburos.....	81
3.6.5. Mercado bancario.....	84

CAPÍTULO IV

4. Joint ventures.....	87
4.1. Consideraciones previas.....	87
4.2. Orígenes y antecedentes de la noción de joint venture en derecho.....	87
4.2.1. Las primeras definiciones de la joint venture en la jurisprudencia norteamericana.....	87
4.3. Los elementos de definición de la noción histórica de joint venture.....	88
4.3.1. La joint venture histórica como ad hoc partnership.....	88
4.3.2. La joint venture histórica como figura asociativa entre corporations.....	90
4.3.3. Evolución histórica de la noción de joint venture en los Estados Unidos.....	91
4.3.4. Desaparición de la distinción entre partnership y joint venture.....	91
4.3.5. Clasificación del concepto de joint venture en función de su contenido jurídico.....	93
4.3.5.1. Nacimiento de la noción unincorporated joint venture o contractual joint venture.....	94
4.3.5.2. Nacimiento de la noción incorporated joint venture.....	95
4.4. La noción moderna de la joint venture.....	95
4.4.1. Definición económica de la joint venture.....	96
4.5. Desde el punto de vista organizativo: la joint venture como forma intermedia entre mercado y empresa.....	96

	Pág.
4.5.1. El mercado.....	96
4.5.2. La empresa.....	97
4.6. Alianzas estratégicas, cooperación entre empresas y joint ventures.....	98
4.6.1. Alianzas estratégicas: motivaciones comerciales.....	98
4.6.2. Formas de alianzas.....	98
4.6.2.1. Alianzas contractuales.....	98
4.6.2.2. Alianzas de inversión minoritaria.....	99
4.6.3. Cooperación empresaria.....	99
4.7. Ventajas de las joint ventures.....	100
4.7.1. Finalidad lucrativa de la joint venture: cuestión accesoria.....	100
4.7.2. Mejora de la eficiencia productiva, comercial o técnica.....	100
4.7.3. Crea sinergias.....	101
4.7.4. Crea economías de escala.....	101
4.7.5. Reduce costes y riesgos.....	101
4.7.6. Facilita la comercialización de los productos.....	102
4.7.7. Acercamiento entre empresas de nacionalidad distinta.....	102
4.8. Tipología de las joint ventures en función de la estructura económica de la alianza.....	102
4.8.1. Formas no estructuradas de joint venture.....	103
4.8.2. Formas estructuradas de joint venture.....	104
4.9. Tipología de las joint ventures según el objeto económico de la alianza.	105

	Pág.
4.9.1. Joint ventures de investigación, de producción, de comercialización.....	105
4.9.2. Joint ventures horizontales, joint ventures verticales y joint ventures conglomerales.....	107
4.9.3. Joint ventures con una sola función y joint ventures con plenas funciones empresariales.....	108
4.9.4. Joint venture instrumental y joint venture operativo.....	109
4.9.5. Joint operating agreement: modalidad operativa y características.	110
4.9.5.1. La figura del operador.....	110
4.9.5.2. Estructura del negocio.....	111
4.9.5.3. Joint operating agreement en la legislación guatemalteca.....	112
4.10. La concentración económica y joint ventures.....	113
4.11. Motivaciones económicas para la conformación de la joint venture.....	114
4.12. Distinción fundamental entre joint venture y acuerdos restrictivos de la competencia, carteles, conclusiones finales.....	115
CONCLUSIONES.....	117
RECOMENDACIONES.....	119
BIBLIOGRAFÍA.....	121

INTRODUCCIÓN

La presente investigación desarrolla y analiza las alianzas estratégicas y la joint venture, como una forma de organización societaria de estructura contractual que es ya un tema por demás conocido en las legislaciones de tradición anglosajona y que en la actualidad posibilita la inserción de capital extranjero en países en vías de desarrollo, permitiendo la absorción de grandes costos de capital y facilitación de tecnología, creando economías de escala y superando barreras de entrada alta en industrias determinadas.

Las prácticas monopólicas en los contratos de joint venture, es el tema a tratar en la presente investigación.

Existen motivos para creer que esta figura societaria sea restrictiva de la competencia, sobre todo si se considera que los participantes en la mayoría de estos casos de cooperación societaria son posibles competidores entre si por encontrarse en el mismo grado del proceso productivo, pero la autoridad de protección de la competencia no será prohibitiva en la celebración de los mismos si con el acuerdo se logra la eficiencia económica para los agentes económicos.

Pero la realidad guatemalteca por el contrario es muy distinta, ya que a pesar de existir una prohibición expresa de monopolios y prácticas anticompetitivas, los abusos de posición dominante y prácticas colusorias son notables, por lo que se hace de imperiosa necesidad contar con normativa ordinaria que desarrolle el derecho de la competencia en Guatemala y consecuentemente un órgano administrativo para su protección y promoción.

Establecido lo anterior la presente investigación está desarrollada en cuatro capítulos; el primer capítulo, comprende lo referente al derecho de la competencia, sus orígenes en los Estados Unidos de América y posteriormente en la Unión Europea, su justificación en las economías de libre mercado y los incentivos que la competencia

genera; el segundo capítulo define el sistema de mercado, sus características y la competencia perfecta, las fallas del mercado y competencia imperfecta, las causas de las imperfecciones, las prácticas empresariales anticompetitivas, por último las reglas de análisis de las prácticas restrictivas de la competencia; el capítulo tercero contiene lo referente a la normativa de defensa de la competencia en Guatemala, en la legislación constitucional y ordinaria, algunos aspectos institucionales de la autoridad vigente para la promoción de la competencia; por último en el capítulo cuarto, se desarrolla el tema de las joint ventures, desde sus orígenes en el derecho anglosajón, la concepción moderna del mismo, las diferentes tipologías, finalizando con las motivaciones económicas para la conformación del mismo.

A través de la técnica bibliográfica y documental, se analizó la historia del derecho de la competencia y de los contratos de joint venture, haciendo un análisis de la legislación vigente, lo cual fue sintetizado, habiendo dado como resultado esta tesis, esperando contribuir en algo para los estudiosos del derecho mercantil y estudiantes en general.

CAPÍTULO I

1. Derecho de la competencia: orígenes y evolución

El origen de las personas, de las sociedades, de las naciones y de las ideologías explica su presente y determina su futuro. Sin pretender hacer un análisis exhaustivo del nacimiento de esta rama del derecho en los Estados Unidos de América (en adelante EE.UU.) y de su posterior adopción en Europa, a continuación se presenta una reseña histórica de su proceso de formación y de los aspectos que lo caracterizan en la actualidad.

1.1. El derecho de la competencia en Estados Unidos de América

Algunos autores se remontan a la edad media para explicar los orígenes de las políticas de competencia, realización del comercio y sus privilegios para la producción de determinados bienes. "...afirman que hay evidencias de que los monopolios estaban prohibidos desde el derecho romano, luego implícitamente en la Carta Magna y en ciertas leyes del Rey Eduardo III."¹ Sin embargo, el derecho antimonopolístico moderno surge a finales del siglo XIX en EE.UU., en el contexto de una sociedad con una economía proteccionista en la cual proliferaron los monopolios y los carteles.

El derecho de la competencia de EE.UU. se originó en 1890 cuando el Congreso aprobó el proyecto de ley contra los monopolios (en inglés, antitrust) presentado por el senador John Sherman del Estado de Ohio. A partir de este momento se dio inicio a más de un siglo de jurisprudencia sobre los monopolios, las concentraciones empresariales, las prácticas restrictivas, los carteles y en general todos los aspectos relacionados con el derecho antitrust.

"De acuerdo a la doctrina convencional, los acuerdos económicos (en inglés,

¹ Miranda Londoño, Alfonso. **Anotaciones sobre el derecho antimonopólico en los Estados Unidos de norteamérica.** Pág. 147.

“corporate trusts”) y carteles de precios (en inglés, “pooling arrangements”), que operaban en todo el país en la época entre la guerra civil y el año de 1890, permitían a los empresarios hacer acuerdos para fijar precios y dividirse los mercados. Así, las normas antimonopolio surgen como respuesta del Estado a las restricciones generadas por estos fenómenos económicos.”²

Sin embargo, debemos hacer referencia a que no hay evidencia de que las grandes empresas de finales del siglo XIX en EE.UU. realizaran prácticas anticompetitivas. Por el contrario, la normativa antitrust de EE.UU. fue producto de grupos de interés que buscaban protegerse de las grandes corporaciones que crecían rápidamente y lograban precios bajos debido a las economías de escala que obtenían. En conclusión, la Ley Sherman no fue producto de la voluntad de imponer la ideología de libre cambio, por el contrario, se trataba de otro tipo de medida proteccionista.

“Hoy en día la Ley Sherman sigue siendo el estatuto fundamental de EE.UU., que establece en términos generales las siguientes prohibiciones:

- **§1:** Prohíbe toda clase de acuerdos que tiendan a restringir la competencia entre los diversos Estados o con naciones extranjeras.
- **§2:** Prohíbe tanto la monopolización como el intento de monopolizar cualquier parte del comercio interestatal o internacional.”³(sic).

La Ley Sherman se distinguía de los demás estatutos que regulaban el comercio en EE.UU., por ser demasiado genérica, pues prohibía y castigaba penalmente todo contrato, combinación o conspiración que restringiera el comercio al igual que la monopolización.

Esta prohibición general, tuvo dos efectos: Primero, 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

² **Ibid.** Pág. 148.

³ **Ibid.** Pág. 149.

competencia vigorosa y una monopolización ilegal. Un segundo efecto fue la convergencia, que hoy en día se mantiene, entre la ciencia del derecho y la ciencia de la economía. Aunque en nuestro concepto, este resultado se debe no tanto al hecho de que la Ley Sherman haya establecido una prohibición muy genérica, sino a los conceptos en los cuales se fundamenta la necesidad del derecho de la competencia en una sociedad de libre mercado, que en esencia son conceptos económicos. De esta forma, en la historia de esta rama del derecho, el aporte de los economistas ha sido muy importante y los cambios que la teoría económica ha tenido a lo largo de los años también han incidido en la evolución del derecho de la competencia, como se verá más adelante.

Otra consecuencia a la forma genérica en que están escritas las leyes antitrust: no son una guía clara para las empresas que quieran cumplirla y tampoco son claras las normas para los jueces que deben interpretarlas. Como dijimos anteriormente, “son las cortes federales y la Corte Suprema las encargadas de concretar estas reglas generales en reglas específicas, que evolucionan a través de la jurisprudencia enmarcada en el sistema del Common Law.”⁴

A continuación se presenta la evolución del derecho de la competencia en EE.UU. acogiendo la división de ésta en cinco períodos.

1.1.1. Primera etapa (1890-1914)

La promulgación de la Ley Sherman generó un debate entre los economistas de fines del siglo XIX en cuanto a los efectos que podría tener. Para algunos, la norma no detendría la tendencia de la economía estadounidense a la cartelización. Para otros, como los académicos libertarios de la Escuela Austriaca de Economía, la norma sería un obstáculo para la obtención de mayores eficiencias que producirían las nuevas formas de organización industrial. En realidad, en sus primeros días, eran pocos los economistas que creyeron que la Ley Sherman fuera una herramienta útil y eficaz para

⁴ Baker, Jonathan B. **A preface to post-chicago antitrust**. Junio de 2001.

controlar las conductas comerciales abusivas.

Aunque la teoría económica y jurídica convencional ha adoptado el derecho antimonopolio como una herramienta estatal útil para preservar la transparencia de los mercados y la libre competencia, el debate sobre los efectos económicos de su aplicación continúa hoy en día.

En las primeras dos décadas de vigencia de la Ley Sherman no hubo una decidida aplicación de sus preceptos, pero fue el comienzo de la interpretación por parte de las cortes de los términos de la Ley. A pesar de la poca claridad de la Ley Sherman, ésta no condenaba la existencia per se de monopolios. El lenguaje de la Ley Sherman y su historia legislativa indican que el Congreso no condena el status de monopolio. En cambio, la crucial tarea analítica de las cortes era definir la conducta que, unida con el poder de monopolio, constituía una monopolización ilegal.

Los primeros jueces que aplicaron la Ley Sherman, consideraban que la interferencia al proceso competitivo era negativo por la disminución de la eficiencia de las empresas. Pero el Juez Peckham fue más allá al considerar que la excesiva concentración del mercado en manos de enormes empresas era “contrario al interés público, así genere reducciones en los costos que bajen los precios, por el poder que tendrían para aumentar los precios sin disminuir sus ingresos y el poder para sacar del negocio a pequeñas empresas.”⁵

El criterio sociopolítico aplicado por la Corte Suprema en los siguientes términos: “Durante la primera época de la aplicación de las leyes antimonopolísticas se utilizó un criterio eminentemente sociopolítico o populista, que tendía a condenar a las grandes empresas con el objeto de proteger a las pequeñas, sin consideración por las condiciones de eficiencia del mercado ni por el bienestar de los consumidores. El espíritu de esa época se resume en el famoso anatema pronunciado en 1945 por juez Learned Hand del Segundo Circuito Federal, con ocasión del caso United States vr.

⁵ **Ibid.** Pág.4.

Aluminum Co. of América (ALCOA) y según el cual "... existe la creencia de que los grandes conglomerados industriales son inherentemente indeseables, independiente de sus resultados económicos".⁶

Quienes aplicaron por primera vez la Ley Sherman, "concibieron que el objetivo de dicha legislación era proteger los derechos naturales de la libertad económica, la seguridad en la propiedad privada y en el proceso competitivo, y libre cambio en vez de interferencia artificial."⁷

La rigurosidad en la aplicación de la Ley, por parte de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a la prohibición de la monopolización fue irregular. En un comienzo, fue permisiva al punto que en 1895 en *United States vr. E.C. Knight Co.* la Corte Suprema toleró una serie de integraciones que le dieron al Sugar Trust el control sobre el 98 por ciento de la capacidad de refinar azúcar en el país (EE.UU.). Esta decisión generó en los siguientes años una ola de integraciones en diversos sectores de la economía estadounidense.

Solo hasta 1904 (en virtud del caso *Northern Securities vr. United States*) la Corte Suprema modificó su posición inicial y demostró que en virtud de la Ley Sherman podía impedir la realización de integraciones que condujeran al monopolio.

No obstante, en los siguientes años las autoridades estadounidenses archivaron varios casos contra las empresas más grandes de EE.UU. En un caso hito de 1911, *Standard Oil Co. vr. United States*, la Corte Suprema ratificó su posición de controlar la alta concentración del mercado en manos de una empresa que en este caso era del 90 por ciento.

A pesar del fallo anteriormente citado, el Congreso de EE.UU. consideraba que la Corte Suprema de Justicia estaba disminuyendo la rigurosidad de la aplicación de la

⁶ Miranda, **Ob. Cit**; Pág. 152.

⁷ Baker, **Ob. Cit**; Pág. 4.

Ley Sherman. Esta impresión fue la causa de la promulgación de la Ley Clayton de 1914 y la creación de la Comisión Federal de Comercio - CFC (en inglés “Federal Trade Commission – FTC”) por medio de la Ley CFC. La Ley Clayton reducía la discreción de los jueces mediante la prohibición específica de ciertas conductas.

Características principales de algunos de sus preceptos:

- “Trataba sobre la discriminación de precios, pero fue derogada por la Ley Robinson – Patnam en 1936.
- Prohíbe ofrecer descuentos o tratos preferenciales a los consumidores.
- Prohíbe las fusiones 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.”⁸

1.1.2. Segunda etapa (1915-1936)

A pesar de los cambios realizados al final de la anterior etapa, el período de 1915 a 1936 no se caracterizó por una agresiva aplicación de la normativa antitrust. Una forma en la cual se manifestó esta permisividad de las cortes, fueron los casos en los cuales la autoridad aceptaba un mercado relevante tan amplio que al analizar el poder de mercado de la empresa investigada, su participación en el mercado era suficientemente baja para desestimar su posible poder de mercado.

Las razones que explican la tolerancia de las cortes fueron de carácter económico y político. En primer lugar, como resultado de las relaciones que surgieron entre la industria y el gobierno en virtud de la Primera Guerra Mundial, se estimó que la forma de colaboración que se dio durante el tiempo de guerra era ideal también para los tiempos de paz. Fue así como, Herbert Hoover quien, como Secretario de Comercio y como Presidente, persuadió a los empresarios para cooperar a través de asociaciones

⁸ Miranda, **Ob. Cit**; Págs. 149 - 150.

gremiales para intercambiar información y para limitar las características derrochadoras de la competencia.

En segundo lugar, muchos analistas argumentaron que el colapso de la economía de EE.UU. era consecuencia del esquema de libre competencia económica y por ello se legitimaba aún más la política de que el gobierno condujera en mayor medida el comercio y de que hubiera una coordinación cercana entre el gobierno y la industria.

La Gran Depresión dio fuerza a ideas contrarias a las inspiradoras de la Ley Sherman y el Estado viró hacia la intervención y la planificación de la economía. Esta nueva situación se hizo evidente en la decisión de la Corte Suprema de Justicia en el caso *Appalachian Coals vr. United States* (1933) en el cual "...se permitió que 137 productores de carbón en Appalachia designaran a un agente vendedor exclusivo en respuesta a las llamadas prácticas de comercio destructivas que bajaban los precios."⁹ Incluso se llegó a suspender la aplicación de la normativa de libre competencia por un tiempo en virtud de la Ley de Recuperación de la Industria Nacional (National Industrial Recovery Act – NIRA) que permitió a las industrias desarrollar y aplicar códigos de leal competencia, que usualmente en la práctica eran carteles para fijar precios. Poco tiempo después de entrar en vigencia, esta Ley de Recuperación fue declarada inconstitucional.

En este período se confirma que el tipo de sistema económico promovido por el gobierno de un país determina el grado aplicación o no aplicación de las normas de libre competencia. En el presente caso, el apoyo a la libre competencia como medio más adecuado para que se realicen las relaciones comerciales en una economía perdió apoyo y por lo tanto lo mismo ocurrió con la política de libre competencia.

Por último, en 1936 el Congreso expide la Ley Robinson-Patman:
“• **§ 5** Deroga la **§2** de la Ley Clayton y prohíbe la discriminación por medio del precio entre diferentes compradores de bienes similares en grado y calidad, cuando el efecto

⁹ Baker, **Ob. Cit**; Pág.7.

de dicha discriminación sea el de reducir la competencia o el de formar un monopolio.”¹⁰(sic)

1.1.3. Tercera etapa (1936-1972)

En esta etapa, nuevamente las decisiones políticas 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 buscó la restauración de la economía estadounidense por medio de la competencia económica. Esta política, sin duda alguna, impulsó una aplicación más rigurosa del antitrust.

Fueron economistas de la Universidad de Chicago, como el economista Henry Simons, quienes sustentaron la necesidad de dejar atrás los programas relacionados con el New Deal y promovieron la aplicación estricta de la normativa de competencia con miras a desconcentrar la industria estadounidense.

Dos estrategias fueron claves en este cambio de política: en primer lugar, la aplicación de la regla per se, donde se prohíben determinadas conductas independiente de sus efectos en el mercado y en segundo lugar, disminuir la carga probatoria que es necesaria para castigar a infractores de la normativa.

“La regla per se, creada por la Corte Suprema, equivalen a presunciones de derecho, en virtud de las cuales si una conducta se ajusta al supuesto fáctico de una norma o regla entonces será considerada como restrictiva de la competencia y por lo tanto ilegal.”¹¹ Así, el único medio de defensa del agente económico ante la imputación de una conducta prohibida bajo la regla per se es probar que no incurrió en la conducta.

¹⁰ Miranda, **Ob. Cit**; Pág. 150.

¹¹ **Ibid.** Pág. 150.

La aplicación de la regla per se en los procesos judiciales cumple con el objetivo de disminuir la carga probatoria para el Estado en la medida en que la simple comprobación de la realización de la conducta prohibida per se es suficiente para castigar al infractor, sin necesidad de probar que su conducta efectivamente produjo restricciones a la competencia. A contrario sensu, no será procedente que el supuesto infractor argumente que su conducta a pesar de ajustarse a la situación de hecho descrita en la norma no restrinja la libre competencia.

“... la Corte no escuchará los argumentos del demandado tendientes a demostrar que los precios son razonables, que las partes no tienen suficiente poder dentro del mercado relevante, que la conducta en cuestión no tuvo realmente el efecto de restringir la competencia, o que benefició a los consumidores.

Tampoco aceptará la Corte disculpas que tiendan a justificar la práctica restrictiva con el argumento de que la competencia en este mercado específico es perjudicial para la economía. En ningún caso una defensa que pretenda descalificar el proceso de competencia comercial logrará excluir a un acusado de la aplicación de la regla per sé.”¹²

Una práctica se prohíbe de manera per se cuando la naturaleza y efecto este, de acuerdo a la experiencia y a la teoría económica, es tan evidentemente anticompetitiva que no se necesita realizar un elaborado estudio de la industria respectiva para concluir que son ilegales.

En cuanto a la segunda estrategia, fueron probados acuerdos anticompetitivos sin que existiera evidencia directa de ellos, como sería el testimonio de los participantes o documentos que los contuvieran. Sin embargo, la radical aplicación del antitrust hace que en esta etapa las leyes tengan por objeto condenar los monopolios. Muestra de esta política, fue el caso de Aluminum Company of America (ALCOA) vr. United States. En esta decisión la Corte consideró que el cubrimiento de nueva demanda a través del

¹² **Ibid.** Pág. 157.

incremento preventivo de la capacidad productiva era ilegal.

En esta etapa las cortes desestimaron los argumentos de los investigados en relación con las eficiencias generadas por sus conductas, revelando una sospecha implícita de que un funcionamiento superior nunca podría explicar una posición dominante. Pocas decisiones de esta era, son acogidas hoy en día. En varias providencias de la década de los sesenta, la Corte Suprema de Justicia desestimó los argumentos sobre las eficiencias en las concentraciones por ser irrelevantes.

“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.”¹³ Este enfoque produjo decisiones como la del caso *Brown Shoe Co. vr. United States* de 1962 en el cual, la Corte Suprema de Justicia invalidó una concentración económica que hubiera generado una participación horizontal en el mercado nacional de tan sólo el 5%. La Corte argumentó que aunque la participación en el mercado nacional era baja, en algunos sub – mercados la participación sería excesiva. La Corte también sostuvo que algunas metas no relacionadas con la eficiencia, como es el caso de preservar pequeñas empresas, eran relevantes para aplicar la Ley.

Sin embargo, en los años posteriores de la posguerra se realizaron numerosas concentraciones económicas debido a que mientras Europa estaba en ruina y recogiendo los escombros que dejó la Segunda Guerra Mundial, la economía de Estados Unidos aprovechaba ese vacío para fortalecer la colocación de productos en el mercado mundial. La tendencia hacia el oligopolio ya estaba bien asentada en la primera mitad del siglo. Pero después de la Segunda Guerra Mundial, el ritmo de adquisiciones y expansiones se aceleró porque las compañías estadounidenses pudieron sacar provecho de la posición preeminente que Norteamérica había alcanzado en el mundo. Como la mayoría de las demás potencias industriales estaban paralizadas a causa del daño que sufrieron sus fábricas, las compañías norteamericanas crecieron

¹³ Baker, **Ob. Cit**; Pág. 9.

en forma desmesurada y se hicieron con el control de una proporción cada vez mayor de los mercados nacionales e internacionales de una serie de productos cada vez más diversos.

En las décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial cobró fuerza la teoría económica estructuralista, la cual consistía en analizar el comportamiento de la industria bajo la premisa de que esta era determinada por su estructura.

“Adicionalmente, de conformidad con el análisis estructuralista de la Corte, la ciencia económica no siempre puede predecir los efectos de aquellas conductas que se desvían de las líneas de comportamiento predeterminadas por la teoría económica.”¹⁴

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 cuándo un mercado está concentrado y cuando no lo está. El Juez Potter Stewart criticó las tendencias de la Corte Suprema –a raíz del caso *United States vr. Von’s Grocery Co.* (1966) - y afirmó que la única consistencia que encontraba en las decisiones sobre integraciones de la Corte en este período era que el Gobierno siempre gana.

“Finalmente, en 1968 el Departamento de Justicia emitió un Manual de Integraciones (Merger Guidelines) que facilitó la comprensión de la aplicación de las normas a las empresas.”¹⁵

1.1.4. Cuarta etapa (1972-1991)

La forma de aplicar el derecho de la competencia por las cortes en las dos décadas anteriores fue criticada por economistas y abogados a comienzos de los años setenta, entre ellos la denominada, Escuela de Chicago, compuesta por reconocidos abogados

¹⁴ Miranda, **Ob. Cit**; Pág. 152.

¹⁵ Baker, **Ob. Cit**; Pág. 10.

y economistas como Richard Posner –Senior Lecturer en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago-, Robert Bork, Aaron Director, Frank Easterbook y George Stigler, entre otros.

Los economistas de esta nueva Escuela de Chicago al igual que Henry Simons aborrecían la regulación de la entrada a los mercados y la regulación de precios, pero se diferenciaban en cuanto a que hacían énfasis en la eficiencia para explicar muchos fenómenos como la concentración industrial, las integraciones y las restricciones contractuales, que en las décadas de los años cincuenta y sesenta fueron desfavorecidas por el derecho antitrust.

Con la influencia de la nueva Escuela de Chicago, las cortes de EE.UU. comenzaron a tener en cuenta la eficiencia creada por la conducta analizada. En esta etapa las cortes comenzaron a aceptar conductas que creaban eficiencias que eran benéficas para los consumidores. El objetivo principal de las leyes antimonopolio se transformó: ahora se buscaría el bienestar del consumidor. De esta forma se estableció que la eficiencia conducía al bienestar del consumidor. En ese sentido el objetivo de la legislación de libre competencia bajo el nuevo enfoque que denomina, criterio de la eficiencia, en los siguientes términos: “La misión de las leyes antimonopolísticas bajo este esquema, 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. Los monopolios solo serán condenados cuando se demuestre que crean ineficiencias al restringir la producción con el objeto de elevar los precios, en detrimento de los consumidores, y de la economía en general.”¹⁶

En esta nueva etapa se controvirtieron muchas de las reglas per se creadas por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia entre los años 1940 y 1972, pues según abogados y economistas algunas conductas prohibidas per se tenían efectos pro competitivos muy importantes, y por ende, deberían ser estudiadas bajo la regla de la razón.

¹⁶ Miranda, **Ob. Cit**; Pág. 153.

Las críticas fueron acogidas en gran parte por la percepción de que las empresas norteamericanas estaban perdiendo terreno en el mercado mundial. De esta forma, las decisiones de la Corte Suprema sobre colusión y cooperación entre empresas reflejó una tensión entre quienes optaban por el uso de la regla per se y quienes preferían el uso de la regla de la razón. Este último sistema de análisis difiere de la regla per se en la medida en que se aplica a prácticas cuyas consecuencias no siempre son anticompetitivas y que dependen de la particular estructura del mercado.

Los cuatro aspectos que la autoridad de la competencia debe analizar de una práctica son su naturaleza, su propósito, su efecto sobre la libre competencia y el poder de mercado del agente económico. Así, para que un agente económico pueda ser sancionado a la luz de la regla de la razón su conducta debe producir efectivamente una restricción a la competencia que no puede ser compensada por las eficiencias que dicha conducta pueda generar.

En cuanto a la investigación por abuso de la posición dominante y a la investigación de integraciones hubo un giro importante. Las investigaciones relacionadas con la posición dominante en su mayoría fueron falladas a favor de los investigados.

Frente a las integraciones, la balanza empezó a inclinarse a favor de las empresas que realizaban las operaciones pues se generó un clima de mayor permisividad en virtud de la acogida en varias decisiones de las justificaciones entorno a las eficiencias que se crearían en virtud de la concentración económica. En ese contexto fue expedido un nuevo Manual de Integraciones en 1982 -que reemplazaba el de 1968- y que “incorporaban factores más allá de la concentración de mercado hacia el análisis de los efectos competitivos que podría causar la transacción.”¹⁷

¹⁷ Baker, **Ob. Cit**; Pág. 14.

1.1.5. Quinta etapa (a partir de 1992)

“En los últimos 20 años las leyes antimonopolio han evolucionado hacia un enfoque ecléctico –denominado, criterio de planeación estratégica- que asimila los aspectos más importantes de la escuela estructuralista y la teoría de la eficiencia.”¹⁸

La Corte Suprema ha intentado balancear los beneficios pro competitivos versus los efectos anticompetitivos de la conducta. A partir de la década de los noventa se ha presentado la tendencia en las decisiones de las autoridades de la competencia a buscar un punto medio entre la aplicación de la regla per se y la regla de la razón. lo característico en los casos recientes sobre colusión o cooperación entre empresas es la búsqueda de técnicas analíticas que sean manejables y que puedan evitar la complejidad de la tradicional regla de la razón pero que a la vez puedan suministrar un análisis fáctico más detallado que el uso de la regla per se.

La teoría de juegos ha tenido un rol importante en las políticas de competencia de los últimos años. La teoría de juegos es una metodología innovadora de las ciencias económicas que fue desarrollada por John von Neumann y John Nash a mediados del siglo XX. Esta metodología permite estudiar el comportamiento de los agentes económicos bajo condiciones de incertidumbre. Un ejemplo de la adopción de esta herramienta económica para moldear la política de competencia son los programas de delación o “leniency programs” del Departamento de Justicia, en virtud del cual se le da inmunidad criminal al primer miembro de un cartel que revele la existencia del mismo. En los carteles siempre existe un incentivo para los agentes de violar el acuerdo de precios, para vender por debajo del precio acordado y capturar una mayor proporción del mercado. Así, la existencia del cartel está sujeta a la inestabilidad permanente de que uno de sus miembros esté tentado a violar los acuerdos. El programa de delación crea un mayor incentivo para que el cartel se disuelva en la medida en que el miembro que denuncie ante la autoridad de competencia la existencia del cartel adquiere la inmunidad respecto de las sanciones que conllevaría su conducta.

¹⁸ Miranda, **Ob. Cit**; Pág. 154.

En cuanto al análisis de integraciones empresariales, desde 1975 la Corte Suprema de Justicia no ha creado nuevas reglas que sean importantes en este campo. Sin embargo, lo que se ha fortalecido con el paso del tiempo ha sido el peso del análisis económico en el estudio de las integraciones, lo que ha obligado a los abogados a trabajar de cerca con los economistas.

A medida que la sociedad avanza y genera nuevos productos y servicios, nuevas formas de producción y nuevas formas de organización industrial, el derecho de la competencia tendrá que adaptarse a estos cambios. Esta anotación es válida tanto para los países desarrollados, como para países menos desarrollados donde el derecho de la competencia es más joven.

Uno de los retos que debe afrontar el derecho de la competencia es la llamada, nueva economía. “Las industrias producto de esta nueva economía se caracterizan, entre otros, por producir bienes intangibles protegidos por propiedad intelectual, las integraciones verticales entre ellas son frecuentes, hay un alto grado de innovación, hay una entrada y salida de competidores muy frecuente, hay economías de escala en el consumo, no en la manufactura. Se clasifican en tres: 1. las que desarrollan software, 2. los negocios basados en la Internet, y 3. los servicios de comunicaciones y equipos de comunicaciones que soportan las dos primeras.”¹⁹ Por la particularidad de estas dinámicas industriales frente a las industrias tradicionales algunos abogados y economistas han manifestado que la normativa vigente en materia de derecho de la competencia no puede adaptarse a las situaciones creadas por esta nueva economía.

En la actualidad, hay pocos técnicos competentes y neutrales que puedan asesorar a las autoridades de la competencia en estos campos. “A este problema se unen dos factores adicionales: la dificultad para medir con certeza la participación de una empresa de la nueva economía en el mercado y la velocidad en la innovación tecnológica que contrasta con la lentitud de los procesos judiciales. Sin embargo, el

¹⁹ Posner, Richard A. **Antitrust in the new economy**. Pág. 2. Noviembre de 2000.

problema no es doctrinal sino institucional, es decir, que está ligado a los pocos recursos y capacidad de las autoridades de la competencia para analizar la complejidad técnica de los productos y servicios ofrecidos por estas industrias.”²⁰

En síntesis, la aplicación el derecho de la competencia de EE.UU. se ha adaptado constantemente desde su inicio de acuerdo a la situación política y económica del momento. En las últimas décadas el análisis económico ha cobrado más fuerza y sin duda alguna, los economistas y las teorías que desarrollen en el futuro tendrán una gran incidencia en la normativa de competencia.

1.2. El derecho de la competencia en la Unión Europea

A pesar del desarrollo previo en legislaciones nacionales, “el derecho de la competencia en Europa empezó a desarrollarse de manera importante con la firma del Tratado de Roma el 25 de marzo de 1957 (Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea – CEE). El objetivo del derecho de la competencia de la Unión Europea (en adelante UE) desde su concepción hasta el día de hoy se caracteriza por ser un instrumento más dentro de la política de profundizar la integración económica de Europa.”²¹

“La creación de un mercado común requería la aplicación de unas políticas de competencia, especialmente porque la caída de las fronteras económicas podría facilitar y agudizar el abuso de la posición dominante y el fraccionamiento de los mercados por medio de acuerdos anticompetitivos.”²² La liberación comercial requiere de una adecuada legislación de libre competencia, La experiencia indica que en la medida en que se eliminan las barreras arancelarias y demás obstáculos gubernamentales al comercio, los particulares tienden a reproducir la segmentación de los mercados previamente existentes, mediante conductas anticompetitivas y

²⁰ **Ibid.** Págs. 8 - 9.

²¹ Lowe, Philip. **How Different is EU anti-trust? an overview of EU Competition law and policy on commercial practices.** 16 de Octubre de 2003.

²² Galán Corona, Eduardo. **La aplicación del derecho de la competencia en la comunidad europea a partir del reglamento no. 1 de 2003.** 12 de septiembre de 2003.

restrictivas de la libre competencia. De tal manera que para asegurar una competencia leal y justa, exenta de distorsiones, se requiere fijar unas reglas de juego que obedezcan a las necesidades particulares de cada esquema de integración, así como de unas instituciones sólidas, con poderes suficientes para aplicar las normas respectivas.

La normativa de la UE es explícita en señalar su objetivo final, como se puede apreciar en el Artículo segundo del Tratado que establece los fines de la Comunidad Económica al tener por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los Artículos 3 y 4, un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer, un crecimiento sostenible y no inflacionista, un alto grado de competitividad y de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros.

El Tratado establece los medios por los cuales la Comunidad debe realizar los fines anteriormente mencionados, entre los cuales se encuentra el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior (letra g. del apartado 1º del Artículo 3). Adicionalmente, el apartado primero del Artículo 4 del Tratado establece que la política económica de los Estados miembros se llevará a cabo de conformidad con el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia.

Desde el momento en que este Tratado entró en vigor, fue plenamente acogido por las autoridades de competencia de los países integrantes de la entonces Comunidad Económica Europea. Sin embargo, en los años sesenta no existía en Europa una cultura de la competencia. Fueron los decretos de descartelización los que dieron lugar a las primeras normas nacionales antitrust en Europa, más exactamente en Alemania.

El Tratado Constitutivo de la UE contiene un capítulo sobre normas de competencia (Capítulo 1, Título VI) y la Sección Primera establece las normas de competencia aplicables a las empresas. Específicamente, el Artículo 81 del Tratado (anteriormente era el Artículo 85, pues el artículo 12 del Tratado de Ámsterdam que entró en vigencia en mayo de 1999, cambió la enumeración del Tratado de Constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea, modificando la enumeración del articulado) contiene una prohibición general de conductas anticompetitivas y un catálogo de prácticas y acuerdos prohibidos. En términos generales, el Artículo 81 es equivalente a la sección primera de la Ley Sherman. Sin embargo, la prohibición del Artículo 81 no es absoluta pues el párrafo tercero del mismo Artículo permite excepciones si se cumplen determinados requisitos.

Por su parte, el Artículo 82 prohíbe absolutamente la explotación abusiva de la posición dominante, en términos generales, el Artículo 82 es equivalente a la sección segunda de la Ley Sherman, pero presenta diferencias importantes como:

- Su ámbito de aplicación no incluye conductas de empresas que no detentan una posición dominante en el mercado.
- Se aplica tanto para posición dominante de una empresa como posición dominante colectiva.
- Contiene un catálogo de conductas consideradas como abusivas.
- A diferencia del Artículo 81, no hay excepción para el castigo del abuso.

Hay dos diferencias estructurales entre la Ley Sherman y el Artículo 82. En primer lugar, mientras en la Unión Europea el abuso de la posición dominante solo puede ser tipificado por una empresa o empresas que detenten una posición dominante en el mercado, en EE.UU. la sección segunda de la Ley Sherman se aplica tanto a la adquisición voluntaria del poder de monopolio mediante conductas anticompetitivas, como a la simple tentativa de monopolizar. Bajo la legislación de EE.UU no es una condición necesaria que la firma posea un poder de monopolio cuando las conductas monopolísticas empiezan.

En segundo lugar, en EE.UU. un alza de precios excesiva por un monopolista o una restricción en la producción no es en sí misma prohibida mientras que en la UE se considera que un empresa con posición dominante que fije precios injustos, por encima de las condiciones de mercado o limite su producción incurre en abuso de la posición dominante en virtud de los literales a y b del Artículo 82. Con el fin de implementar los Artículos 81 y 82 del Tratado de Ámsterdam –antes Artículos 85 y 86- del Tratado de Roma- se expidió el Reglamento No. 17 de 1962. Este Reglamento centralizó en la Comisión Europea –más concretamente en la Dirección General de Competencia– la aplicación de las normas de la competencia.

El modelo de prohibición del Artículo 81 es a priori, pues no se requiere una declaración de la misma, sino que es suficiente que se cumplan los elementos descritos por la norma.

“Mientras que el modelo de autorización es a posteriori, pues los acuerdos, decisiones y prácticas pueden subsistir siempre que cumplan expresamente con los requisitos del Artículo 81 parágrafo 3. Estos acuerdos, decisiones y prácticas deben notificarse ante la respectiva autoridad, de lo contrario, no pueden gozar de la excepción que establece el Artículo mencionado.”²³

1.2.1. La modernización de la normativa de la UE

Después de cuatro décadas de aplicación, en la actualidad, la política de competencia europea ha dado un vuelco importante a raíz de la expedición del Reglamento No. 1 de 2003 del Consejo de la Comunidad Europea, que implementa los Artículos 81 y 82 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea. “Esta regulación reemplazó el Reglamento No. 17 de 1962, y entró en vigencia el 1 de mayo de 2004. En virtud de este Reglamento todas las autoridades de la competencia nacionales también

²³ Galán, **Ob. Cit.**

tienen la facultad de aplicar las normas de competencia del Tratado.”²⁴

Los cambios que este nuevo reglamento genera, entre otros, son: la armonización de las normas sustantivas de libre competencia, la derogación del sistema de notificaciones, descentralización de la aplicación de la normativa de competencia, expedición de guías para garantizar la seguridad jurídica, y la posibilidad de la Comisión de publicar opiniones razonadas y declaraciones públicas sobre temas no resueltos, sobre hechos o normas.

Desde la entrada en vigencia del llamado, paquete modernizador de las normas antimonopolio de la UE, se ha evaluado por distintas autoridades europeas y por la academia los resultados de las reformas. El primer resultado de las reformas ha sido la creación de una red entre las autoridades de la competencia nacionales que ha facilitado el proceso de descentralización mediante una activa cooperación y ha producido resultados reales en términos de una aplicación más efectiva y de un uso más eficiente en el uso de los recursos colectivos.

Desde 1996 la Comisión Europea de Competencia ha implementado un programa de delación, aplicado exitosamente por las autoridades de EE.UU. En la actualidad 17 Estados miembros de la UE cuentan con estos programas los cuales han sido muy exitosos para detectar y prevenir la formación de los carteles.

Como consecuencia del trabajo de las autoridades de la competencia de la UE, se ha creado una cultura de competencia en Europa. Esto se refleja en que antes el derecho de la competencia no era parte del currículo de la Facultades de Derecho y hoy hay bastante producción doctrinaria al respecto. Adicionalmente la política de competencia ha llevado a desarrollar el mercado en los países europeos.

Sin embargo, hay muchos retos que deben enfrentar las autoridades europeas,

²⁴ Lowe, Philip. **The role of the comission in the modernisation of EC competition law.**, 24 de enero de 2004.

como la burocratización y lentitud en las decisiones. Esto claramente tiene como efecto la ineficiencia de la Comisión para decidir sobre los casos. Este problema se detectó desde la década de los sesenta, y desde ese entonces se ha intentado combatir sin mucho éxito. Ha habido muy pocas indemnizaciones por violaciones a las leyes de competencia de la UE en los últimos cuarenta años, lo que implica que las víctimas de las conductas anticompetitivas no han sido compensadas por los daños que les han causado y que las leyes de competencia no tienen el nivel de disuasión que deberían tener.

Sucede en Europa lo mismo que en América Latina y el Caribe. Para que la relevancia del análisis económico sea decisiva en los procesos adelantados por la autoridad de la competencia se requieren funcionarios especializados tanto en las ciencias económicas como en el derecho.

En síntesis, el derecho de la competencia en Europa se desarrolló varias décadas después de su consolidación en EE.UU. y en un principio sus objetivos también difirieron de los establecidos por EE.UU. Sin embargo las reformas implementadas por la Comisión Europea la han acercado al modelo norteamericano. Finalmente, es importante tener en cuenta que varios países latinoamericanos han adoptado la estructura de las normas sobre competencia de la UE.

1.3. Sistemas económicos y derecho de la competencia

Los cambios económicos y políticos deben ser estudiados teniendo en cuenta los sistemas económicos aplicados en cada uno de los países. “El sistema económico de una sociedad es la forma de organización social que los hombres utilizan para el desempeño de su actividad económica.”²⁵ “Según el tipo de sistema los conglomerados sociales responden de diferente manera a tres problemas básicos de organización económica: ¿qué clases y cantidades de bienes y servicios serán producidos?, ¿cómo serán usados los recursos escasos para producirlos?; y ¿para quién serán producidos

²⁵ Tamañes, Ramón. **Estructura económica internacional**. Pág. 41.

estos bienes y servicios?.”²⁶

En este estudio nos concentraremos en dos enfoques que históricamente se han empleado en respuesta a esas tres preguntas básicas.²⁷ En primer lugar, se planteó que estas decisiones fueran tomadas por una autoridad central. Así, el Estado toma la mayoría de las decisiones económicas de la sociedad o incluso las impone, específicamente las relacionadas con la producción y distribución.²⁸ “En este caso nos enfrentamos ante un sistema de planificación, que en su más alto grado de centralismo se encuentra en determinadas clases de socialismo.”²⁹

A partir de la Revolución Bolchevique en 1917 se aplicó este modelo en la Unión Soviética y para la década de los ochenta, “...cerca de una tercera parte del mundo estaba gobernada por doctrinas marxistas.”³⁰ Sin embargo, en esa misma década el mundo empezó a girar nuevamente hacia el libre mercado, debido al éxito económico de Norte América, Europa Occidental y los países del Este Asiático, frente al atraso de las economías socialistas. En 1989 cae el muro de Berlín y, con él, los regímenes socialistas.

Después de este hito histórico muchos gobiernos socialistas cambiaron paulatinamente su política de planificación total de la economía y comienza su camino hacia una economía donde se abre campo al mercado.

En segundo lugar, y en contraposición a este sistema, está la economía de mercado, en la cual son las empresas privadas y las personas las que toman la mayoría de las decisiones relacionadas con la producción y el consumo. Se define en los siguientes términos: Un sistema de precios, de mercados, de beneficios y pérdidas, de incentivos y premios determinan el qué, el cómo y el para quién. Las empresas producen las mercancías que generan los mayores beneficios (el qué) mediante técnicas de

²⁶ Samuelson, Paul A. y William D. Nordhaus. **Economía**. Pág. 23

²⁷ **Ibid.** Págs. 24 - 25.

²⁸ **Ibid.** Pág. 25.

²⁹ Tamames, **Ob. Cit**; Pág. 41.

³⁰ Samuelson, **Ob. Cit**; Pág. 4.

producción que son menos costosas (el cómo), y el consumo de los individuos depende de sus decisiones sobre la forma de gastar los salarios y las rentas de la propiedad generadas por su trabajo y sus propiedades (el para quién).

Sin embargo, algunos economistas precisan que no existen sistemas económicos puros, pues no han existido economías donde únicamente sea el Estado el que tome todas las decisiones económicas o economías en las cuales la asignación de los recursos se deje únicamente al arbitrio de las fuerzas de la oferta y la demanda. Los diferentes sistemas sólo han tendido hacia alguno de los sistemas antagónicos que hemos descrito. Es decir, los mercados perfectos solo existen en los libros de texto. Hoy en día los sistemas mixtos o economías mixtas combinan aspectos de los dos sistemas descritos. Aunque muchas de las actividades económicas son realizadas por empresas privadas, otras son realizadas por el Estado. Por otro lado, éste influye, intencionalmente o no, en la conducta del sector privado, mediante toda una variedad de reglamentaciones, impuestos y subvenciones.

En los años ochenta, en los países capitalistas de Occidente, “...los gobiernos redujeron las reglamentaciones que pesaban sobre la industria y liberalizaron los precios.”³¹

Estos pasos, como se dijo anteriormente, serían seguidos posteriormente en la década de los noventa por los países del Este de Europa en su transición al libre mercado. Después de décadas de la aplicación de teorías socialistas y de teorías keynesianas en todo el mundo, estas empezaron a ceder frente a la economía de mercado.

De esta forma, el cambio de modelo de desarrollo de los años noventa en América Latina se enmarcó en el esfuerzo de los gobiernos por hacer la transición de una economía intervencionista a una economía de mercado. En Latinoamérica, desde varias décadas atrás, la asignación de los recursos no se llevaba a cabo principalmente

³¹ **Ibid.** Pág. 4.

por medio de la oferta y la demanda, pues se consideraba que la planificación o la intervención en la asignación de recursos por parte del gobierno era más conveniente para el bienestar social. Es por esto que aunque en algunos países existían normas de competencia de tiempo atrás, estas eran letra muerta, pues las políticas económicas de los gobiernos no eran afines a los principios de la libre competencia.

El modelo que imperaba en casi toda América Latina, que buscaba estimular la producción empresarial, implicaba subvenciones, monopolios, impuestos que discriminaban productos extranjeros, licencias exclusivas de producción para la denominada industria incipiente, barreras arancelarias y para-arancelarias (en algunos casos llegaba a la prohibición de importar algunos productos) y diversos mecanismos que no solo impedían el libre comercio entre países, sino que también restringían la competencia internamente.

Antes del establecimiento de normas de competencia, muchos países utilizaban controles de precios y complejos sistemas de reglamentación de precios, lo cual, llevaba a una disyuntiva pues, en el plano administrativo, los precios regulados no pueden en general dar satisfacción a las necesidades de los consumidores y lograr el crecimiento económico al mismo tiempo. Uno de los dos objetivos ha de sacrificarse por otro.

La crisis económica mundial entre 1974 y 1975 fue el golpe de gracia para las teorías keynesianas. La mayoría de los países, tanto maduros como de desarrollo tardío, se alejaron de las orientaciones keynesianas. La misma crisis internacional, su intensidad y larga duración, sentaron a los keynesianos en el banquillo de acusados. La respuesta a esta crisis fue un proceso –liderado por corrientes liberales, entre ellos la Escuela de Chicago–, hacia la disminución de la intervención del Estado en la economía, dejando al mercado el proceso de creación y asignación de los recursos en la sociedad. Para enfrentar el deterioro de la rentabilidad y de las condiciones de acumulación, la mayor parte de los gobiernos de occidente ha recurrido en mayor o menor medida a reducir la intervención del Estado en la economía, a flexibilizar los

mercados en general y el laboral en particular y a privatizar muchas empresas y servicios públicos.

Las políticas económicas, que implican un nuevo papel del Estado frente a la economía, se han desarrollado en diferentes grados en cada país y a un ritmo desigual. Las reformas al mercado han incluido la gradual liberalización de los precios en contraposición a la fijación gubernamental de precios, el final de los subsidios para algunos sectores económicos, políticas de ajuste económico, saneamiento financiero, estricto control de divisas, desarme arancelario, favorecimiento de las inversiones extranjeras, privatizaciones de las empresas públicas y desarrollo de la integración económica regional.

El derecho de la competencia no sólo ha sido acogido en América Latina, en realidad, es una tendencia mundial, por lo menos 90 países ya han promulgado legislación antimonopolística, más del 60 por ciento de dicha legislación fue desarrollada en la década de los noventa. La transformación del Estado y el triunfo de la economía de mercado no solo se dieron en nuestro continente, y por ello las políticas de promoción de la competencia y la implantación del derecho de la competencia es una realidad global. En los últimos años se verifica en la mayoría de países del mundo una marcada tendencia hacia la convergencia en el alcance, la cobertura y la aplicación de la legislación de la competencia. Ello se debe a la creciente puesta en marcha de modelos económicos de libre mercado, a la extendida orientación hacia la liberalización de los mercados, al mayor énfasis que se brinda al bienestar de los consumidores, la eficiencia y la competitividad en las disposiciones relativas a la aplicación de la legislación sobre competencia, a la condena de las prácticas colusorias, a la limitación, eliminación o control de los abusos en lo referente a las exenciones sectoriales, personales o relacionadas con el Estado, a la mayor severidad en la aplicación de la legislación, al papel más destacado de las autoridades responsables de la competencia en la defensa de los principios relativos a la misma con ocasión de la aplicación de las demás políticas gubernamentales, a la aplicación de la legislación de la competencia a las prácticas comerciales restrictivas fuera del territorio nacional y al robustecimiento de

las consultas y la cooperación internacionales.

1.4. Justificación del derecho de libre competencia

El concepto, política de competencia, es más amplio que el concepto de ley de competencia o ley antimonopolio. La política de competencia comprende las iniciativas gubernamentales, cuerpo normativo y acciones de gobierno que persiguen los siguientes objetivos:

1. Proteger o reforzar el proceso competitivo de los mercados en los que dicho proceso es parcial;
2. Disminuir el poder de las firmas dentro de un mercado, en la medida en que dicho poder contradiga conductas competitivas;
3. Prohibir acuerdos que permitan a los competidores existentes o potenciales asumir conductas anticompetitivas; y
4. Incrementar la eficiencia económica, que en general se revierte en un incremento del bienestar de la sociedad en conjunto.

La política de competencia, se articula con otras políticas económicas que han procurado el establecimiento de una economía de mercado en Latinoamérica, tales como las políticas que fomentan el comercio exterior y la inversión extranjera. Así el derecho de la competencia materializa las políticas de competencia que han cobrado fuerza en Latinoamérica y en general en todo el mundo. Esta rama del derecho es definida como: el conjunto de normas jurídicas que pretenden regular el poder actual o potencial de las empresas sobre un determinado mercado, en aras del interés público.

1.5. Los incentivos que genera la competencia

La competencia, es un poderoso incentivo que estimula a las compañías a comportarse de tal forma que beneficia a todos los consumidores, es decir, a toda la sociedad. Este incentivo hace que las empresas, respondan con mayor rapidez a los mensajes del mercado; mejoren la calidad de las mercancías y servicios que

proporcionan; atiendan mejor a las necesidades de los consumidores mediante la innovación y la investigación y el desarrollo, y proporcionen suministros en cantidad proporcionada a la demanda.

Los beneficios de la competencia y más específicamente de la eficiencia son la causa de que la apertura de los mercados sea una tendencia mundial, la prosperidad de cualquier nación depende directamente de la productividad y de la competitividad, lo que justifica que los gobiernos se esfuercen para que en las economías de sus respectivos países prime un ambiente de competitividad que impulse una mayor producción y un mayor crecimiento económico.

CAPÍTULO II

2. Fundamentos de derecho de la competencia

2.1. El mercado

Una economía de mercado es “un complicado mecanismo que coordina a los individuos, las actividades y las empresas por medio de un sistema de precios y de mercados. Es un mecanismo de comunicación que sirve para reunir los conocimientos y las actividades de miles de millones de personas diferentes. Resuelve sin una inteligencia o un cálculo centrales problemas de producción y distribución en los que intervienen miles de millones de variables y relaciones desconocidas.”³²

En términos más generales, el mercado debe concebirse como un mecanismo mediante el cual los compradores y los vendedores pueden determinar los precios e intercambiar bienes y servicios. El mercado se caracteriza fundamentalmente por reunir a los compradores y a los vendedores para fijar los precios y las cantidades. Un mercado es un mecanismo por medio del cual los compradores y los vendedores de un bien o servicio determinan conjuntamente su precio y su cantidad.

Los elementos que concurren a la formación del mercado son:

- Bienes y servicios (mercancías)
- Oferta de bienes y servicios
- Demanda de bienes y servicios
- Precio de los bienes y servicios

³² Samuelson, Paul A. y William D. Nordhaus. **Economía**. Pág. 25.

2.2. El sistema de mercado

2.2.1. La competencia perfecta

En el nacimiento de la Economía Política, o sea la reflexión sistemática sobre el conjunto de tareas que debe desarrollar el hombre para proveerse de los satisfactores que le permitan saciar sus necesidades, Adam Smith, economista y filósofo Escocés, reconocido como uno de los pensadores que contribuyó a construir el armazón conceptual de la disciplina económica desarrolló, entre muchas de sus aportaciones, las referentes al mercado y su relevancia. Este autor se ubica en la vertiente del pensamiento liberal del siglo XVIII y, como tal, suponía que la mejor forma para alcanzar el máximo beneficio común era que cada uno de los miembros de la sociedad pudiera alcanzar sus objetivos, lo que se lograría si no se le presentaban obstáculos para obtenerlos. La premisa anterior lo llevó a la conclusión de que el mejor mercado es aquél que no tiene ninguna barrera y esto incluye al Estado mismo, de este modo el mercado ideal es donde cada uno de los individuos puede concurrir a él y no tiene ninguna clase de coerciones que se lo impidan o lo obliguen a dejar de hacerlo: libre competencia. Al desarrollar esta premisa, Smith argumentó que la presencia de un gran número de compradores y vendedores hacía que cada uno de ellos ofreciese o demandase cantidades relativamente pequeñas de la mercancía o mercancías y, por tanto, no pudiesen influir en la fijación de los precios: libre competencia. En esta descripción tan sencilla se encuentran resumidas las características y virtudes de uno de los edificios conceptuales más importantes e influyentes del análisis económico.

En otras palabras, si cada uno de los individuos en su comportamiento en la sociedad es libre de perseguir sus fines egoístas, conseguirá que la sociedad en su conjunto alcance sus mejores resultados. En lo que toca al mercado de libre competencia o mercado competitivo, la aplicación de este principio hace que todos busquen su propio beneficio, pero de una manera tal que las pretensiones de los unos contrarresten las de los otros. Esto en lo que se refiere tanto a los que requieren las mercancías como los que las ofrecen. Todos contra todos, pero inmersos en un

mecanismo de tal naturaleza que, aunque seguramente no todos obtuvieron exactamente lo que perseguían, sí lograron una parte, más o menos significativa de ello, No obstante, el saldo es netamente favorable para el conjunto y eso beneficiará a la sociedad. Los precios no serán tan bajos como lo pensaron o pretendieron los compradores, pero no serán tan altos como lo soñaron o intentaron los vendedores, como puede observarse, ni unos ni otros tienen la capacidad para fijar el o los precios, para ninguna de las partes se habrá alcanzado el mejor de los mundos posibles, pero se habrá arribado a una situación en la que todos los integrantes del grupo humano de que se trate se encontrarán en la mejor de las posiciones, dado el conjunto de condiciones imperantes. Ya que no existen obstáculos o interferencias, como las del Estado, esto también contribuirá a lograr el saldo favorable.

En conclusión, si las cosas se desarrollan tal como se ha descrito, se percibirá que no se trata de un mundo ideal, pero sí una situación que es la mejor dentro de lo posible. El precio será tan alto como las circunstancias lo permitan; podrán satisfacer, en mayor o menor medida, tanto a compradores como vendedores pero habrá quedado claro que las circunstancias no eran susceptibles de ser mejoradas. Para todo lo anterior sólo resta adicionar algo que es implícito, pero que requiere ser mencionado: tanto los compradores como los vendedores poseen toda la información necesaria para poder actuar. Por tanto, no existe información privilegiada y, tampoco, posiciones económicas o ubicaciones en el mercado que favorezcan a alguno o algunos de los participantes. Es una especie de juego justo “fair play”, aplicado a uno de los mecanismos de la economía más necesitados de ello, o sea una situación que a la postre, no resulta ser tan sencilla para su funcionamiento.

2.2.2. Definición de competencia perfecta

Mercado en el que existe un gran número de compradores y vendedores de una mercancía, además de que se ofrecen productos similares, igualmente existe libertad absoluta para los compradores y vendedores y no hay control sobre los precios ni reglamento para fijarlos.

El mercado de competencia perfecta estudia los mecanismos por los que se determinan la cantidad y el precio de equilibrio en un mercado, el análisis de las elasticidades de la oferta y la demanda es el núcleo de este mercado, estudia las condiciones necesarias para que todos los mercados estén simultáneamente en equilibrio. En ella se afirma que todos los bienes son complementarios de otros o sustituibles por otros en mayor o menor grado.

Debido a la interdependencia general existente, cualquier desplazamiento fortuito del punto de equilibrio en el mercado de un bien provocará desplazamientos en los mercados de otros bienes, éstos en los de otros y así sucesivamente. Estas variaciones de precios pueden producir a su vez un efecto retroactivo sobre el mercado original. Finalmente, si no existe intromisión externa que lo dificulte, ese proceso conducirá al equilibrio en todos los mercados de bienes y factores.

2.2.3. Condiciones del mercado perfecto

Para el establecimiento del mercado competencia perfecta, es decir, el mercado Perfecto, es necesario que se cumplan con una serie de condiciones, sin las cuales no sería posible, ni el establecimiento, ni el funcionamiento correcto de los mecanismos que dan paso al mercado perfecto; Las condiciones con las que debe cumplir todo mercado perfecto son:

- Homogeneidad del producto

Para que haya libre competencia es necesario que el consumidor sea indiferente a comprar el producto de una empresa o de otra, por tanto los productos tienen que ser exactamente iguales; sólo así se hará realidad que si una empresa pusiera el precio por encima del establecido por el mercado, los consumidores dejarían de comprarlo.

La homogeneidad debe incluir todas las condiciones de venta tales como garantías o

financiación. En la realidad, las empresas tratan de diferenciar sus productos mediante campañas publicitarias, envases llamativos o pequeños cambios en el diseño o la composición. Es más, una de las principales virtudes de la libre competencia es precisamente el esfuerzo que obliga a todas las empresas por mejorar continuamente sus productos tratando de diferenciarse por su mayor calidad o menor precio.

- Libre entrada y salida del mercado

Las empresas deben estar en capacidad de entrar o salir de cualquier industria, los recursos deben poder movilizarse sin ningún problema entre usos alternativos y los bienes y servicios deben ser vendibles donde quiera que el precio sea más alto.

Todos los agentes productores, es decir, los fabricantes, deberán tener total libertad para operar en todos los aspectos que el proceso de producción les exija, deben tener total libertad de escoger, desde insumos, distribuidores, hasta el momento en el que el producto ya esté terminado.

- Liquidación total de productos

En el mercado perfecto, el cumplimiento a la perfección del ciclo económico supone la liquidación total de las mercancías, sin dejar lugar a remanentes, para permitir que los espacios sean de nuevo ocupados por las nuevas mercancías, así los fabricantes no gastan recursos o tiempo en planear soluciones a lo que significa liquidar o colocar sus remanentes de mercancías.

- Gran número de vendedores y compradores

Para que ningún agente económico pueda ejercer influencia alguna sobre el precio, debe existir un gran número de ellos y cada uno debe actuar de manera independiente, además, el mayor comprador o el mayor vendedor deben proporcionar solo una pequeña parte de las cantidades totales compradas y vendidas.

- Libre competencia

Ningún agente puede influir en el mercado. El número de compradores y vendedores es muy alto y las cantidades producidas o demandadas por cada uno de ellos son tan pequeñas en relación con el total que su influencia sobre los precios es inapreciable. Ningún fabricante individual ni ningún comprador de un determinado producto pueden influir sobre el precio.

Para que haya libre competencia es imprescindible la libertad de entrada y salida en las industrias, es decir, que no haya barreras que impidan a una empresa dedicarse a producir cualquier cosa, es decir, cualquier empresario que lo desee puede destinar su capital a la fabricación de un producto determinado.

- Información y racionalidad de los agentes

En los mercados de libre competencia los agentes económicos conocen los precios de todos los productos y factores, sus características y la existencia de posibles sustitutos, en el momento de decidir entre diferentes alternativas, los consumidores elegirán aquellas que maximicen su utilidad y los productores las que maximicen sus beneficios. Muchas veces la información puede ser un bien escaso y de alto costo, debido al costo de adquirir más información llega un momento en que renunciamos a seguir investigando aunque ello pueda tener como consecuencia una decisión de compra incorrecta; pero para que la decisión sea la correcta, además de información se necesita racionalidad, es decir, capacidad para analizarla y valorarla, los agentes deben poder adoptar decisiones que satisfagan sus preferencias. Estos supuestos permiten construir el modelo de mercado de competencia perfecta.

2.3. Fallas del mercado: la competencia imperfecta

“Existe competencia imperfecta, si una empresa puede influir o controlar

significativamente en el precio de mercado de su producto”³³, en la medida en que determinado mercado no cumpla con las características de la competencia perfecta, se alejará de ella o bien será un mercado con mayor o menor imperfección y con mayor o menor competencia. Aquí nos encontramos con diferentes estructuras de mercado, donde de acuerdo con el número de participantes podemos analizar el grado de poder que poseen para determinar el precio del mercado.

Las diferentes firmas, se agrupan no sólo de acuerdo con el tipo de producto o servicio que ofrecen, sino también de acuerdo con el número de empresas que participan en él. Este aspecto también se tiene en cuenta cuando analizamos el conjunto de compradores que adquiere cierto producto o servicio.

El mercado lo van a conformar los oferentes y demandantes y de acuerdo con el número de participantes que lo conforman. Es importante destacar que al abordar el tema de la competencia imperfecta existen fallas de mercado tanto del lado de la oferta como de la demanda y se clasifica de la siguiente manera:

2.3.1. Por el lado de la oferta:

- **Monopolio:** “Etimológicamente el término monopolio deriva de las palabras griegas mono que significa uno y polista, que significa vendedor, es el único productor en su industria y no existen otras que produzcan buenos sustitutos.”³⁴

No existe oferta del mercado porque la conforma solo un oferente, es decir, la disposición a vender surge de parte de una sola empresa. Al ser una sola empresa, ésta tiene la exclusividad en la venta del producto, lo cual genera que tenga un gran poder de mercado sólo limitado por la decisión de los demandantes respecto al precio que están dispuestos a pagar para obtener el producto y que pueda fijar el precio al que le va a vender a la demanda. La existencia de monopolios surge debido a la existencia de diversos motivos los cuales se consideran así:

³³ **Ibid.** Pág. 164.

³⁴ **Ibid.** Pág. 165.

- **Monopolio natural:** Podemos observar la existencia de un monopolio debido a que existe algún tipo de barrera natural que impida que participen muchos oferentes, además cuando una industria se basa en la explotación de un recurso natural que se encuentra en muy pocos lugares del planeta, o cuando la entrada al mercado requiere de inversiones muy grandes, tienden a generarse monopolios o, con más frecuencia, oligopolios. Así sucede cuando hay que instalar líneas de distribución o comunicación como en el caso de las empresas eléctricas o telefónicas y con ciertas explotaciones mineras.

- **Monopolio tecnológico, institucional o reputativo:** Algunos monopolios existentes son generados para incentivar el descubrimiento y la innovación de parte de las empresas. Ocurre cuando una de ellas posee una innovación protegida por una patente, por lo general con productos de alta tecnología, que no pueden ser copiados fácilmente por los competidores, estos monopolios raramente tienen el carácter absoluto y extendido que se presenta cuando se originan en medidas gubernamentales, pues están protegidas en un período más o menos corto, que en la mayoría de legislaciones es de 20 años.

- **Monopolio legal:** Surge cuando el Estado se reserva para sí diversas actividades, nos hallamos frente a un monopolio que no surge de las relaciones económicas, generalmente son actividades reservadas al gobierno, consideradas estratégicas o por ser consideradas servicios públicos lo que específicamente nos lleva a que hablamos de las empresas prestadoras de servicios públicos que a manera de ejemplo se encuentran: la Empresa Portuaria Quetzal y Empresa Portuaria Nacional Santo Tomás de Castilla, por mencionar algunas; surge además cuando el Estado limita a una empresa privada por medio de concesiones y licencias.

- **Duopolio:** Falla de mercado en que la oferta está conformada por dos agentes económicos, los cuales son los únicos que ofrecen el producto en el mercado. Desde el punto de vista teórico el duopolio es un caso más simple del oligopolio, también

suministra un modelo simple para estudiar casos más complejos de oligopolio. La característica esencial de la teoría del duopolio reside en que ninguno de los vendedores puede ignorar las reacciones del otro, ambos quedan ligados en una situación de interdependencia que les impide considerar como dada la política que seguirá el otro, ya que ésta resulta en parte determinada por su propia política.

Las soluciones a esta situación son básicamente dos, o ambos llegan a un acuerdo tácito o expreso, para estabilizar los precios y la producción en un punto dado, constituyendo acuerdos colusorios, o se desata una guerra de precios. En el primer caso se arriba a una situación de monopolio, en tanto que en el segundo cada productor realiza los beneficios normales que tendría en una situación de competencia perfecta.

- **Oligopolio:** Falla de mercado formada por unos pocos oferentes, éstos son un número reducido, de manera tal que al ser pocos, éstos pueden elegir entre la cooperación y la no cooperación, Las empresas que no cooperan, que actúan por su cuenta sin llegar a un acuerdo explícito o implícito con otras, es una conducta que provoca las guerras de precios y el resultado se aproximará a la solución de un mercado perfectamente competitivo.

Las empresas que cooperan tratan de minimizar la competencia entre ellas, formando una asociación o colusión conocido como cartel, que es una situación en la que dos o más empresas fijan conjuntamente sus precios o sus niveles de producción, se reparten el mercado o toman otras decisiones conjuntamente, en la mayoría de legislaciones es una práctica ilegal, pues en este caso se arribará a una situación muy similar a la del monopolio. Este es un caso, cada uno de los oferentes, dado que produce una cantidad significativa del total, tiene un control importante sobre el mercado, lo que le da poder de intervenir y manipular los precios y las cantidades del producto en el mercado. De esta forma, hay más de un producto del mismo tipo en el mercado, pero debido al control y poder que estas empresas tienen, aparecen los mismos problemas y limitaciones que impone el monopolio.

Una de las barreras de entrada más comunes que impone el oligopolio, es la cantidad de dinero necesario para ingresar a ese selecto grupo de productores que existen en el mercado. Ante la existencia de productores tan poderosos en el mercado, un nuevo productor que desee ingresar a él necesitaría una cantidad muy grande de dinero que le permitiera competir sin ser eliminado tempranamente del mercado. Las situaciones de oligopolio se presentan por lo regular cuando en una industria las economías de escala son muy grandes y es necesario realizar muy fuertes inversiones para entrar al mercado; también ello ocurre para cierto tipo de bienes y servicios que son comprados sobre la base del prestigio o tradición de ciertas marcas bien establecidas o cuando, por razones legales o administrativas, se dificulta la entrada de nuevos competidores en un mercado.

Las condiciones necesarias para que se presente un oligopolio, y que a la vez lo diferencia de otros modelos, podrían ser los siguientes:

- Los competidores mantienen una estrecha comunicación, ya sea directa o indirecta.
 - No se imponen restricciones a los competidores que deseen participar del segmento de mercado, solo se puede restringir indirectamente la entrada de estos nuevos competidores.
 - Los competidores oligopolistas pueden llegar a acuerdos sustanciales, ya sean directos o indirectos.
 - La competencia no es tan cerrada como en otros modelos como la competencia monopolista.
- **Competencia monopolística:** Falla de mercado que se parece a la competencia perfecta en tres aspectos: hay muchos compradores y vendedores, es fácil entrar y salir y las empresas consideran los precios de las demás. La diferencia se halla en que en la competencia perfecta los productos son idénticos y en la competencia monopolística son diferenciados o heterogéneos.

El oferente trata de distinguirse de su competidor, a través de la diferenciación de su

producto por calidad, marcas, envases o publicidad, es así como decide fijar el precio de su producto independiente del resto de sus competidores. La diferenciación del producto significa que cada vendedor tiene una cierta libertad para subir o bajar los precios, más que en un mercado perfectamente competitivo. Existe un gran número de oferentes pero cada uno se comporta como si estuviera solo en el mercado, es decir, como si fuera un monopolista. Esto provoca que no se produzca un vaciamiento del mercado, la competencia monopolística genera que haya una sobreproducción en la cantidad que se lleva al mercado. Encontramos ejemplos de competencia monopolística en los mercados de ropa, productos alimenticios, accesorios para computadoras, donde existe un gran número de demandantes y oferentes, y cada uno de ellos fija el precio e intenta distinguir su producto del resto de los competidores.

2.3.2. Por el lado de la demanda.

- **Monopsonio:** Falla del mercado en la cual nos encontramos con que la disposición a comprar el producto, surge de un solo agente económico, al existir un solo comprador, éste tiene suficiente poder como para decidir a qué precio comprar el bien, es decir, que puede negociar de manera directa con él o los oferentes cuanto está dispuesto a pagar por el producto que desea. Al igual que en el caso del monopolio, la empresa monopsonica ejerce un gran control sobre el mercado y puede, dentro de ciertos límites, deprimir los precios de modo de obtener ganancias extraordinarias. Ello sucederá hasta que, si aumenta su demanda, se encuentre con que es preciso pagar precios más altos para atraer nuevos oferentes. En la práctica, salvo algunos casos particulares, los monopsonios sólo se presentan en mercados locales relativamente reducidos o en circunstancias en que hay una decisiva intervención gubernamental. Por ejemplo la provisión de semáforos, donde el único demandante es el gobierno, al igual el ejército de un país puede ser el único comprador de cierta clase de equipo o armamento.

- **Duopsonio:** Falla del mercado en el cual los demandantes son sólo dos. Los dos consumidores pueden decidir cuánto pagar por el producto al oferente pactando cierta

cantidad de producción.

- **Oligopsonio:** Falla del mercado en la cual sólo hay un número muy reducido de compradores, generándose así una situación intermedia entre la del monopsonio y la de un mercado plenamente competitivo, esto quiere decir, más de dos demandantes pero sólo son un grupo reducido. A medida que el número de demandantes aumenta, éstos pierden poder en la negociación con el oferente a la hora de fijar el precio al que van a adquirir el bien, pero éstos pueden reunirse previamente y llegar a algún tipo de acuerdo para que el oferente venda al precio que deseen, los análisis sobre oligopsonio son similares, teóricamente, a los de una situación de oligopolio. Por ejemplo la demanda de cajeros automáticos que realizan los bancos.

2.4. Causas de las imperfecciones del mercado

2.4.1. Los costes

Las industrias tienden a tener menos vendedores cuando existen importantes economías de escala en la producción y costes decrecientes. “La tecnología y la estructura de costes de una industria contribuyen a determinar el número de empresas que puede soportar una industria y las dimensiones que pueden tener éstas. La clave es la existencia o no de economías de escala en la industria.”³⁵

¿Pero que se entiende por economía de escala? Cuando las empresas pueden reducir sus costos medios de manera decreciente, es decir reducir los costos elevando su producción, al menos hasta un determinado punto, y ¿Cómo se logra esto? Aumentando significativamente la estructura, organización y poder económico de las empresas, eso significa que las grandes empresas tendrán una ventaja de costes sobre las pequeñas, en estas circunstancias, las grandes empresas pueden producir sencillamente a un precio más bajo que el de las pequeñas las cuales no pueden sobrevivir.

³⁵ **Ibid.** Pág. 167.

2.4.2. Las barreras de entrada a la competencia

Las barreras a la entrada en un mercado se refieren a una serie de factores que impiden la entrada de nuevas empresas en un sector de actividad, o las disuaden de hacerlo, aun cuando las empresas ya instaladas estén obteniendo beneficios extraordinarios. Por lo general, esas barreras son estructurales (o económicas) y estratégicas (o de comportamiento).

- **Las barreras estructurales a la entrada:** derivan de características fundamentales del sector, como tecnología, costos y demanda. Hay cierta controversia acerca de cuáles son los factores que constituyen barreras estructurales efectivas.

Según la definición más amplia, las barreras a la entrada son el resultado de la diferenciación de productos, de las ventajas absolutas de costo de las empresas instaladas y de las economías de escala. La diferenciación de productos favorece a las empresas ya introducidas en el mercado, porque los nuevos competidores deben salvar el obstáculo que representa la fidelidad de los consumidores a determinadas marcas de los productos existentes. Las ventajas absolutas en materia de costos significan que el nuevo competidor en el mercado sólo podrá producir a un costo unitario superior, sea cual sea el nivel de producción, a veces quizás porque utiliza una tecnología inferior. Las economías de escala limitan el número de empresas que pueden producir al costo mínimo en un mercado de un tamaño determinado.

Los autores del análisis antitrust de la Escuela de Chicago dan una definición más restringida de las barreras estructurales a la entrada, según ellos, sólo habrá barreras cuando un nuevo competidor tenga que soportar costos en los que no incurren las empresas ya instaladas. Por consiguiente, esta definición excluye las economías de escala y los gastos de publicidad como barreras (porque son gastos que las empresas instaladas han tenido que hacer para alcanzar su posición en el mercado). Otros economistas subrayan que los costos irrecuperables constituyen importantes barreras a

la entrada, como los nuevos competidores deben incurrir en tales costos, que ya han sido soportados por las empresas instaladas, se crea una barrera a la entrada. Por otra parte, los costos no recuperables limitan las posibilidades de salida y por lo tanto imponen un riesgo suplementario a los nuevos competidores potenciales.

- **Las barreras estratégicas a la entrada:** se refieren al comportamiento de las empresas ya instaladas. Éstas pueden, en particular, elevar las barreras estructurales a la entrada o amenazar con medidas de retorsión a los nuevos competidores si entran en el mercado. Sin embargo, esas amenazas deben ser creíbles, en el sentido de que las empresas establecidas han de tener interés en ponerlas en ejecución si la entrada se produce efectivamente. Las estrategias de disuasión a que recurren las empresas ya instaladas consisten a menudo en algún tipo de medidas de acaparamiento. Un ejemplo es el acaparamiento de medios productivos, que consiste en que una empresa instalada invierte en sobrecapacidad de producción para amenazar con una guerra de precios a las empresas que llegaran a entrar en el mercado, otro es la creación artificial de nuevas marcas y nuevos productos para limitar las posibilidades de imitación, esta posibilidad sigue siendo objeto de controversia, incluso los poderes públicos también pueden crear barreras a la entrada en un sector mediante la concesión de licencias y otros tipos de reglamentación.

Las barreras a la entrada en un sector determinado pueden variar mucho con el nivel de madurez o de desarrollo del mercado. Se considera que en una economía que ha llegado a su madurez existen barreras a la entrada en determinados sectores:

Barreras de entrada altas	Barreras de entrada moderadamente altas	Barreras de entrada bajas
<ul style="list-style-type: none"> -Generación y distribución de energía eléctrica -Telefonía -Aeronaves y piezas de recambio -Industria automovilística -Maquinaria eléctrica pesada -Locomotoras -Astilleros 	<ul style="list-style-type: none"> -Refinado de petróleo -Aluminio -Maquinaria industrial pesada -Grandes aparatos electrodomésticos -Transporte por ferrocarril -Panadería -Bebidas 	<ul style="list-style-type: none"> -Camionaje y transporte por carretera -Contenedores corrugados -Pequeños productores metálicos -Prendas de vestir -Textiles de lana y algodón

-Extracción de petróleo -Siderurgia -Diarios -Cereales	-Cigarrillos -Productos de yeso -Productos químicos orgánicos -Perfumería	-Impresión -Calzado -Muebles de madera -Harina -Frutas y hortalizas en conserva
---	--	---

2.4.3. Las restricciones legales

En ocasiones el estado limita la competencia en algunas industrias importantes, ejemplos son las patentes, que se conceden a los inventores para permitirles tener el uso exclusivo y temporal del producto patentado, esto con el objeto fundamental de fomentar la invención. Sin la perspectiva de gozar de la protección de una patente, las empresas o los inventores no estarían dispuestos a dedicar tiempo y recursos a la investigación y el desarrollo.

Las restricciones que limitan la entrada y conceden monopolios (legales, anteriormente analizados) por licencia a empresas prestadoras de servicios públicos, además de las restricciones a las importaciones a través de aranceles y contingentes sobre el comercio exterior, lo que mantiene alejados a los competidores extranjeros.

2.4.4. Elevados costes de entrada

No sólo hay barreras de entrada impuestas por la ley, sino también barreras económicas. En algunas industrias el precio de entrar puede ser simplemente muy alto. Consideremos por ejemplo las instituciones bancarias que deseen entrar a competir en el mercado guatemalteco, la Superintendencia de Bancos fija anualmente el capital pagado mínimo, que una institución debe poseer para su autorización, actualmente es de alrededor de US\$10 millones de dólares americanos.

2.4.5. La publicidad y la diferenciación del producto

Se da especialmente en lo que analizamos anteriormente como la competencia

monopolística, donde un número reducido de oferentes produce una gran cantidad de marcas, modelos y productos distintos que atraen a una gran cantidad de consumidores, actuando a su vez como disuasivo para los posibles competidores.

2.4.6. La interacción estratégica

Cuando hay solamente un número reducido de oferentes, su actuación no es considerada aisladamente, saben que entre ellas existe una interdependencia y los planes de cada empresa depende de la conducta de sus rivales, por lo que en algunos casos sucede una interacción estratégica, que es una característica nueva del oligopolio que ha inspirado el campo de la teoría de juegos que se basa en la teoría matemática empleada en la economía que pretende describir y predecir el comportamiento de los agentes económicos, muchas decisiones dependen de las expectativas que se tengan sobre el comportamiento de los demás agentes económicos. Es el caso del comportamiento de las empresas en un mercado en el que opera un reducido número de las mismas, las cuales establecerán unos precios según cómo cada una suponga la reacción de las demás.

2.5. Análisis del mercado

2.5.1. El mercado relevante

También llamado mercado pertinente, es donde se dan las condiciones generales en que vendedores y compradores intercambian bienes, e implica la determinación de los límites que identifican a grupos de vendedores y compradores de mercancías donde es probable que se restrinja la competencia.

El mercado pertinente, se considera como el lugar en que oferta y demanda se influyen recíprocamente, constituye un marco de análisis que pone de relieve las limitaciones a que tienen que hacer frente las empresas de que se trate en materia de competencia. “La definición de mercado pertinente tiene por objeto discernir qué

empresas compiten entre sí respecto de un producto y en un ámbito geográfico dados a fin de determinar si otras empresas pueden limitar efectivamente los precios de un supuesto monopolista, dicho de otro modo, se trata de reconocer cuáles son los competidores de una empresa que pueden realmente influir en su comportamiento e impedir que actúe con independencia de cualquier presión competitiva real. Así pues, la definición de los productos y de los mercados geográficos pertinentes es un aspecto esencial del análisis en muchos asuntos relacionados con las leyes sobre la competencia.”³⁶

2.5.1.1. Producto relevante (mercado del producto pertinente)

Es el primer elemento que hay que tener en cuenta al determinar el mercado pertinente, se estiman relevantes a todos aquellos productos o servicios que se consideren intercambiables o sustituibles por el consumidor, en razón de sus características, sus precios y el uso al que se destinan; En la práctica se han aplicado dos criterios complementarios y estrechamente relacionados entre sí para determinar el mercado pertinente del producto o servicio, a saber, el carácter razonablemente intercambiable del uso y la elasticidad cruzada de la demanda. Para la aplicación del primer criterio se suelen tener en cuenta dos factores: si el uso final del producto y sus sustitutos es o no fundamentalmente el mismo, o si las características físicas o las cualidades técnicas son lo bastante similares para que la clientela pueda cambiar de uno a otros con facilidad. El factor precio es el elemento central en la aplicación del criterio de la elasticidad cruzada, que consiste en determinar el aumento relativo de la cantidad demandada de un producto como respuesta al aumento relativo del precio de otro.

En un mercado en el que la elasticidad cruzada sea elevada, un ligero aumento del precio de un producto tendrá por efecto que la clientela cambie al otro, indicando así que ambos productos compiten en el mismo mercado, mientras que una elasticidad

³⁶ Conferencia de la Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. **Ley tipo de defensa de la competencia.** Pág. 27. 15 de noviembre de 2007.

cruzada baja indicará lo contrario, es decir, que los dos productos tienen mercados independientes.

2.5.1.2. La delimitación geográfica del mercado (mercado geográfico pertinente)

El mercado geográfico es el segundo elemento que hay que tener en cuenta para determinar el mercado pertinente. Puede definirse en general como la zona en que los vendedores de un producto o servicio ejercen sus actividades, también puede definirse como un mercado en el que los vendedores de un producto o servicio pueden realizar sus operaciones sin trabas importantes.

2.5.2. Poder de mercado o posición de dominio

Es la situación en que una empresa, por sí o conjuntamente con otras empresas, está en condiciones de controlar el mercado pertinente de un determinado bien o servicio o de un grupo de bienes o servicios, así como el control de las decisiones de precios y producción en una industria independientemente de otros operadores de ese mercado.

- **Elementos cuantitativos:** Consiste en la participación de las empresas e índices de concentración en el mercado a través del indicador del poder de mercado más utilizado, siendo “el coeficiente de concentración de una industria, este es el porcentaje de la producción total o de la facturación de la industria representado por las mayores empresas. En el monopolio puro, el coeficiente de concentración de las mayores empresas, sería del 100 por ciento, mientras que en la competencia perfecta sería cercano a cero.”³⁷

- **Elementos cualitativos:** Peso relativo de los competidores, barreras de acceso al mercado, competencia potencial y poder de los compradores en el mercado.

³⁷ Samuelson, **Ob. Cit**; Pág. 181.

2.6. Conductas empresariales anticompetitivas en el mercado

2.6.1. Abuso de posición de dominio

El concepto de abuso de una posición de dominio en el mercado se refiere a las “prácticas comerciales contrarias a la competencia en que puede incurrir una empresa dominante para mantener o ampliar su participación en el mercado, dicho concepto comprende dos elementos: la cuestión del dominio y la capacidad de ejercer poder de mercado.”³⁸

Una empresa goza de una posición dominante cuando representa una parte importante del mercado pertinente y le corresponde una cuota de mercado considerablemente superior a la de su mayor competidor. Una empresa con una cuota de mercado del 40% o más suele ser una empresa dominante que, cuando posee la capacidad de fijar independientemente los precios y de abusar de su poder de mercado, puede suscitar inquietudes en lo que atañe a la libre competencia. No obstante, hay que tener en cuenta que una posición de dominio no es de por sí contraria a la competencia.

El poder de mercado consiste en la capacidad de una empresa (o de un grupo de empresas actuando conjuntamente) de aumentar y mantener lucrativamente los precios por encima del nivel de competencia durante un período considerable de tiempo. El ejercicio o abuso del poder de mercado, denominado asimismo poder de monopolio, se traduce en una disminución de la producción y una pérdida de bienestar económico. Además de unos precios superiores a los precios de competencia, el ejercicio del poder de mercado puede manifestarse en menor calidad del servicio o de innovación en los mercados pertinentes.

El abuso de posición de dominio se materializa cuando una empresa, por sí o conjuntamente con otras empresas, está en condiciones de controlar el mercado relevante de un determinado bien o servicio o de un grupo de bienes o servicios,

³⁸ Conferencia de la Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, **Ob Cit**; Pág. 45.

además cuando los actos o conductas de una empresa dominante limiten el acceso a un mercado pertinente o restrinjan indebidamente de algún otro modo la competencia y tengan o puedan tener efectos perjudiciales para el comercio o el desarrollo económico.

2.6.2. Conductas constitutivas de abuso de una posición dominante: la discriminación de precios

Es un instrumento indispensable de que disponen las empresas para maximizar sus beneficios, cualquiera que sea su posición en el mercado, y para mejorar o defender esa posición contra otras empresas. Sin embargo, la discriminación también puede ser utilizada por empresas con poder de mercado para evitar la competencia mediante el aumento de las cuotas de mercado o la imposición de barreras a la entrada, o ambas cosas a la vez.

Hay varios tipos de discriminación basada en el precio, algunos de los cuales estimulan la competencia, esas prácticas, de las que algunas guardan una relación estrecha con el comercio exterior y las relaciones económicas internacionales y otras son indicio de eficiencia económica, pueden clasificarse en tres categorías:

2.6.2.1. Discriminación de personas

- **Regatear siempre:** práctica comercial corriente en bazares y tratos particulares.

- **Evaluar su nivel de renta:** método de fijación de precios relacionado con el poder de compra del cliente, utilizado frecuentemente por médicos, abogados y demás miembros de las profesiones liberales.

- **Sopesar el uso:** aunque los costos marginales sean bajos, se cobra más a los grandes clientes (es sabido que algunos grandes fabricantes de fotocopiadoras, programas informáticos y ordenadores que gozan de una posición dominante han utilizado esa estrategia).

2.6.2.2. Discriminación de grupos

- **Aplastar al competidor:** rebajas abusivas de precios para a eliminar un competidor.
- **Deshacerse del excedente:** la venta a precios más bajos en los mercados extranjeros en que la demanda es más elástica. Práctica corriente en el caso de ciertos medicamentos, acero, aparatos de televisión y otros productos,
- **Captar nuevos clientes:** práctica corriente de promoción de suscripciones a una revista, atrayendo nuevos clientes. A menudo fomenta la competencia cuando ninguna empresa domina el mercado.
- **Favorecer a los grandes:** los descuentos por volumen son más altos que las diferencias de costo. Muy frecuente en muchos mercados, especialmente en el caso de las empresas de servicios públicos.
- **Clasificar según la elasticidad:** práctica corriente en el sector de las empresas de servicios públicos.

2.6.2.3. Discriminación de productos

- **Pagar por la etiqueta:** la etiqueta más cotizada (o más famosa) obtiene un precio más alto, aunque el producto sea el mismo que el de una marca corriente.
- **Liquidar las existencias:** las rebajas, que se utilizan corrientemente para liquidar las existencias pero que también pueden desestabilizar a clientes y competidores si son el resultado de una publicidad engañosa.

2.6.3. Conductas constitutivos de abuso de una posición dominante: las estrategias predatorias

2.6.3.1. Los precios predatorios

La doctrina y la legislación en general, reconocen a los precios predatorios como una modalidad de abuso de posición de dominio, en este caso el poder de mercado se traduce en la capacidad de la empresa para afectar unilateralmente los precios, manteniéndolos por debajo del nivel de precios competitivo por un periodo suficiente que obligue a los competidores a salir del mercado y luego aumentar estos precios a un nivel monopolístico que le permita recuperar las pérdidas incurridas durante la práctica.

En principio, puede decirse que una empresa que vende a pérdida (precios por debajo de costos) se aparta del objetivo de cualquier empresa capitalista, la maximización de ganancias. Sin embargo los precios predatorios tienen una razón que justifica económicamente la conducta, el objetivo de la empresa en maximizar ganancias en el largo plazo, una vez acabe con la competencia en el mercado y venderá su producto a precio monopolístico.

La exclusión de los competidores se logra cuando la rebaja en los precios se da a un nivel en el cual estos no pueden competir y se ven obligados a abandonar el mercado, una vez la empresa logre cumplir su propósito de acabar con la competencia y haya visto aumentar su poder y participación de mercado, elevará los precios de sus productos para recuperar los costos en que incurrió durante el periodo de la práctica predatoria, y ganar en el largo plazo utilidades extraordinarias. Algunos consideran que esta conducta es una agresión deliberada de una empresa contra uno o más competidores, siendo estos golpeados suficientemente fuerte como para abandonar su participación en el mercado. Esta práctica implica que tanto el predador como sus víctimas, incurren en enormes pérdidas durante el desarrollo de la conducta por lo que el predador debe tener cierta expectativa de que las pérdidas actuales son una inversión para obtener ganancias futuras, las cuales deben superar las pérdidas

actuales.

También se plantea la posibilidad que esta estrategia sea utilizada para rebajar el costo de adquisición de una empresa competidora, cuando quiere forzarse una fusión, en efecto, la empresa dominante al amenazar a sus competidores, obligándolos a salir del mercado reducen el costo de sus activos haciendo posible la adquisición de la empresa víctima, siendo la empresa dominante quien compensa los costos de su conducta con la reducción del precio de adquisición de la empresa.

2.6.3.2. Dificultades en la correcta definición de la conducta

Se busca de la definición de precios correctos y precios incorrectos: son precios correctos, los que responden a una competencia por méritos, que es precisamente el objeto protegido por el derecho de la competencia; la competencia por méritos implica que la rivalidad entre quienes pretenden ganar el favor de los compradores, está basada en términos de eficiencia (esto es precios de calidad).

Por lo tanto la labor de la autoridad que investiga la práctica, consiste en distinguir un precio competitivo, resulta de vital importancia una correcta identificación de precios predatorios, en primer lugar, un precios que da ganancias o utilidades razonables no puede considerarse incorrecto, aún en el caso en que acabe con los competidores, pues estamos ante un caso de crecimiento interno de la empresa, sustentado en una mayor eficiencia competitiva, posiblemente debido a una economía de escala.

En el otro extremo, un precio persistente o permanente por debajo de costos debe ser considerado incorrecto, pues no puede tener un propósito legítimo ni una justificación económica racional y el efecto necesario y la única intención como hemos repetido anteriormente será la de destruir a los potenciales competidores. Equivocarse en la identificación de un precio predatorio y considerarlo competitivo puede alentar a la concentración del mercado en el largo plazo.

2.6.3.3. El incremento de los costos del rival

Una empresa dominante puede realizar una conducta predatoria sin incurrir en precios predatorios, esto es lo que en teoría se ha llamado, predación no basada en Precios “Non-Price Predation”, consistente en la conducta de una empresa que tiene como objeto el de elevar enormemente los costos de sus competidores, sacarlos del mercado y monopolizar el mismo, a manera de ejemplos citamos los siguientes: los procesos gubernamentales a través de denuncias administrativas o demandas judiciales temerarias, métodos de sabotaje directo, la elevación de los costos de cambio, por mencionar algunos.

2.7. Prácticas restrictivas de la competencia: las prácticas colusorias entre competidores

Los acuerdos colusorios son por excelencia los denominados carteles, ententes o acuerdos de no competencia, concertados por agentes económicos competidores en la misma escala del proceso productivo, es decir que son acuerdos de estructura horizontal, generalmente se dan en mercados oligopolísticos (Aunque no se excluye la posibilidad de ocurrir en otro tipo de mercado), en los que intervienen muy pocos agentes y es más fácil ponerse de acuerdo en reparticiones de mercado, fijación de precios y otros. Por eso es que algunos economistas suelen llamarlos también oligopolios formales colusorios o intrínsecamente nocivos pues los elevados precios que en determinado momento pudieran existir, afecta a otros agentes en la cadena productiva y principalmente a los consumidores, lo que crea enormes distorsiones en el mercado, estos convenios o acuerdos, tanto escritos como verbales, oficiales u officiosos, son prohibidos en la mayoría de legislaciones de competencia, además de los acuerdos existen otras modalidades de entendimiento como lo son, las concertaciones, las recomendaciones y las decisiones.

Dentro de las características de los mercados que favorecen los carteles podemos citar las siguientes:

- Pocos y grandes productores
- Productores tienen características similares
- Productos homogéneos
- Pocos sustitutos; demanda inelástica
- Producto usado como insumo por grandes compradores
- Altas barreras de entrada
- Transacciones transparentes en el mercado
- Procesos de licitación

2.7.1. Tipos de colusión o cartel

2.7.1.1. Los carteles duros: convenios para fijar precios u otras condiciones de venta

La fijación de precios puede producirse en cualquier escalón del proceso de producción y distribución, puede consistir en acuerdos sobre precios de bienes primarios, insumos intermedios o productos acabados. También puede entrañar acuerdos relativos a determinadas formas de calcular los precios, como la concesión de descuentos y rebajas, el establecimiento de listas de precios y sus variaciones y el intercambio de información sobre precios.

Pero ponerse de acuerdo no es tan fácil, si se intenta fijar un precio común, las empresas más eficientes, las que dispongan de tecnología avanzada que les permita producir a un menor coste, presionarán para que el precio sea bajo, mientras que las menos eficientes serán partidarias de un precio alto. Debido a la dificultad de esas negociaciones, una vez que se haya llegado a un acuerdo aparecerá cierta rigidez, habrá dificultad en cambiar los acuerdos para adaptarse a las condiciones cambiantes del mercado; Otra dificultad proviene de la legislación de muchos países prohíbe las prácticas colusorias y en ocasiones se ha podido demostrar y castigar a algunos industriales por realizar propuestas o presiones de ese tipo.

La mejor alternativa al cartel eludiendo todos esos inconvenientes es el liderazgo de precios, situación muy frecuente en el mundo de los negocios. Cuando existe una empresa líder en el mercado, fija el precio y las condiciones de la oferta que son aceptados por todas las demás sin necesidad de negociaciones; “Hay tres tipos de empresas que pueden ser señaladas para el liderazgo:

- La empresa dominante, es decir, la de mayor tamaño, la de mayor cuota de participación con diferencia sobre todas las demás. Esta será también la que disponga de más información, la que por conocer las condiciones de la demanda a mayor escala podrá estimar el precio más estable y beneficioso.
- La que disfrute de los costes más bajos por disponer de la tecnología más avanzada. Este caso resulta aún más estable ya que si la empresa que fijara el precio fuera una con costes altos, el precio resultaría también excesivo y sería más probable que la situación derivase hacia una guerra de precios.
- La que goce de prestigio y respeto social. Es frecuente también que un oligopolista, por su edad o por su formación, sea considerado por sus competidores como experto y capaz de diagnosticar las condiciones cambiantes de la demanda, por lo que aceptarán sus decisiones.”³⁹

En cualquier caso los acuerdos colusorios son siempre inestables y frágiles ya que si alguno de los miembros traiciona a los demás puede obtener con ello grandes beneficios.

2.7.1.2. El reparto de mercados o clientela

Los acuerdos entre empresas de reparto de mercados y clientela consisten en asignar a determinadas empresas determinados clientes o mercados para los productos o servicios de que se trate, tales acuerdos tienen por objeto en especial consolidar o mantener una estructura dada del comercio mediante la renuncia a la competencia por parte de las empresas competidoras respecto de sus clientes o mercados respectivos. Pueden ser restrictivos para una línea de productos concreta o para un tipo de clientes

³⁹ Manual básico la economía de mercado: virtudes e inconvenientes. 15 de noviembre de 2007.

en particular.

Los acuerdos de reparto de mercados se dan en el comercio tanto interior como exterior; en este último caso frecuentemente suponen un reparto del mercado internacional con criterios geográficos que responden a relaciones entre proveedores y compradores previamente establecidos. Las empresas que conciertan tales convenios casi siempre acuerdan no competir en el mercado interior de la otra. Cabe, por otra parte, que los acuerdos de reparto de mercados tengan ese fin específico.

2.7.1.3. Las restricciones de la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas

Los acuerdos de reparto de mercados también pueden hacerse en forma de asignaciones cuantitativas en vez de basarse en una distribución de territorios o clientes, tales restricciones se aplican a menudo en los sectores donde hay una capacidad excedente o donde el objetivo es el alza de los precios. Con arreglo a esos sistemas, las empresas suelen convenir en limitar su oferta a una proporción de sus ventas anteriores y, con objeto de velar por el cumplimiento de ese pacto, muchas veces se crea un fondo común y se exige a las empresas cuyas ventas son superiores a su cuota que hagan pagos al fondo con objeto de compensar a las empresas cuyas ventas son inferiores a su cuota.

2.7.1.4. La licitación colusoria

Las licitaciones colusorias son intrínsecamente anticompetitivas, pues se oponen a la finalidad misma de la convocatoria de licitación, que es la adquisición de bienes o servicios a los precios y en las condiciones más favorables. La licitación colusoria puede adoptar diferentes formas: pactos para presentar ofertas idénticas, pactos para determinar quién presentará la oferta más baja, pactos para presentar ofertas ficticias (ofertas deliberadamente infladas), pactos para no pujar uno contra otro, pactos sobre normas comunes para calcular los precios o condiciones en las ofertas, pactos para

dejar fuera a los licitantes independientes, pactos para designar de antemano a los rematantes por rotación o con arreglo a criterios geográficos o de clientela. Tales pactos pueden prever un sistema de compensaciones a aquellos licitantes a los que no se haya adjudicado el contrato, basado en un determinado porcentaje de los beneficios de los adjudicatarios con el fin de repartirlo después de cierto plazo entre todos.

La licitación colusoria es ilegal en la legislación guatemalteca, al respecto podemos consultar el Artículo 25 de la ley de Contrataciones del Estado, Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, que establece lo siguiente: “Artículo 25. Presentación de una sola oferta por persona. Cada persona individual o jurídica, nacional o extranjera, podrá presentar una sola oferta. En ningún caso se permitirá a un compareciente la representación de más de un oferente. Quien actúe por sí no puede participar representando a un tercero. Si se determinare la existencia de colusión entre oferentes, serán rechazadas las ofertas involucradas, sin perjuicio de la adopción de las medidas que determine el reglamento de la presente ley.”

Aquí es claro que existe una razón fraudulenta de causar perjuicio en las compras y adquisiciones del Estado y el gasto público.

2.7.1.5. La negativa concertada a comprar o a suministrar

Las negativas concertadas a comprar o a suministrar, o la amenaza de tal negativa, son uno de los medios más corrientes empleados para obligar a los que son miembros de un grupo a seguir la línea de conducta prescrita.

Este supuesto lo podemos notar de una manera un tanto desapercibida dentro del Código de Comercio de Guatemala en el capítulo de las obligaciones en general, Artículo 681 que establece: “Libertad de contratación. Nadie puede ser obligado a contratar, sino cuando el rehusarse a ello constituya un acto ilícito o abuso de derecho.”

2.7.1.6. La negativa colectiva a que se acceda a un acuerdo o a una asociación que sean decisivos para la competencia

En la producción y venta de bienes y servicios es corriente ser miembro de asociaciones profesionales, comerciales gremiales o cámaras industriales. Tales asociaciones suelen contar con ciertas normas de admisión y en circunstancias normales se permite el ingreso de los que reúnen tales requisitos. No obstante, las normas de admisión pueden redactarse de modo que excluyan a ciertos posibles competidores, bien estableciendo una discriminación en perjuicio de ellos.

2.7.1.7. Los acuerdos que se evalúan según sus efectos: los boicots

Los boicoteos se consideran ilegales en varios países, especialmente cuando tienen por objeto asegurar la observancia de otros acuerdos como los de mantenimiento colectivo de precios de reventa y los de exclusividad.

Los boicoteos de grupo pueden ser horizontales (es decir, los miembros del cartel pueden pactar entre ellos que no venderán o no comprarán a determinados clientes) o verticales (los pactos entre partes situadas en escalones diferentes del proceso de producción y distribución negándose a tratar con un tercero, normalmente un competidor de una de ellas).

2.8. Prácticas restrictivas de la competencia: las restricciones verticales a la competencia

El concepto de restricción vertical se refiere a ciertos tipos de prácticas comerciales sobre la reventa de productos por fabricantes o proveedores y que se acuerdan así entre empresarios en una rama de actividad situada en etapas diferentes de la cadena del valor añadido. Comprende el mantenimiento colectivo de precios de reventa, los acuerdos de exclusividad y las restricciones impuestas a los distribuidores por razones de mercado territorial geográfico, exclusivo o reservado. Mientras que la primera de

esas prácticas sigue siendo muy discutida por los economistas, los acuerdos y restricciones de exclusividad despiertan menos recelo.

2.8.1. Las exclusiones

2.8.1.1. Los precios de reventa

La fijación de los precios de reventa de los productos, generalmente por el fabricante o por el mayorista, suele denominarse imposición de precios de reventa.

2.8.1.2. Acuerdos de exclusividad

Esta práctica reviste la forma de acuerdos entre un fabricante que ofrece un contrato de compraventa con la condición de que el comprador acepte no comerciar con los productos de un competidor. Es una restricción a la libertad de elección de compradores o proveedores de la empresa.

2.8.1.3. Mantenimiento colectivo de precios de reventa o fijación de los precios de reventa

Esta práctica se traduce básicamente en acuerdos entre minoristas, impuestos por los productores, de no competir en materia de precios (creando así una red); Consiste por lo general en la fijación de los precios al por menor por el fabricante o proveedor original, y a menudo se la designa en América del Norte y en Europa con el eufemismo comercio leal. En algunos casos, un proveedor puede controlar el mercado del producto. En los mercados concentrados (por ejemplo, aquéllos en los que existen pocas redes que ofrezcan la misma clase de producto de diferentes marcas) o cuando existe un poder de mercado (es decir, cuando falta la competencia entre marcas, como suele suceder en los países en desarrollo),

2.8.1.4. Restricciones de mercado territorial exclusivo o reservado

Esta práctica se materializa en acuerdos por los que un fabricante restringe la competencia entre minoristas en la distribución de sus productos.

2.8.1.5. Acuerdos vinculantes

Son acuerdos por los que un fabricante restringe las fuentes de abastecimiento de determinados insumos utilizados por minoristas. En la ley de los Estados Unidos se define un acuerdo vinculante como todo acuerdo de una parte para vender un producto pero sólo con la condición de que el comprador también adquiriera un producto diferente (o vinculado) o no compre el producto a ningún otro proveedor.

2.9. Las reglas de análisis de las prácticas restrictivas de la competencia: la regla de la razón y la ilegalidad per se

La mayoría de los países que aplican una legislación de libre competencia distinguen de alguna manera, entre las prácticas restrictivas que se consideran siempre ilegales, a las cuales se les denomina también, prácticas restrictivas absolutas o prácticas per se ilegales, y las prácticas que no son siempre ilegales, las cuales se denominan también, prácticas restrictivas relativas, que como dirían los norteamericanos, se deben analizar bajo la regla de la razón “rule of reason”.

Los sistemas de análisis descritos, es decir, la regla de ilegalidad per se y la regla de la razón, fueron desarrollados por el derecho de la competencia norteamericano, el cual se basa en prohibiciones generales y en el desarrollo de su derecho a través de casos.

2.9.1. Sistema de la regla de la razón

El sistema de la regla de la razón sirve para analizar todos aquellos acuerdos y prácticas cuyo efecto anticompetitivo solamente puede ser evaluado a través del

estudio de las características y los hechos peculiares a cada tipo de industria o negocio, de la historia de la práctica restrictiva en cuestión y de las razones por las cuales se aplicó dicha práctica restrictiva.

La naturaleza de la práctica indica si esta tiende a limitar o restringir la libre competencia en el mercado, existen prácticas que por naturaleza están dirigidas a limitar la competencia, este es su efecto inherente. Puede darse como ejemplo la fijación de precios. Por otra parte, el propósito o la intención del agente es importante, por cuanto las leyes antimonopolio están dirigidas a castigar la intención de los infractores, sin necesidad de que se produzcan los efectos.

La regla de la razón entre otras cosas, estudia el comportamiento empresarial que se juzga bajo parámetros de la intención de la empresa o del efecto que su comportamiento pudiera tener sobre la competencia, considerando el contexto del mercado. Bajo la regla de la razón, el demandado puede defenderse demostrando que no está realizando la conducta que se le imputa, o bien que los efectos de la conducta que se le imputan no son anticompetitivos, o que se beneficia a los consumidores, porque obedece a la mayor eficiencia de la empresa en la producción.

Como lo dijo la Corte Norteamericana al decidir el caso de Standard Oil Co. Vs. U.S., al aplicarle la regla de la razón a una situación determinada, se deben analizar tres aspectos esenciales: la naturaleza, el propósito y el efecto de la restricción a la libre competencia. Este tipo de análisis ha sido aplicado principalmente a las conductas verticales, que en muchas oportunidades son autorizadas por el derecho de la competencia, en atención a las eficiencias y los efectos pro – competitivos que generan.

La investigación de un caso de prácticas restrictivas bajo la regla de la razón resulta bastante compleja, ya que la autoridad debe demostrar no solamente que los investigados incurrieron en la conducta, sino que en atención a la naturaleza, propósitos y efectos que la rodearon, esta merece ser sancionada. Los acusados, por su parte, disponen de una gran capacidad para discutir y demostrar a través del análisis

económico las bondades de la conducta por la cual se les investiga.

2.9.2. La regla per se

La anterior situación, compleja para la autoridad de la competencia y atractiva para los investigados, no se presenta cuando el sistema de análisis es el de la ilegalidad per se. Este sistema se utiliza para estudiar todos aquellos acuerdos y prácticas cuya naturaleza y efecto resultan tan evidentemente anticompetitivos que no se necesita realizar un elaborado estudio de la industria respectiva para concluir que son ilegales, motivo por el cual se considera que son siempre ilegales.

La regla de ilegalidad per se, es el tipo de análisis más estricto bajo el cual una corte le puede juzgar la conducta de una empresa o persona en los Estados Unidos, y equivale entre nosotros a la aplicación de una presunción de derecho de que una conducta determinada es ilegal. Por esta razón la jurisprudencia norteamericana ha ido señalando en forma expresa los casos en los cuales se aplica este tipo de análisis y el debate jurídico en los casos dudosos se reduce a definir si la regla de ilegalidad per se, se aplica o no se aplica al caso concreto. Una vez la corte ha determinado que la regla per se es aplicable al caso, la única defensa válida consiste en demostrar que el acusado no incurrió en la conducta que se le imputa. En estos casos la corte no escuchará los argumentos del acusado tendientes a demostrar que los precios son razonables, que las partes no tienen suficiente poder dentro del mercado relevante, que la conducta en cuestión no tuvo realmente el efecto de restringir la competencia, o que benefició a los consumidores.

CAPÍTULO III

3. El derecho de la competencia en la legislación guatemalteca

3.1 Ministerio de economía: aspectos institucionales y objetivos

El Ministerio de Economía debe hacer cumplir el régimen jurídico relativo al desarrollo de las actividades productivas no agropecuarias, del comercio interno y externo, de la protección al consumidor, del fomento a la competencia, de la represión legal de la competencia desleal, de la limitación al funcionamiento de monopolios, de la inversión nacional y extranjera, de la promoción a la competitividad y del desarrollo industrial y comercial.

3.1.1. Funciones sustantivas

- Formular y ejecutar dentro del marco jurídico vigente, las políticas de protección al consumidor, de fomento a la competencia y de represión legal de la competencia desleal;
- Formular y ejecutar dentro del marco jurídico vigente, la política de inversión nacional y extranjera, de promoción de la competitividad, del desarrollo industrial y comercial, y proponer las directrices para su ejecución.
- Conducir, por delegación del Presidente de la República, las negociaciones de los convenios y tratados de comercio internacional bilateral y multilateral, y una vez aprobados y ratificados, encargarse de su ejecución.
- Proponer al Organismo Ejecutivo, en coordinación con los otros ministerios y organismos del Estado, las especificaciones y normas técnicas y de calidad de la producción nacional.
- Formular y ejecutar, de conformidad con la ley, la política arancelaria del país; y coordinar, analizar y dar seguimiento a los procesos de integración económica centroamericana y de negociación de tratados de libre comercio.
- Velar por la seguridad y eficiente administración de los registros públicos sometidos

a su jurisdicción.

- Promover la creación y mejoramiento continuo de los procedimientos e instituciones registrales, instituidas para la seguridad del tráfico de los bienes inmuebles y demás bienes registrables.

3.1.2. Funciones de las unidades administrativas principales: viceministerio de inversión y competencia

Es el encargado de velar por el desarrollo del comercio interno y la inversión. Sus funciones son: promover la competencia interna y la protección al consumidor a través de la eficiencia en los mercados de bienes y servicios. Facilitar el establecimiento y operación de sistemas de aseguramiento de la calidad, incluyendo el desarrollo de normas técnicas. Velar porque la reglamentación técnica en el país sea congruente con los convenios, tratados y acuerdos comerciales vigentes. Administrar en los aspectos de su competencia, los regímenes de incentivos a la inversión y de fomento a la producción y exportación, establecidos por la ley. Administrar sistemas y servicios de orientación sobre legislación, normativa, requisitos, facilidades y prácticas para la realización de inversiones. Dirigir y coordinar la labor registral que corresponde desarrollar al Ministerio. Conformar y coordinar sistemas de información para orientar a los exportadores sobre las condiciones de acceso a los mercados. Dirigir y coordinar las acciones técnicas y administrativas de las dependencias a su cargo.

3.1.3. Unidades de ejecución: dirección de promoción de la competencia

Esta Dirección tiene como objetivo estimular y velar por el desarrollo de acciones económicas y comerciales que favorezcan la adecuada inserción de la actividad económica nacional en el mercado interno y externo. Se integra con los departamentos de análisis e información y departamento de promoción de la competencia. Sus funciones son: Diseñar, proponer y aplicar la política nacional de promoción de la competencia; impulsar la competencia comercial mediante mecanismos que faciliten a la producción nacional, el acceso a nuevos mercados; preparar los proyectos

normativos que favorezcan la libre competencia y eliminen las prácticas proteccionistas; analizar y estudiar la situación de la estructura y funcionamiento de los mercados de productos y servicios nacionales, para evaluar su nivel de competencia e identificar y proponer la eliminación de las distorsiones que la limitan; ejecutar las acciones que establece la ley para actuar en represión a las prácticas monopolísticas o de competencia desleal; elaborar y proponer normas y mecanismos legales que promuevan la competencia y desalienten las prácticas monopolísticas y de competencia desleal.

3.2. Competencia de mercados en Guatemala

En la Constitución Política de la República de Guatemala, se plasman normas en materia de competencia de mercados, como el Artículo 130 que se refiere a la prohibición de monopolios; sin embargo éste y otros preceptos constitucionales sobre el tema no han sido desarrollados a nivel de una ley ordinaria, como podría ser una ley de promoción o defensa de la competencia.

En otro nivel de jerarquía legal, como es el caso de las normas ordinarias, específicamente en el Código de Comercio y el Código Penal, también se tipifican normas sobre el tema de competencia, pero dejan vacíos para la aplicación de una ley que promueva la competencia en el país.

Cabe subrayar que durante la segunda mitad de la década de 1990 se promovió la modernización de una parte importante de la legislación económica del país mediante la aprobación y puesta en vigencia de normas ordinarias especializadas, en cuyo contexto se sustituyó la regulación tradicional de carácter restrictivo por instrumentos reguladores con orientación de mercado. Este nuevo marco regulatorio está ahora estructurado por las leyes que norman el funcionamiento de los mercados de telecomunicaciones, energía eléctrica e hidrocarburos , en las cuales se establece la apertura para la competencia, aunque todavía con algunas limitaciones.

En materia de competencia, el marco jurídico guatemalteco está constituido por:

- Constitución Política de la República de Guatemala
- Código de Comercio
- Código Penal
- Ley General de Telecomunicaciones
- Ley General de Electricidad
- Ley de Comercialización de Hidrocarburos
- Ley de Bancos y Grupos Financieros

3.3. Constitución Política de la República de Guatemala

La Constitución Política de la República en su sección décima titulado régimen económico y social, se encuentra el Artículo 130 en el que se establece en forma clara la prohibición de monopolios y privilegios, el cual dice así: “Artículo 130. Prohibición de monopolios. Se prohíben los monopolios y privilegios. 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.”

Esta norma constitucional constituye el punto de partida para el desarrollo de una ley en materia de competencia. Puede observarse que este Artículo no sólo se limita a prohibir los monopolios en forma per se; sino que establece como función del Estado:

- Limitar el funcionamiento de empresas que absorban o tienden a absorber la producción de uno o más ramos industriales o de una actividad comercial o agropecuaria, en perjuicio de la economía nacional.

Asimismo esta norma constitucional delega en las leyes ordinarias la regulación de las funciones establecidas en el párrafo anterior al indicar que las leyes determinarán lo relativo a esta materia.

Además, asigna otras atribuciones al Estado, tales como:

- Proteger la economía de mercado.
- Impedir las asociaciones que tiendan a restringir la libertad de mercado o perjudicar a los consumidores.

Con estas dos atribuciones asignadas al Estado el legislador en forma general incorporó los elementos del objeto de una ley de competencia, como lo son:

- Preservar y promover la libre competencia,
- Incrementar la eficiencia económica y el bienestar del consumidor,
- El control de los actos de concentración económica, los acuerdos restrictivos o los arreglos entre empresas, fusiones o adquisiciones,
- El abuso de la posición de mercado dominante, que limiten el acceso a los mercados o de cualquier forma restrinjan indebidamente la competencia, afectando de forma adversa el comercio nacional, internacional o el desarrollo económico.
- Impedir el funcionamiento de prácticas excesivas que conduzcan a la concentración de bienes y medios de producción en detrimento de la colectividad y prohibir las prácticas monopólicas y privilegios.

Por otra parte, la Constitución Política establece en su Artículo 119. Obligaciones del Estado, literal h) Impedir el funcionamiento de prácticas excesivas que conduzcan a la concentración de bienes y medios de producción en detrimento de la colectividad. Con base en esta norma el Estado de Guatemala debe impedir el funcionamiento de prácticas excesivas como lo son los acuerdos restrictivos, carteles y los abusos de posición de dominio.

El mismo Artículo 119, establece en su literal i) La defensa de consumidores y usuarios en cuanto a la preservación de la calidad de los productos de consumo interno y de exportación para garantizarles su salud, seguridad y legítimos intereses económicos.

El Estado al promover la competencia entre las diferentes industrias que participan en los mercados contribuye a generar beneficios al consumidor, en la medida de que uno de los resultados favorables de la competencia reside en la diversidad de bienes y servicios ofrecidos, de mejor calidad y a precios más competitivos.

Otra obligación del Estado se indica en la literal l) Promover el desarrollo ordenado y eficiente el comercio interior y exterior del país, fomentando mercados para los productos nacionales.

Una buena forma de fomentar los mercados competitivos y la inversión consiste en eliminar barreras de entrada o de salida de los mismos para que los agentes económicos puedan desarrollar sus actividades sin ninguna restricción artificial.

Además, se establece en la literal n) Crear las condiciones adecuadas para promover la inversión de capitales nacionales y extranjeros.

La competencia como política de Estado y aplicada a través de un ordenamiento jurídico, es a la vez un instrumento de transparencia y de certeza jurídica para los inversionistas nacionales y extranjeros, al saber que en el país existen los mecanismos legales para proteger su inversión de actos o conductas que puedan limitar su desenvolvimiento empresarial.

El análisis anterior revela la existencia de una sustentación constitucional sólida para el desarrollo de una política y una ley de competencia, las cuales aparecen incluso en la misma Constitución Política de la República como parte de las obligaciones del Estado en cuanto a la protección del mercado, la consecución de la eficiencia económica, el impedimento de asociaciones que restrinjan la libertad de competir y la protección de los intereses económicos del consumidor.

3.4. Código de Comercio

El Código de Comercio de Guatemala Decreto número 2-70 del Congreso de la República, es una norma de carácter ordinario de las más antiguas dentro del sistema jurídico guatemalteco.

En el Artículo 361. Prohibición de monopolios, se establece: “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.”

El epígrafe de esta norma no coincide en una forma precisa con el texto del artículo, pues se establece una obligación a los comerciantes de no discriminación, lo cual esta relacionada con la competencia ya que establece una obligación de igual trato a las diversas clases de consumidores, y es propia de una ley de defensa del consumidor moderna.

Esta norma no desarrolla los principios establecidos en el Artículo 130 de la Constitución Política, ni tampoco desarrolla la obligación del Estado establecida en los incisos señalados del Artículo 119 de la misma norma constitucional.

3.5. Código Penal

El Código Penal Decreto número 17-73 del Congreso de la República, que está vigente desde 1973, tipifica ciertas figuras o conductas en los Artículos 340 y 341, dando especial trato al acaparamiento de bienes con el fin de ocasionar escasez y subir los precios. “Artículo. 340. Monopolio. 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 agropecuaria, o se aprovechare 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.”

Al igual que en el Código de Comercio, el epígrafe del Artículo no define claramente según la doctrina moderna, que es un monopolio u oligopolio; además agrega el elemento de tener un propósito ilícito, el cual se puede interpretar como un dolo, situación que dista mucho de la realidad y de las condiciones de un mercado. Asimismo, la sanción que establece es sumamente baja en cuanto a la multa y el plazo de la prisión es conmutable, hay que agregar también que esta norma no fomenta la eficiencia económica ni el bienestar del consumidor.

Por su parte, el “Artículo. 341. Otras formas de monopolio. Se consideran, también actos de monopolio contrarios a la economía pública y el interés social: 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; Todo acto o procedimiento que impida o se proponga impedir la libre concurrencia en la producción o en el comercio; 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; 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. 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 alguno de los hechos enumerados anteriormente será sancionado con prisión de seis meses a tres años y multa de dos cientos a mil quetzales.”

Esta norma hace una regulación más puntual sobre conductas y actos sancionados con prisión y multa, pero al igual que la anterior las sanciones son leves y no promueven la eficiencia económica en el mercado ni el beneficio del consumidor, elementos que son esenciales para el desarrollo de una política de competencia

moderna.

3.6. Competencia y liberalización de mercados

3.6.1. Generalidades

En 1991 se inició el proceso de privatización y reforma económica en Guatemala, orientado a programas de desmonopolización que pretendían aportar mayor eficiencia a los mercados, atraer mayores flujos de inversión extranjera y financiar inversiones sociales en los sectores de salud y educación. En 1993 comenzó un proceso selectivo de venta de activos estatales de baja utilización y rendimiento con objeto de financiar programas de interés social y en 1998 concluyó la parte más importante del proceso con el programa de desincorporación de activos y privatización. Se privatizaron la Empresa Eléctrica de Guatemala (EEGSA) y las empresas distribuidoras del Instituto Nacional de Electrificación (INDE) y Telecomunicaciones de Guatemala (TELGUA). Asimismo, se completó el contrato administrativo con la empresa de correos y el de usufructo con la de ferrocarriles.

Como parte del programa de modernización y en seguimiento de la política de desincorporación, desconcentración y desregulación, se emprendieron reformas de los servicios públicos de telecomunicaciones, electricidad, aeropuertos, puertos y ferrocarriles y se implementaron cambios en el marco legal e institucional mediante la creación de entes reguladores y la desincorporación de activos a través de su venta, concesiones, contratos de uso y administrativos.

3.6.2. Mercado de telecomunicaciones

3.6.2.1. Telecomunicaciones de Guatemala: reseña histórica

Telecomunicaciones de Guatemala (TELGUA), fue subastado por primera vez el 16 de diciembre de 1997, asistiendo Telmex como único oferente -aunque habían

precalificado cinco-, ofreciendo 529.1 millones de dólares por el 95% de la empresa; Crystal Group de Guatemala estimaba un valor de 800 millones de dólares por la telefónica. Se declaró fracasado el acto por la inexistencia de más empresas que pujaran. En Guatemala el gobierno proyectaba privatizar unas 56 entidades públicas en total.

TELGUA resultó como respuesta a los problemas legales que enfrentaba la anterior Empresa Guatemalteca de Telecomunicaciones (GUATEL) para su privatización. Después de observar personalmente la privatización de CTE en El Salvador el 24 de julio de 1998, se aceleró un nuevo intento de subasta para agosto del mismo año, con un mecanismo en el que se ampliaba la participación a consorcios de inversionistas - antes sólo podían los operadores internacionales- y se conservaba la inexistencia de un precio mínimo, reservándose el gobierno la elección de la mejor oferta. Las firmas presentaban dos sobres: uno con el precio por acción que deseaban pagar y en el segundo el porcentaje que esperaban comprar, que tenía que ser entre 51% y 95% del total.

En 1998 TELGUA tenía funcionando unas 500 mil líneas, con una demanda insatisfecha de más de un millón. Esperaba obtener en esa venta unos 600 millones de dólares, que servirían para sanear las finanzas públicas, la inversión social y la productividad, según programas establecidos en la firma de la paz de diciembre de 1996.

El gobierno de Guatemala puso fin a ocho años de monopolio que mantenía una empresa privada en la telefonía celular, al dar en concesión tres frecuencias por un periodo de 15 años y un valor de 14.95 millones de dólares, el 13 de agosto de 1998. La Superintendente de Telecomunicaciones dijo que las empresas ganadoras fueron la estatal Telecomunicaciones de Guatemala Sociedad Anónima (TELGUA S.A.) y Paysandú S.A., ambas guatemaltecas. TELGUA se adjudicó las frecuencias A1 y B1 a un costo de 4.91 y 6.23 millones de dólares, respectivamente; mientras que la frecuencia G la ganó Paysandú, por 3.81 millones. La empresa Comunicaciones

Celulares (COMCEL) mantenía en Guatemala, desde 1990, la distribución del servicio celular en todo el territorio nacional.

El 95% del paquete accionario de TELGUA fue comprado por más de 700 millones de dólares por el grupo centroamericano -mayormente guatemalteco- Luca, S.A. La fecha, el primero de septiembre de 1998. A juicio de los guatemaltecos, fue la mayor privatización en Centroamérica. Sin embargo, algunos grupos de oposición acusaron de viciado el trato, al existir intereses de familiares del Presidente Álvaro Arzú detrás de Luca, S.A., así como manejos dudosos por parte del Ministro de Telecomunicaciones, Fritz García-Gallont.

3.6.2.2. TELGUA en la actualidad

Lo ocurrido desde la desincorporación de GUATEL y la privatización de las telecomunicaciones para transformarse luego en TELGUA, se ha convertido en un caso famoso de gestión pública en Latinoamérica, porque pese a la oposición y crítica a causa de la forma en que se hizo, los objetivos se alcanzaron. No se puede negar que hoy Guatemala es telefónicamente hablando, otra nación. Tenía una de las tasas más bajas de disponibilidad a nivel mundial (menos de un teléfono por cada cien habitantes) o de mayor demanda insatisfecha (más de un millón de potenciales usuarios esperando el milagro de recibir su línea, aun pagando sobornos). En diez años, es ahora un país donde el teléfono es protagonista.

En el foro se citaron datos importantes. Bajo la premisa de cualquier persona pueda comprar a cualquier empresa, cualquier servicio de telecomunicaciones, en cualquier parte del país, en cualquier momento, la reforma del sistema telefónico permitió el crecimiento de la red de telefonía hasta a 4.5 millones de líneas fijas, en contraste con las 289 mil existentes en 1996.

Se pasó de tener menos de 100 mil celulares, a los casi 3.2 millones disponibles a finales del 2004. Tiene 4.3 millones de líneas telefónicas en total, a diciembre de 2004 y

las tarifas son las más bajas de América Latina y de las más baratas del mundo.

Se han invertido más de US\$3 mil 800 millones en infraestructura de telecomunicaciones desde 1998 a la fecha y es el mercado más competitivo de América Latina. Pero se ha desarrollado un mercado con opciones para los clientes, convirtiendo el teléfono en parte del paisaje urbano y rural. Se podía optar por fortalecer a la deficitaria, politizada e ineficiente GUATEL; vender el monopolio estatal a una empresa privada, como ocurrió en otras naciones cercanas, o liberar el mercado y abrirlo a la libre competencia, en busca de mejores condiciones para los consumidores y el fisco.

El gobierno del Presidente Álvaro Arzú se inclinó por un mercado libre. Las cosas funcionaron según la teoría y además de los casi Q3 mil millones pagados al régimen, se ganó muchísimo al popularizar y masificar el teléfono celular o fijo. Pocos negocios de gobierno alcanzan un nivel tan grande de desarrollo y éxito en un plazo tan reducido. Al abrir a la competencia el mercado de servicios públicos, se entendió la medida del éxito factible para una empresa en Guatemala, ejemplo difícil de imitar, pero factible. Ese gobierno merece aplauso porque abrió una puerta a la modernidad.

3.6.2.3. Ley General de Telecomunicaciones

La Ley General de Telecomunicaciones Decreto número 94-96, del Congreso de la República, es una ley más reciente, decretada en el año 1996 como instrumento legal por excelencia para viabilizar la apertura del mercado de las telecomunicaciones, en cuyo contexto se llevó a cabo la privatización de GUATEL, empresa estatal que había ejercido el monopolio de este sector estratégico en el país, la instauración de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SIT) como el ente regulador y de supervisión; la creación y desarrollo del Fondo para el Desarrollo de la Telefonía (FONDETEL); el establecimiento de un nuevo esquema tarifario y la adopción de mecanismos de mercado como las subastas de frecuencias del espectro radioeléctrico; esta nueva regulación con orientación de mercado permite que cualquier agente interesado pueda operar en el mercado.

La reforma se realizó sobre la base de los siguientes principios: 1) el reconocimiento de que no existe poder monopolístico en las telecomunicaciones y que la regulación requerida es mínima, de tal manera que la eficiencia económica provendría del movimiento libre de las fuerzas del mercado; 2) el acceso desagregado a todas las redes, lo cual minimiza o elimina el poder monopolístico; 3) la negociación entre las partes como medio idóneo de solución de conflictos; 4) la creación de mecanismos de arbitraje y 5) la inexistencia de subsidios cruzados entre los servicios.

Inicialmente la ley en las consideraciones preliminares afirma 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. Según el Artículo 1 establece el objeto de la ley entre los cuales se menciona el fomento de la competencia entre los diferentes prestadores de servicios de telecomunicaciones.

Según el Artículo 22 de la ley que se cita a continuación, las contrataciones, la fijación de precios, son libremente pactados entre las partes contratantes. De conformidad con el Artículo 22 que establece la libertad de competencia y regula que 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 estarán sujetos a regulación ni aprobación 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.

Los operadores de redes comerciales de telecomunicaciones, deberán abstenerse de realizar prácticas anticompetitivas. Es a través de esta norma que en Guatemala se dio un paso significativo para la apertura de sus mercados y la modernización de la economía, dado a que se realizó inversión nacional y extranjera para el desarrollo del mercado de telecomunicaciones, se desmonopolizó el mercado dando como resultado la competencia entre nuevos operadores, logrando beneficios directos para los consumidores y usuarios; no obstante que todavía se señala de ciertas irregularidades

en el proceso de privatización de la empresa estatal, lo cual desde la perspectiva del consumidor poco importa, pues el Estado dejó de hacer algo que hacía muy mal y lo traspasó al sector privado, donde quizás el mercado no es perfecto pero es mucho mejor de lo que se tenía hace 20 años, cuando tener un teléfono en Guatemala era un lujo.

No obstante, al abrir el mercado de las telecomunicaciones se apostó a que el mercado se regularía por sí mismo a través de la competencia perfecta, lo cual no resulta ser así, ya que se realizan prácticas que restringen la competencia, como el abuso de posición de dominio del agente económico con mayor participación en el mercado, y la ley de la materia no obstante que establece una libertad en el mercado, no le otorga al ente regulador las facultades para sancionar la concentración en un mismo proveedor de los servicios de telecomunicaciones que actualmente no se limitan propiamente a telefonía fija, sino que se han diversificado, especialmente a través de la telefonía móvil.

En este nuevo escenario se hace imprescindible contar con un conjunto de normas que promuevan la libre competencia, para que el mercado de las telecomunicaciones siga trasladando al consumidor precios más competitivos, mejor servicio y mayor diversidad de opciones.

3.6.3. Mercado eléctrico

3.6.3.1. Empresa Eléctrica de Guatemala (EEGSA): reseña histórica

La Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A. (EEGSA) fue sometida a una licitación internacional el 30 de julio de 1998, en lo referente a distribución. Se planeó vender primero el 80% de la empresa, cuyo valor total estimado estaba entre 250 y 300 millones de dólares. Entre los interesados se contaban Electricidad de Caracas en sociedad con Houston Industries, AES Americas Inc., de Arlington, Coastal Power Co., de Houston y Enron.

La adquisición del 80% -unos 17.2 millones de acciones- de EEGSA la hizo Iberdrola de España junto a la estadounidense Teco Power Services (TPS) de ultramar y Electricidad de Portugal. El grupo pagó 520 millones de dólares, mientras que el gobierno estaba esperando sólo un poco más de 200 millones.

Al momento de la venta solo acudieron otros tres consorcios. Uno de ellos, el integrado por Unión Fenosa Desarrollo/Acción Exterior/Enron Caribe, ofreció 475.5 millones. Los otros dos fueron Energua (Electricidad de Caracas) con una oferta de 319.2 millones de dólares, y AES Corporation con 240 millones de dólares.

El gobierno guatemalteco fue asesorado por Salomon Smith Barney. Al momento de la venta EEGSA tenía una deuda de 43 millones de dólares y distribuía el 70% de la energía de Guatemala, teniendo el resto otra empresa. La deuda debía ser absorbida por el comprador. La empresa había operado con pérdidas en 1995 y 1996, pero a raíz del aumento de las tarifas para 1997 tuvo ganancias netas de tres millones de dólares. Desde 1972 EEGSA pertenecía al Estado en un 96.1%, mientras la que diferencia de 3.9% estaba en manos privadas.

Las 3.46 millones de acciones restantes de EEGSA, correspondientes al 16.1%, serían colocadas en la Bolsa de Valores Nacional (BVN) en agosto de 1998. Un año antes el gobierno del Presidente Álvaro Arzú había iniciado la privatización, cuando la estadounidense Guatemalan Generating Group adquirió por 30 millones de dólares las dos plantas generadoras de energía de EEGSA. El trato se refería al derecho exclusivo de generar y suministrar electricidad por 18 años, para lo que invertiría 200 millones de dólares.

En lo que restaba de distribución del Instituto Nacional de Electrificación (INDE), se planeó su venta en noviembre de 1998, quedando en manos del Estado la generación y transmisión. Para ese acto el gobierno contrató la asesoría de Schrodgers-Citibank, estableciéndose también que esa parte de distribución sería dividida en dos partes, la

del este del país, con unos 200,000 usuarios, y la del oeste, con más de 375,000 usuarios.

El gobierno del Presidente Álvaro Arzú estuvo de la mano de grandes empresarios guatemaltecos para forzar la privatización y pasar por encima de una gran cantidad de obstáculos, como la oposición política, los grupos sindicalistas, desinterés de la inversión extranjera y las quejas de muchas irregularidades en el proceso mismo de privatización, avalado por el Comisionado Presidencial para la Modernización.

Este mercado está regulado por la Ley General de Electricidad Decreto 93-96 del Congreso de la República, que nace como consecuencia de la liberalización del mercado lo que se hace notar en el tercer considerando de dicho cuerpo legal y sostiene que al desmonopolizarse el sistema de generación de energía eléctrica, cumpliendo con el mandato constitucional contenido en el Artículo 130 de la Constitución Política de la República de Guatemala, es urgente descentralizar y desmonopolizar los sistemas de transmisión y distribución de energía eléctrica para agilizar el crecimiento de la oferta y satisfacer las necesidades sociales y productivas de los habitantes de la República, buscando mejorar el nivel de vida de todos los guatemaltecos, especialmente de los pobladores más pobres de las regiones del interior del país que actualmente no gozan de este servicio. Lo cual se hace evidente en el Artículo primero de la Ley General de Electricidad al sostener que es libre la generación, transporte, distribución y comercialización de electricidad cuando para ello no sea necesario utilizar bienes de dominio público y los precios por la prestación del servicio de electricidad, con la excepción de los servicios de transporte y distribución sujetos a autorización.

3.6.3.2. Ley General de Electricidad

La Ley General de Electricidad de 1996 contiene los elementos básicos para asegurar la libre generación, transmisión y distribución de electricidad, a la vez que crea la Comisión Nacional de Energía (CNEE) como el ente regulador. Asimismo, se genera

el Administrador del Mercado Mayorista (AMM) y se establece que diferentes empresas se encarguen de la generación, la transmisión y la distribución.

Así, el Ministerio de Energía y Minas, la Comisión Nacional de Energía Eléctrica (CNEE) y el Administrador del Mercado Mayorista (AMM) conforman la estructura institucional del sector energía. El Ministerio de Energía y Minas desarrolla funciones normativas y de planificación; la CNEE fiscaliza el marco regulatorio y, al mismo tiempo, define normas técnicas y establece tarifas. Una deficiencia de este esquema se encuentra en el hecho de que el regulador reporta directamente al Ministerio de Energía, con lo cual el poder y la independencia en el accionar del regulador es débil, en un contexto en el que la participación del Estado en la generación continúa siendo elevada. La ley establece que los proyectos de generación, transmisión y distribución sean llevados a cabo por cualquier entidad privada (excepto en el caso que involucren recursos fiscales). Asimismo, establece el Mercado Mayorista, el cual es un mercado spot que define las bases para la fijación de los precios y las tarifas reguladas.

En Guatemala, el Mercado Mayorista es el mecanismo básico de asignación de la producción de energía entre generadores y consumidores. La administración está a cargo del Administrador del Mercado Mayorista (AMM), que también está regulado por la Ley General de Electricidad y por su propio reglamento.

El Administrador del Mercado Mayorista (AMM) establece precios de mercado de corto plazo para las transferencias de potencia y energía; garantiza la seguridad y el abastecimiento de energía eléctrica, realiza el despacho o programación de la operación, la coordinación de la operación del Sistema Nacional Interconectado (SNI) y la administración de las transacciones comerciales del Mercado Mayorista.

La reforma del sector a través de la Ley General de Electricidad estableció las condiciones para promover la inversión privada, la libre competencia y la separación de las funciones de generación, transmisión y distribución. En un plazo de cinco años, Guatemala aumentó su capacidad generadora, logró abatir los racionamientos y se

convirtió en exportadora de electricidad a El Salvador. El proceso de reforma en Guatemala se dio mediante la venta de las plantas generadoras de la EEGSA y otras empresas del área. El proceso es calificado por la mayor parte de analistas como exitoso y con un procedimiento claro de subasta que permitió la transparencia y la desincorporación de los activos del Estado. Actualmente, el mercado muestra rasgos claros de eficiencia económica, aplicación de la legislación, consolidación del aparato institucional y, principalmente, crecimiento de las inversiones, que han llegado a representar más del 50% del mercado de generación y más del 90% del mercado de distribución.

En general, en todo el segmento de producción se observa la participación de un número importante de agentes, lo que favorece la competencia; sin embargo, es relevante prestar atención a los contratos de compraventa de energía (PPA), que no cuentan con las condiciones para participar en el Mercado Mayorista, por lo que se elevan los costos en el mercado regulado que se financian con mayores niveles de subsidios. Es decir, se deben analizar los términos bajo los cuales se negocia, El Mercado Mayorista opera con tres mecanismos básicos para la compraventa de electricidad: el Mercado a Término (MT) en el que se establecen contratos libremente pactados entre agentes o grandes usuarios; el Mercado de Oportunidad (MO) o mercado spot, para las transacciones de oportunidad de energía, con precios establecidos en forma horaria; y el Mercado de Desvíos de Potencia (MDP) para las transacciones de oportunidad de potencia, con un precio establecido mensualmente por el Administrador del Mercado Mayorista.

3.6.4. Mercado de hidrocarburos

El Ministerio de Energía y Minas es la institución normativa a nivel nacional del sector energía en general y del subsector de hidrocarburos en particular, cuya supervisión se realiza mediante la Dirección General de Hidrocarburos, incluida la exploración y explotación petrolera.

En conjunto, las tres empresas multinacionales (Texaco, a cargo de la refinación, Shell y Esso) participan con más del 78% de la importación y refinación de hidrocarburos líquidos. En el mercado de gas licuado de petróleo (GLP) existe un número amplio de importadores independientes e integrados verticalmente, los cuales participan con más del 50% del segmento.

En el plano de la regulación, la Ley de Hidrocarburos y la Ley de Comercialización de Hidrocarburos y su respectivo reglamento establecen sanciones para aquellas prácticas que atenten contra la libre competencia. Mediante estas leyes se busca la eficiencia económica y la promoción de la libre competencia para el mercado de petróleo y sus derivados.

Lo más importante de la Ley de Comercialización de Hidrocarburos es que fija las condiciones y requisitos para obtener licencias de exportador e importador, además del control de operaciones de importación y exportación por parte de la Dirección General de Hidrocarburos (DGH). Actualmente, el proceso de liberalización de los mercados de productos líquidos ha avanzado más que en cualquier otro país centroamericano, debido al hecho de tener el mercado más grande de la región y barreras a la entrada más bajas, lo cual ha posibilitado que varios importadores independientes de las compañías petroleras multinacionales organicen de una mejor manera la política de precios en el mercado. En resumen, el mercado de combustibles se ha abierto, pero debe ser complementado con una legislación de libre competencia.

3.6.4.1. Ley para la Comercialización de Hidrocarburos

En el año 1997 se decreta la Ley para la Comercialización de Hidrocarburos Decreto número 109-97, del Congreso de la República, en la cual se trata el tema de competencia de una forma aceptable, sobre todo si se considera que a la fecha no existe un órgano específico de promoción y defensa de la competencia. En esta ley se regulan algunas conductas, se establecen algunas medidas correctivas o sancionatorias, dando al ente regulador de los hidrocarburos (Ministerio de Energía y

Minas, a través de la Dirección General de Hidrocarburos) pocos elementos legales necesarios para sancionar todas aquellas conductas que atenten contra la libre competencia.

El tercer Considerando se refiere a que para la existencia de un mercado de competencia es necesaria la libre participación de las empresas que se dediquen a las diferentes actividades que conlleva la comercialización de hidrocarburos y evitar los monopolios, oligopolios y prácticas privilegiadas.

Esto se manifiesta en el Artículo 1 el cual contiene el objeto de la ley encontrando entre los mismos crear las condiciones necesarias para 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 y velar por el cumplimiento de normas que fomenten y aseguren la comercialización para evitar las conductas contrarias a la libre y justa competencia, en el mismo sentido el Artículo 4 establece la libre comercialización para participar en todas las actividades de refinación, transformación y de la cadena de comercialización de petróleo y productos petroleros, siempre y cuando, las personas cumplan con los requisitos que establece la ley y su reglamento.

Por razones de organización industrial y eficiencia económica la ley referida establece la separación de funciones entre empresas dedicadas a este giro, creando “clusters” o encadenamientos de comercialización, el Artículo 46 lo corrobora considerando que toda persona individual o jurídica debe constituirse en empresa distinta para poder efectuar cada una de las operaciones de importación, refinación, transformación, almacenamiento, transporte, estación de servicio, expendio de GLP, y exportación de petróleo y productos petroleros. Esto hace suponer que se hace para ejercer un mayor control de las operaciones.

La ley prevé que toda persona individual o jurídica dedicada a una actividad específica deberán venderlos a toda persona individual o jurídica, sin distinción alguna,

lo cual esta en los Artículos 11 importación, 14 refinación y transformación y 17 terminales de almacenamiento, en caso contrario recordemos que esta práctica consistiría en una forma de abuso de posición de dominio explicado anteriormente, aunque la ley no lo especifica de esta manera, pero es bueno que este contemplada.

El abuso de posición de dominio, también se considera en otros supuestos como la cuota discriminatoria del Artículo 35, cuando el importador, refinador y transformador limite o racione la cantidad de productos petroleros a cualquier comprador.

Con relación a los precios, en principio, el Artículo 5 considera que las personas individuales o jurídicas que efectúen actividades de refinación, transformación y de la cadena de comercialización de petróleo y productos petroleros, establecerán libre e individualmente los precios de sus servicios y productos, los cuales, deben reflejar las condiciones del mercado internacional y nacional. Decimos en principio pues posteriormente la ley establece conductas susceptibles de ser sancionadas en relación con los mismos, así por ejemplo, la discriminación de precios que se encuadra claramente en la rebaja discriminatoria en el Artículo 38, 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.

Por último pueden ser sancionables las prácticas colusorias entre los agentes económicos, lo que se configuran en la coacción de precios del Artículo 36, 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 precios de venta de productos petroleros. Así como la concertación de precios, Artículo 37, 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 precio de venta de sus productos y servicios.

Hasta aquí es donde se puede sancionar esta conducta conocida como bien lo señalamos antes como cartel o acuerdo colusorio, pero el gran defecto que adolece es que únicamente se configura en este tipo de actividades comerciales.

El mercado de los hidrocarburos es abierto en Guatemala, pero los abusos de la posición de dominio, los carteles y demás conductas restrictivas que se dan en el mismo pasan desapercibidas, en perjuicio de la eficiencia económica y de los consumidores.

3.6.5. Mercado bancario

En mayo de 2002, el Congreso de la República de Guatemala aprobó la nueva Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto 19-2002, la Ley de Supervisión Financiera, Decreto 18-2002, la Ley Monetaria, Decreto 17-2002 y la ley Orgánica del Banco de Guatemala, Decreto 16-2002, como parte del paquete de reformas a las principales leyes financieras que comenzaron a regir desde el primero de junio del año 2002. Estas nuevas leyes fueron el resultado de las recomendaciones del informe del programa de evaluación del sistema financiero desarrollado de manera conjunta con el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo y el Fondo Monetario Internacional.

Encontramos en las nuevas disposiciones y regulaciones de lo que hacia tiempo se venia dando en el ámbito nacional e internacional como los son los grupos financieros, los cuales son integrados de la manera siguiente según el Artículo 27, que en su parte conducente establece la autorización y organización de grupo financiero. Los grupos financieros deberán organizarse bajo el control común de una empresa controladora constituida en Guatemala específicamente para ese propósito, o de una empresa responsable del grupo financiero, que será el banco; en este último caso, conforme la estructura organizativa autorizada por la Junta Monetaria, previo dictamen de la Superintendencia de Bancos, de acuerdo a la solicitud fundamentada que para el efecto presenten a ésta los interesados.

Cuando exista empresa controladora, los grupos financieros estarán integrados por ésta y por dos o más de las empresas siguientes: bancos, sociedades financieras, casas de cambio, almacenes generales de depósito, compañías aseguradoras, compañías afianzadoras, empresas especializadas en emisión y/o administración de tarjetas de crédito, empresas de arrendamiento financiero, empresas de factoraje, casas de bolsa, entidades fuera de plaza o entidades off shore y otras que califique la Junta Monetaria. Cuando el control común lo tenga la empresa responsable, los grupos financieros estarán integrados por ésta y por una o más de las empresas mencionadas anteriormente.

Estas organizaciones empresariales que no deben pasar desapercibidos por la influencia que en algún momento pudiera tener la empresa dominante en cualquiera de las dominadas, haciendo creer que la injerencia de control por parte de alguna futura autoridad de competencia sea factible.

Además se regula en el Artículo 11 el tema de fusión, absorción y adquisición de bancos. En dicha norma la ley establece que las fusiones, absorciones y adquisiciones serán autorizadas o no por la Junta Monetaria, la cual deberá reglamentarlo. La Junta Monetaria emitió la resolución identificada como JM-90-2003 a través de la cual se crea el Reglamento para la Autorización de Fusión, de Entidades Bancarias, la Adquisición de acciones de una entidad bancaria por otra de similar naturaleza, así como la cesión de una parte sustancial del balance de una entidad bancaria.

En dicho reglamento se regula el procedimiento para formalizar la fusión o absorción entre dos o más entidades bancarias, únicamente velando que se cumplan los requisitos formales y que la institución tenga la solidez económica para operar en el mercado, sin tomar en cuenta aspectos tan importantes para la economía como la nueva cuota de participación en el mercado de las empresas fusionadas, cómo será afectada la eficiencia económica del mercado bancario con la nueva fusión, qué abusos de posición de dominio puede ejercer este nuevo agente económico con mayor

participación del mercado o poder económico. Ante estas cuestiones la nueva Ley de Bancos, deja espacios que debe contemplar una ley de competencia.

CAPÍTULO IV

4. Joint ventures

4.1. Consideraciones previas

En el presente capítulo no se pretende agotar de una manera exhaustiva un tema tan amplio como el presente, al respecto me refiero a no abordar temas superfluos como las características del contrato, elementos personales o temas tan profundos como la negociación, gerenciamiento o solución de controversias del mismo, más bien me limito a considerar los orígenes, tipologías y sus efectos desde la perspectiva del derecho de la competencia, que se ajustan más para las finalidades de la presente investigación, no sin antes destacar la importancia de los tópicos que no serán abordados.

4.2. Orígenes y antecedentes de la noción de joint venture en derecho

La joint venture es un producto de la common law inglesa, como tal sus orígenes aparecen imprecisos, de igual manera que su contenido jurídico moderno es impreciso; La joint venture norteamericana entendida como fenómeno económico, ha traspasado, después de la segunda guerra mundial y bajo la presión de la práctica empresarial sus fronteras nacionales para extenderse, aún más si cabe, y designar primero, alianzas entre empresas multinacionales occidentales y empresas o intereses de países menos desarrollados.

4.2.1. Las primeras definiciones de la joint venture en la jurisprudencia norteamericana

En los Estados Unidos como en Inglaterra, los principios jurídicos son esencialmente enunciados por los jueces. En materia de sociedades, como en otros sectores, los Estados Unidos han heredado del derecho británico, desde esta perspectiva, no resulta

nada extraño que el nacimiento del concepto de joint venture sea el fruto de construcciones jurisprudenciales pragmáticas establecidas, caso por caso, de conformidad con la naturaleza de los hechos concretos, para, de alguna forma, validar, una fórmula de alianza entre sociedades por acciones que ya existía en la práctica norteamericana.

En este sentido, el término Joint venture aparece, por primera vez en la jurisprudencia de los tribunales norteamericanos a lo largo del siglo XIX. Las primeras sentencias que hicieron uso de la expresión no definían claramente el sentido exacto de la misma, y fue tan sólo a finales del siglo XIX, cuando los jueces estadounidenses hicieron alusión, ya de manera reiterada, a la joint venture como figura de la Common Law con rasgos jurídicos propios, esta primera caracterización jurisprudencial de la noción de joint ventures en los Estados Unidos, constituye el modelo jurídico histórico de joint venture, a partir del cual se desarrolla contenido jurídico de la noción moderna. La búsqueda consiguiente de una serie de indicios distintivos de la figura en la jurisprudencia norteamericana ha permitido a diversos autores concluir que la teoría clásica de la joint venture se fundamenta en la noción de partnership.

Los diversos puntos de similitud y diferencias existentes entre la noción de partnership y la noción más innovadora de joint venture revelan el hecho que la creación de esta última ha permitido cubrir necesidades económicas que el partnership no permitía satisfacer.

4.3. Los elementos de definición de la noción histórica de joint venture

4.3.1. La joint venture histórica como ad hoc partnership

A fin de identificar los rasgos de la joint venture histórica, los autores han buscado elementos de comparación con la categoría jurídica más cercana, de la cual de hecho se deriva, y cuyas características jurídicas están conocidas con precisión a saber del partnership. Según las sentencias de los tribunales estadounidenses, el partnership es

una figura asociativa que permite agrupar a varias personas físicas para poner en común una actividad comercial y obtener beneficios que pueden percibirse directamente por las mismas en la medida en que se deriven de sus actividades conjuntas. Tradicionalmente en la common law el partnership no tiene personalidad jurídica. Desde esta perspectiva, los tres principios fundamentales que inspiran su organización son los siguientes: 1) responsabilidad ilimitada y solidaria de los partners; 2) capacidad de cada uno de los partners para representar el partnership dentro de los límites de su objeto; 3) deber de más extrema buena fe impuesto a los partners que tienen un derecho de participación conjunta en el control y en la gestión.

Como el partnership, la joint venture es una figura asociativa sin personalidad jurídica “non corporate”, pudiendo mantener, sin embargo, relaciones con terceros, y reuniendo por lo menos a dos socios “venturers”. Asimismo, como en el partnership, los venturers ponen en común medios o recursos para desarrollar una actividad conjunta gestionada en igualdad, teniendo por objetivo la generación de beneficios.

Dicho lo anterior, la joint venture histórica no se confunde con el partnership debido esencialmente a su naturaleza ad hoc, es decir al carácter limitado de la actividad conjunta que enmarca, tanto en cuanto a su duración como a su objeto. Esta limitación es esencial, ya que tiende a caracterizar la figura de la joint venture.

Más allá de la comparación con el partnership, los jueces norteamericanos se han esforzado en definir características propias de la joint venture, insistiendo, en primer lugar, en su fundamento contractual. En este sentido, la existencia de un contrato se considera como la condición sine qua non para que pueda existir joint venture, por tanto, la joint venture histórica será regulada ante todo por el derecho de las obligaciones y las normas generales que rigen la interpretación de los contratos. Por otra parte, es esencial según los tribunales norteamericanos, que los venturers hayan procedido a una puesta en común de bienes, esfuerzos, conocimientos o juicios, y hayan acordado el reparto de los beneficios que pueden generarse la participación en las pérdidas.

4.3.2. La joint venture histórica como figura asociativa entre corporations

El elemento que parece haber estado, ante todo, en el origen de la joint venture, y de su caracterización como ad hoc partnership, es ciertamente su consideración como figura asociativa a la que, a diferencia del partnership, pueden acogerse las business corporations. En efecto, la doctrina ultra vires que tradicionalmente había prevalecido en los Estados Unidos impedía que sociedades de capital (business corporations) participaran a su vez en sociedades de personas (partnerships) por entender que con ello, hubieran vulnerado el principio de limitación de su objeto social, destinado a proteger a los terceros.

“Hacia mediados del siglo XIX, cuando las corporations constituían todavía una figura novedosa, que su capacidad estaba estrictamente limitada a su objeto autorizado y la facultad de sus administradores restringida a los actos necesarios para ese fin, sino también que este objeto debía ser logrado exclusivamente a través de los órganos y funcionarios previstos en el instrumento de autorización o creación.”⁴⁰

De ahí que se cuestionara que una corporation pudiera participar en una partnership, que carecía de restricciones en cuanto a su objeto y podía involucrar a aquélla en negociaciones para las que no había sido autorizada, ello implicaba la posibilidad de una actuación ultra vires y en consecuencia, la nulidad del acto.

“Si una corporation fuese miembro de una partnership podría ser obligada por cualquier otro miembro de tal asociación y al hacerlo éste estaría actuando no como un funcionario o representante de la corporation y en razón de un facultamiento recibido de ella, sino como principal en una asociación en la cual todos son iguales y cada uno capaz de obligar a la sociedad por sus actos.”⁴¹

⁴⁰ Le Pera, Sergio, **Joint venture y sociedad**. Pág. 52.

⁴¹ **Ibid.**, Pág. 53.

La admisión de corporations en las joint ventures no ha sido más que la expresión de cierto rechazo hacia la doctrina ultra vires por parte de los tribunales norteamericanos, siendo esencialmente para ofrecer a las numerosas empresas norteamericanas organizadas bajo forma de business corporation, una fórmula que les permita aliarse y cooperar en el mercado.

La configuración por parte de los jueces norteamericanos de una figura asociativa destinada más específicamente a las corporations ha dotado a la joint venture histórica de una indudable flexibilidad que no ha sido ajena al éxito que conoció en el mundo empresarial y a su utilización para proyectos de amplio alcance económico.

4.3.3. Evolución histórica de la noción de joint venture en los Estados Unidos

Mientras los tribunales norteamericanos participaban en la elaboración de la noción histórica de joint venture, inspirándose directamente en las necesidades preexistentes de las empresas y en las circunstancias concretas de cada caso, la práctica empresarial seguía desarrollándose, en este sentido bajo la presión de los hechos, los tribunales ya no podían referirse a una sola noción jurídica de joint venture sino a varias, remitiendo no obstante todas a un único concepto económico, el de alianza estratégica entre empresas independientes. Desde esta perspectiva, ha surgido la necesidad de clasificar las Joint ventures en función de las diversas formas jurídicas que podían revestir. Tradicionalmente se distinguen, en los Estados Unidos, las non equity joint ventures de las equity joint ventures, así como las unincorporated joint ventures o contractual joint ventures (llamadas, a veces, sencillamente strategic alliances) de las Incorporated joint ventures.

4.3.4. Desaparición de la distinción entre partnership y joint venture

Desde principios del siglo XX, la expresión joint venture está ampliamente empleada en los Estados Unidos, en el sector del transporte y comercio marítimo primero, y más tarde en los transportes ferroviarios y la explotación minera y petrolífera. En realidad, no

fue casi nunca posible limitar la expresión joint venture a la construcción jurisprudencial del ad hoc partnership. Este tipo de evolución procedente no de los tribunales sino de la práctica jurídica, es natural en el sistema de la common law en que las nociones jurídicas no están encerradas tipologías abstractas. En este sentido las empresas norteamericanas emplearon de manera corriente y muy amplia la expresión joint venture cuya reciente construcción jurisprudencial no se hallaba terminada, para referirse a cualquier forma de alianza establecida entre corporations. Considerando que las corporations no estaban autorizadas a establecer partnerships y que cualquier alianza entre ellas podía tropezar con la estricta prohibición de los carteles por las leyes antitrust, la joint venture se convirtió en una expresión técnica general cuyo empleo traducía la pretensión de las corporations para poder asociarse válidamente sin tener por que incumplir la normativa jurídica vigente. Los jueces norteamericanos se esforzaron inmediatamente en reconocer la necesidad así expresada. El reconocimiento se hizo patente con la desaparición de los criterios de distinción entre joint venture y partnership y la consiguiente imposibilidad de definir la joint venture por contraste con el partnership.

Asimismo, la joint venture en tanto que asociación limitada para un proyecto de corta duración, tuvo tanto éxito como táctica empresarial que los jueces admitieron Joint ventures creadas por períodos indefinidos. En definitiva, cuando la relación se configuraba claramente como un partnership entre corporations, los tribunales no dudaban en calificar la operación de “Joint venture”, a fin de evitar declarar la invalidez de la operación.

En este sentido en “los tribunales se encontraron con corporations que habían entrado en una relación que debía calificarse de partnership recurrieron, para evitar la aplicación de la doctrina que prohibía tal participación, a una distinción, para ello utilizan la expresión joint venture, la relación que resulta de la coparticipación en un proyecto específico, a la que se le aplican las reglas de la partnership pero respecto de la cual, al no llamarse partnership sino de otro modo, la norma prohibitiva no es aplicable, de este modo la incompatibilidad entre partnership y corporation quedaba

derogada cuando la partnership era limitada en su propósito, es decir, se trataba de una partnership para un único proyecto, la participación en una común específica aventura.”⁴²

Desde esta nueva perspectiva, la definición, actual de la joint venture ya no puede tener como punto de referencia la del partnership. La práctica norteamericana demuestra que la expresión se utiliza más para referirse al objeto económico concreto de una alianza estratégica que para caracterizar los derechos y las obligaciones de las empresas participantes, en definitiva, el sentido amplio adquirido por la expresión de joint venture solo permite identificar los aspectos económicos de la figura y nunca sus aspectos jurídicos.

4.3.5. Clasificación del concepto de joint venture en función de su contenido jurídico

La idea de Patrimonio, más familiar para las empresas, ha permitido diferenciar en primer lugar, la equity joint venture de la non equity joint venture. La distinción considera el concepto en función de la forma en que los venturers ponen en común los bienes afectados a la alianza, o bien como dotación a capital (equity investment), o bien como simple puesta a disposición (non equity investment). Desde esta perspectiva las equity joint ventures se caracterizan por una inversión en capital en la alianza, implicando la creación bajo una forma u otra de participaciones de tipo accionaria. En la práctica dicha forma de inversión supondrá el recurso a la corporation como vehículo jurídico de la joint venture, con un régimen debidamente adaptado. En cambio en las non equity joint ventures las aportaciones de los venturers no revisten la forma de un capital dividido en acciones y las formas contractuales, o las estructuras sin personalidad jurídica, serán suficientes para organizar la alianza.

En realidad la clasificación más conocida de las joint ventures en los Estados Unidos se funda en la utilización o no de una estructura dotada de personalidad jurídica como

⁴² *Ibid.*, Pág. 67.

vehículo jurídico de la operación. Este criterio de distinción es el que ha sido tradicionalmente reconocido por la jurisprudencia norteamericana para diferenciar las incorporated Joint venture de las unincorporated joint ventures (o contractual joint venture).

4.3.5.1. Nacimiento de la noción unincorporated joint venture o contractual joint venture

Las unincorporated joint ventures se caracterizan por su diversidad y la libertad de sus formas. No requieren, como lo indica su denominación, la creación de una personalidad jurídica separada de los venturers, el único elemento jurídico esencial de la figura es el contrato, lo que explica su designación bajo los términos de contractual joint venture. Dicho lo anterior es importante identificar los requisitos mínimos que dicho contrato debe presentar según la jurisprudencia de los tribunales norteamericanos, para poder calificarse como contractual joint venture.

En este sentido, los jueces distinguen dos tipos esenciales de contractual Joint ventures según el contrato implique o no la creación de un partnership entre los venturers. En este sentido, pueden calificar como joint ventures las “strategical alliances” en las cuales los venturers no comparten, a diferencia de lo que ocurre en el partnership, la propiedad de los recursos agrupados. En estas formas estrictamente contractuales de joint ventures, las partes deben establecer, claramente y por escrito, que no pretenden formar ningún partnership.

Por otra parte, y aunque no se cree ningún partnership, algunos tribunales norteamericanos exigen que el contrato establezca una verdadera comunidad de intereses entre los venturers, es decir la obligación de poner en común los resultados económicos de la alianza para luego compartirlos, esta tesis tiende a borrar la frontera que los tribunales han pretendido dibujar entre las contractual joint ventures con partnership y las joint ventures sin estructura alguna.

Cuando el contrato establezca claramente un partnership entre los venturers, la joint venture seguirá siendo unincorporated en la medida en que el partnership no esté dotado de la personalidad jurídica. Se considera tradicionalmente como una agrupación de individuos y no como una entidad jurídica separada de sus socios.

En definitiva el contrato de base de la unincorporated joint venture puede adoptar múltiples formas, mientras no impliquen la creación de una personalidad jurídica separada, a diferencia de la incorporated joint venture que para beneficiar de dicha personalidad, deberá necesariamente organizarse a partir de la figura jurídica de la corporation.

4.3.5.2. Nacimiento de la noción incorporated joint venture

Bajo esta rúbrica, los tribunales norteamericanos designan tradicionalmente las alianzas en las que a nivel jurídico, el contrato de base vaya acompañado de la creación de una corporation, llamada joint venture corporation. La práctica empresarial estadounidense demuestra que en las joint ventures duraderas, que requieren niveles de inversiones altos, los venturers desean beneficiarse de las ventajas de la incorporation a saber:

- Personalidad jurídica separada,
- Continuidad,
- Responsabilidad limitada y
- Manejo financiero adecuado

4.4. La noción moderna de la joint venture

Las dimensiones de los mercados son cada vez más amplias, obligando a las empresas a romper su aislamiento y buscar sinergias, la decisión de acercarse a otra empresa pertenece a la dirección estratégica de cada empresa, responsable de determinar el comportamiento de la misma en el mercado. En esencia, la joint venture es una estrategia de acercamiento entre empresas y como tal, participa del

comportamiento estratégico de las empresas implicadas.

La figura de la joint venture no se enmarca, en el campo de la organización de la empresa que analiza su jerarquía, o estructuran nivel interno, ni en el de la organización o economía industrial, que se consagra al estudio de la estructura global de un determinado mercado de producto o geográfico en cuestión.

4.4.1 Definición económica de la joint venture

Fuera del ámbito jurídico la joint venture tiene un carácter doblemente intermedio, Primero en su aspecto organizativo, la joint venture es un método de transacción económica que se sitúa entre el método del mercado y el de la empresa. En este sentido, la joint venture se caracteriza como una alianza, cooperación o colaboración entre empresas independientes. Por otra parte, como figura operante en el mercado la joint venture produce efectos híbridos que según el mercado afectado y la estructura de la operación, pueden ser a la vez cooperativos y concentrativos.

4.5. Desde el punto de vista organizativo: la joint venture como forma intermedia entre mercado y empresa

Toda actividad empresarial (producción o comercialización de bienes o servicios) se lleva a cabo mediante un conjunto de procesos interconectados que provocan intercambios y transacciones entre las partes que intervienen en dicha actividad. Para organizar éstas transacciones en el marco de un sistema económico descentralizado, expertos economistas han identificado dos alternativas esenciales: el método del mercado y el método de la empresa.

4.5.1. El mercado

El método del mercado implica que para producir o comercializar bienes o servicios el empresario recurra a transacciones externas e individuales en el mercado

“outsourcing”. En el mercado existirán, por tanto, según el tipo de actividad desarrollado por las empresas (actividad competidora o actividad complementaria), por una parte, comportamientos de competencia basados en conflicto y la rivalidad entre empresas independientes, y por otra parte, comportamientos de cambio entre compradores y vendedores de productos o prestatarios de servicios. Desde esta perspectiva, el método del mercado entra de lleno en el ámbito jurídico de la contratación bilateral.

4.5.2. La empresa

El método de la empresa implica que las transacciones económicas se realicen internamente “in house”, es decir, dentro de la empresa, o en la jerarquía. La jerarquización de una determinada actividad económica podrá ser el resultado de un crecimiento individual de la empresa o más frecuentemente, de un crecimiento externo de la misma a través de uno cualquiera de los procedimientos de concentración de los actores individuales en el mercado existentes, como las fusiones, adquisiciones y otros.

Desde un punto de vista jurídico, el crecimiento individual de la empresa implica que el empresario deje de celebrar contratos de cambio con los comerciantes que intervengan en las diversas etapas del proceso de producción o comercialización de los bienes o servicios, empleando todos ellos como trabajadores bajo su dirección. El crecimiento externo de la empresa supone, en cambio, que el empresario firme contratos asociativos con otros empresarios, mediante los cuales se produce una concentración irreversible de las respectivas posiciones jurídicas de las partes en el seno de una unidad cuyo interés trasciende los intereses individuales de las mismas.

La oposición entre el sistema de coordinación de las actividades económicas por el mercado y el sistema de organización interna dentro de la empresa plantea el problema de la existencia de una continuidad entre dichas dos fórmulas extremas.

4.6. Alianzas estratégicas, cooperación entre empresas y joint ventures

Entre las fórmulas intermedias para gobernar las transacciones económicas en cuyos extremos se sitúa el mercado por un lado y la empresa por otro. Dichas fórmulas reconducen a las nociones de alianza, cooperación o colaboración entre empresas.

4.6.1. Alianzas estratégicas: motivaciones comerciales

“Las alianzas estratégicas pueden agregar valor al producto, combinando recursos o fuerzas: 1) acortando el tiempo de desarrollo del producto; 2) mejorando su desempeño; 3) favoreciendo el desarrollo conjunto; la participación en los costos y riesgos; y 4) alentando mayores líneas d producto.

Asimismo, pueden mejora el acceso a los mercados extranjeros, al tenor de los siguientes beneficios: 1) los socios locales pueden tener una red de distribución local fuerte, o pueden crear marcas locales más fuertes y una publicidad más efectiva: 2) los socios lo cales pueden ofrecer mejores suministros y servicios locales (por ejemplo impuestos locales, servicios contables y legales). y 3) en general una alianza puede limitar el riesgo de un inversor extranjero proveyéndole un socio que cuide sus intereses en un ambiente desconocido.”⁴³

4.6.2. Formas de alianzas

Se reconocen las alianzas contractuales, que suponen acción conjunta sin inversión de capital sustancial (a menudo emprendimientos de investigación, desarrollo o ventas); inversiones minoritarias y joint ventures mayoría-minoría o joint ventures al 50/50.

4.6.2.1. Alianzas contractuales

Están basadas en proyectos de objetivos limitados como la exploración de minerales

⁴³ Marzorati, Osvaldo J, **Derecho de los negocios internacionales**. Pág. 733.

en un área definida, en lugar de relaciones contractuales continuas como la explotación de minas y fundición de metales.

Los contratos respectivos deberían contemplar los llamados controles de riesgo, precio fijo. El inconveniente es que puede limitar la innovación, precio de costo más mano de obra, el precio puede variar pero puede alentar la innovación, garantía de volumen, cubrirá los costos fijos y renovación constante, promueven compromisos a largo plazo.

4.6.2.2. Alianzas de inversión minoritaria

En cuanto a sus ventajas de inversiones de capital, “el inversor tiene más derechos en una sociedad en que ya esta hecha la inversión; las relaciones entre las partes serán mas exclusivas y sólida que en una relación contractual, debido en parte a las relaciones entre la administración de las dos compañías y los compromisos a largo plazo e incentivos a largo plazo agregarán un ingrediente de significación económica a la alianza. En definitiva las alianzas estratégicas son consideradas como uniones de colaboración basadas en contratos para el desarrollo de nuevos mercados entre empresas competidoras entre sí por razones de costo u oportunidad. No se crean necesariamente sujetos de derecho, independientes de las partes, pero sí se plasman mecanismos conjuntos contractuales para la administración y el desarrollo de un proyecto específico, además no existe una empresa común.”⁴⁴

4.6.3. Cooperación empresaria

Se trata de contratos atípicos de colaboración tales como los buy back agreements, pooling agreements, investigación conjunta, contratos de especialización, en los que no se crea un sujeto de derecho y que no alcanzan a conformar un joint venture o alianza estratégica, por consiguiente no tiene personalidad jurídica. Las empresas que lo constituyen no crean mecanismos de gestión comunes para el manejo de la joint

⁴⁴ Marzorati, Osvaldo J, **Alianzas estratégicas y joint ventures**. Pág. 24.

venture o de la alianza, sino que se mantienen completamente independientes, es decir que no tiene un management centralizado y jerárquico, tienen una política común específica.

4.7. Ventajas de las joint ventures

4.7.1. Finalidad lucrativa de la joint venture: cuestión accesoria

Las joint ventures pueden servir tanto para distribuir los resultados de una actividad de interés común entre las empresas participantes, como para disfrutar conjuntamente de una cosa aun para fines consorciales que no sean finalmente repartición de dinero.

Desde un punto de vista económico, adquirirá un carácter accesorio, en la medida en que independientemente de su finalidad lucrativa la joint venture como forma intermedia de organización, tiene finalidades propias de naturaleza estratégica, económica y organizacional. Desde esta perspectiva no importa la existencia de beneficios o incluso de pérdidas, si los resultados finales son finalmente beneficiosos para las empresas en su actividad. En este sentido, los eventuales frutos de la alianza deberán en todo caso repercutir en los resultados propios de cada una de las empresas participantes.

4.7.2. Mejora de la eficiencia productiva, comercial o técnica

En primer lugar, las empresas verán en la joint venture la posibilidad de aumentar su propia rentabilidad mediante la reducción de los riesgos técnicos comerciales, el incremento de los retornos sobre inversión y la obtención de recursos materiales y humanos suplementarios. Concretamente, la creación de la joint venture permite reducir el tiempo que hubiera necesitado una empresa aislada para perfeccionar un producto o un procedimiento, y facilita en general, la entrada en mercados nuevos, sobre todo cuando están protegidos por importantes barreras tecnológicas, económicas o reglamentarias.

4.7.3. Crea sinergias

Desde el punto de vista de la gestión técnica, la joint venture facilita en primer lugar, el aprovechamiento de las aptitudes recíprocas de las empresas y las transferencias de tecnología necesarias. La integración de tecnologías, procesos o productos complementarios permite desarrollar nuevos productos de una manera más eficiente y rápida que si las empresas hubieran actuado de forma independiente. En definitiva, la joint venture permite sinergias, es decir, la combinación de fuerzas entre diversos recursos empresariales, la concentración de ramas de actividades complementarias, e incluso competidoras, para constituir una empresa con mayor rendimiento, con un nivel tecnológico más avanzado, capaz de enfrentarse mejor a la competencia, prestar servicios más completos a la clientela, desarrollar un producto nuevo y suministrar en las mejores condiciones un producto o servicio intermedio.

4.7.4. Crea economías de escala

La joint venture permite a las empresas alcanzar una serie de objetivos en base a las economías de escala que crea, pues la dirección estratégica de las empresas participantes verá en la joint venture un medio para reducir el coste de la unidad, aumentando la cantidad producida o distribuida y de esta forma, repartir los costes fijos y los gastos generales. Las economías de escala facilitan en definitiva la racionalización de los métodos de producción, la adquisición del equipamiento de una grande capacidad de producción cuya explotación sólo alcanza el umbral de rentabilidad a partir de un determinado volumen de producción, la reducción de los costes de producción, el ahorro de energía y la supresión de la multiplicación inútil de los esfuerzos financieros, técnicos y humanos.

4.7.5. Reduce costes y riesgos

La reducción de costes, el reparto de los riesgos pueden constituir en si objetivos

fundamentales para crear una joint venture. La alianza permite a las empresas aprovecharse de oportunidades que hubieran sido demasiado arriesgadas para una empresa aislada, limitando el importe de la inversión a realizar por parte de cada empresa. Es cierto que mientras reduce el riesgo la joint venture implica también un reparto de los resultados y de los derechos de comercialización entre las empresas participantes. Sin embargo dicho reparto no constituye en general ningún freno a la alianza si se compara con los altos niveles de costes de una determinada operación.

4.7.6. Facilita la comercialización de los productos

Desde el punto de vista de la gestión comercial, la joint venture responde a la necesidad que tienen las empresas de aumentar sus ventas mediante el acceso a mercados cada vez más amplios y a vías de distribución nuevas. La joint venture permite una comercialización más rápida de los productos en mercados geográficos nuevos y la prestación de servicios más completos a los clientes mediante la utilización compartida de redes comerciales.

4.7.7. Acercamiento entre empresas de nacionalidad distinta

Efectivamente, la joint venture permite abrir la vía a una internacionalización duradera de la empresa que sin perder su propia identidad, puede por ejemplo compartir con un socio local los riesgos y las cargas de la gestión de los negocios, utilizar sus conocimientos, su experiencia y sus estructuras comerciales en el mercado local y así superar los obstáculos de la cultura, la lengua, las mentalidades y de los conocimientos de las prácticas comerciales y jurídicas nacionales.

4.8. Tipología de las joint ventures en función de la estructura económica de la alianza

Se distinguen distintos tipos de joint ventures en base al mayor o menor grado de reestructuración implícita en las empresas participantes es decir, en base al hecho de

que su operatividad se proyecte en el mercado, bien a través de las empresas participantes, o bien a través de una entidad separada. En este sentido desde el punto de vista económico, se oponen las formas estructuradas a las formas no estructuradas de alianza entre empresas.

Aunque la estructura económica adoptada cambie el aspecto de la joint venture, la naturaleza de la misma no resulta modificada por ello, algunos economistas y juristas no utilizan la expresión joint venture para designar las formas no estructuradas de alianza. La diversidad de las estructuras económicas de la alianza se explica por el hecho de que esta constituye una forma intermedia de organización, entre operaciones independientes basadas en las leyes del mercado en un extremo, e integraciones totales en el otro, sin llegar a asimilarse con ninguno de estos extremos. En realidad, más allá de dicha diversidad, la joint venture supone siempre la creación de una unidad de decisión en relación a una o varias funciones empresariales, capaz de incrementar la potencia estratégica, económica u organizacional de las células económicas participantes.

4.8.1. Formas no estructuradas de joint venture

La agrupación de actividad humana (esfuerzo físico o intelectual), o de recursos tanto productivos como comerciales o tecnológicos, a la que dan lugar las formas no estructuradas de joint ventures, supondrá que esta actividad o estos recursos permanezcan en la propiedad de cada una de las empresas participantes.

Su operatividad se proyectará en el mercado a través de cada una de las empresas participantes que conservarán la totalidad de su independencia económica en los mercados en los cuales eran activas. Dicho lo anterior, sería incorrecto calificar la joint venture no estructurada de mero acuerdo de organización interna entre empresas, ya que en su condición de alianza estratégica, tiende en todo caso a producir efectos en el mercado relevante.

Los economistas señalan que según determinados estudios empíricos, las empresas demuestran una clara preferencia hacia las formas no estructuradas de alianza cuando el crecimiento de la demanda es muy incierto y rápido y la tecnología aún no se ha estabilizado, considerando la flexibilidad, la informalidad y la maleabilidad que brinda la formación de este tipo de alianzas. Asimismo, las alianzas no estructuradas ofrecen simplemente a las empresas la posibilidad de conservar su autonomía financiera, sus activos comerciales y técnicos y sus recursos humanos.

Como bien sabemos, en base a los criterios de sistematización norteamericanos, las formas no estructuradas de joint ventures se designan como “non equity joint ventures o unincorporated joint ventures”, no obstante existe también, a propósito de las formas no estructuradas de alianza, una variedad terminológica que sin tener incidencia alguna respecto al contenido económico uniforme de la noción puede entorpecer los intentos de establecer una tipología clara de las joint ventures. En este sentido, algunos economistas tanto europeos como norteamericanos designan las formas no estructuradas de alianzas bajo las simples expresiones de acuerdo de cooperación o alianza estratégica, reservando el término joint venture a formas estructuradas de alianzas entre empresas.

4.8.2. Formas estructuradas de joint venture

En las formas estructuradas de joint ventures, las empresas participantes agrupan los bienes o recursos destinados a la alianza en el seno de una entidad separada, transfiriendo su propiedad de los mismos a dicha entidad de la cual cada una posea una parte. La entidad podrá constituirse desde el principio o a partir de una estructura que ya pertenezca a una de las empresas participantes y en la cual los demás venturers hayan aportado los bienes, materiales o inmateriales, que destinan a la alianza.

Efectivamente, la operatividad de las formas estructuradas de alianzas se proyecta en el mercado a través de dicha entidad diferenciada de las empresas participantes,

que pierden parcialmente su independencia económica en el mercado atribuido a la entidad. Según la terminología norteamericana, las formas estructuradas de joint ventures pueden denominarse “equity joint ventures”, en cuanto impliquen una inversión directa en capital, su creación se materializará lo más frecuentemente, por la constitución de una sociedad por acciones “corporated joint ventures o corporated alliances”, con algunas adaptaciones debido a la relación específica de alianza existente entre los venturers.

Existen respecto a las formas estructuradas de joint ventures, las mismas fuentes de confusión terminológica entre los economistas europeos y norteamericanos que en materia de formas no estructuradas de alianzas. Algunos economistas tienden a limitar la expresión joint venture a la designación de las alianzas estructuradas cuya entidad tenga forma de sociedad con personalidad jurídica. Otros estudios europeos sobre las joint ventures se refieren por su parte, a las formas estructuradas de alianza, utilizando las expresiones de empresa conjunta, filial común o sociedad de sociedades.

En definitiva, la estructura económica de la joint venture puede ser muy variada, lo que explica la adaptabilidad de la fórmula al desarrollo de cualquier función empresarial de interés común para el aprovechamiento de la interdependencia y de la complementariedad creciente de las empresas.

4.9. Tipología de las joint ventures según el objeto económico de la alianza

4.9.1. Joint ventures de investigación, de producción, de comercialización

Para estudiar las joint ventures, la actitud más consistente es clasificarlas a partir de las funciones económicas que las empresas participantes deciden atribuirles, tales como la fabricación de bienes, la distribución y comercialización de productos o la prestación de servicios.

Dichas operaciones intervienen sobre todo en sectores de alta tecnología, entre los

cuales se encuentran las telecomunicaciones, las tecnologías de la información, y los sectores reglamentados como el transporte aéreo.

En la gran mayoría de los casos, las joint ventures implicarán la propiedad conjunta de los recursos económicos agrupados, no obstante puede tratarse también de fórmulas de reciprocidad comercial, por ejemplo en virtud de las cuales dos empresas se comprometen a utilizar sus respectivas redes comerciales para distribuir los productos de la otra.

Otras joint ventures serán el marco de agrupaciones de empresas en las cuales las partes cooperarán a fin de presentar juntas una oferta para un mismo contrato a celebrar con un tercero (en la mayor parte de los casos, la administración pública), y en caso de éxito para ejecutarlo conjuntamente. Dichas agrupaciones de empresas intervienen sobre todo en los sectores de la construcción, de los servicios y de la informática. En este contexto la joint venture se concibe como elemento preliminar e instrumental, por una parte, de la presentación de una oferta contractual única y conjunta, y por otra, de la ejecución del contrato eventualmente obtenido.

La clasificación de las joint ventures a partir del tipo de funciones económicas atribuidas a las mismas tiene una incidencia fundamental desde el punto de vista del mercado y del derecho de defensa de la libre competencia. Efectivamente, los posibles efectos anticompetitivos de las joint ventures serán proporcionales a la posición que ocupan respecto al mercado. Cuanto más cerca del mercado esta la función atribuida a la joint venture, mas peligrosos serán sus efectos sobre la libre competencia. Concretamente una joint venture de producción, se presumirá desde el punto de vista de la defensa de la libre competencia, menos anticompetitiva que una joint venture de distribución.

4.9.2. Joint ventures horizontales, joint ventures verticales y joint ventures conglomerales

Junto al tipo de función desarrollada por las joint ventures, los economistas y los juristas especializados en derecho de la competencia, utilizan otro criterio para clasificar las joint ventures, que consiste en el tipo de relación existente entre las actividades económicas que las empresas fundadoras desarrollan fuera de la joint venture, así como entre éstas la actividad de la joint venture. Desde esta perspectiva, se distinguen las joint ventures horizontales, las joint ventures verticales y las joint ventures conglomerales.

La incidencia de esta distinción en derecho de la competencia es fundamental, ya que se basa directamente en el análisis de los efectos de la operación en el mercado, condicionando como tal, el tratamiento que recibirá la misma en virtud de dicho derecho. Las autoridades de defensa de la competencia se muestran más estrictas respecto a las operaciones horizontales en las que las empresas fundadoras y la joint venture son activas en el mismo mercado de producto. Efectivamente, en caso de que las empresas no transfieren a la joint venture la totalidad de los recursos que corresponden a sus actividades en este mercado, la joint venture puede provocar una restricción de la competencia entre todas las empresas afectadas, es decir, entre las empresas fundadoras, por una parte, y entre éstas la joint venture, por otra. En realidad en las joint ventures de tipo horizontal las empresas siempre intentarán conciliar dos tendencias, por una parte, aprovecharse de la unión de fuerzas para reducir costes y riesgos, por otra parte limitar su grado de compromiso en la alianza a fin de conservar al máximo su libertad de actuación, lo que no podrá ser admitido desde el punto de vista del derecho de la competencia. En este sentido, las alianzas entre empresas competidoras son sin duda más delicadas que entre empresas que realizan actividades consecutivas en la cadena de producción del producto final (relaciones verticales entre las empresas fundadoras).

Las llamadas joint ventures verticales se establecen bien entre una empresa y sus

proveedores o clientes, o bien entre empresas competidoras en cuanto la joint venture actúe en mercados ascendentes o descendentes respecto al mercado de sus empresas fundadoras (joint venture de distribución entre dos empresas productoras por ejemplo). En este sentido las joint ventures verticales constituyen joint ventures de servicios en beneficio de las empresas fundadoras. El carácter vertical de la joint venture no le exime del necesario respeto de las normas de derecho de la competencia, en cuanto puede presentar determinados efectos anticompetitivos.

Por último, las joint ventures tendrán un carácter conglomeral cuando agrupen empresas cuyas actividades no tengan ningún tipo de relaciones entre ellas, o cuando las joint ventures se sitúen en mercados totalmente ajenos a los de las empresas fundadoras. Las joint ventures conglomerales se presumen sin riesgo para la libre competencia, en la medida en que no existe ninguna relación de sustituibilidad entre sus productos y los de cada empresa fundadora.

4.9.3. Joint ventures con una sola función y joint ventures con plenas funciones empresariales

Como bien sabemos el modelo histórico de la joint venture norteamericana se caracterizaba por la limitación de su objeto centrado en la realización de un determinado proyecto de interés común, por oposición al partnership. Actualmente en Europa las alianzas entre empresas tienden al cumplimiento de una combinación de funciones empresariales (producción y comercialización, por ejemplo), siendo las joint ventures limitadas a una sola función económica más escasas en la práctica.

La distinción entre las joint ventures con una sola función, destinadas a la realización de un proyecto preciso y puntual, y las joint ventures con plenas funciones empresariales (desde la investigación hasta la comercialización pasando por la producción de un determinado producto) sigue siendo, no obstante, fundamental en atención al control de los efectos de la operación en el mercado. Desde el punto de vista del derecho de la competencia, las joint ventures con una sola función serán

consideradas como cooperaciones susceptibles de restringir la competencia, mientras que las joint ventures con plenas funciones empresariales podrán verse, por su parte, como verdaderas concentraciones, aunque parciales, entre las empresas participantes. Los estudios recientes en la materia demuestran que aunque dichas calificaciones implican aplicación de normas de derecho de la competencia distintas (normas sobre los acuerdos de cooperación para las joint ventures con una sola función y normas sobre el control de las concentraciones para las joint ventures con plenas funciones), todas las joint ventures reciben en general, un tratamiento similar y esencialmente favorable en la materia.

En la práctica, es posible encontrar joint ventures que cubren la casi totalidad de las funciones de explotación de las empresas fundadoras, como si fueran concentraciones totales, algunas de ellas estarán diseñadas para durar indefinidamente con objetivos ambiciosos, constituyendo en realidad verdaderas fusiones disfrazadas. Otras serán simples formas de preparar el terreno para futuras fusiones o adquisiciones.

4.9.4. Joint venture instrumental y joint venture operativo

Los primeros “nacen por el desarrollo de la actividad que su propia complejidad demanda, sea por altos riesgos o altos costos, exigen el conveniente concurso de más sujetos institucionales, tiene por objeto una iniciativa determinada y organiza su ejecución en función de un contrato con un tercero comitente. En su etapa preliminar tiene por mira la adquisición de un contrato.”⁴⁵

Los joint ventures operativos son así denominados porque su fin es realizar proyectos de desarrollo que no es posible mediante otras soluciones organizativas, así tiene por objeto la producción de bienes y servicios, encaminado a desarrollar una actividad productiva con vocación de continuidad indeterminada en el tiempo, lo que se traduciría en la constitución de una sociedad como consecuencia de la joint venture. El documento que Instrumentaliza esta modalidad es el Joint Operating Agreement, que

⁴⁵ Sierralta Ríos, Aníbal, **Joint venture internacional**. Pág. 94

es utilizado fundamentalmente en las operaciones de extracción petrolera.

4.9.5. Joint operating agreement: modalidad operativa y características

Básicamente se configuran cuando los que se organizan para una explotación unificada son titulares de derechos concurrentes (pro indiviso) sobre un yacimiento (cotitulares de un derecho sobre éste), el acuerdo se denomina contrato de operación conjunta. “El origen de este tipo de contrato se encuentra en las industrias mineras, su desarrollo y perfeccionamiento se debe a la industria petrolera y hoy es de aplicación generalizada en las actividades extractivas.”⁴⁶

En los contratos de operación conjunta de las industrias extractivas, las partes acuerdan repartirse la producción en especie y retienen el derecho a comercializarla por separado, esto quiere decir que no buscan una utilidad común, sino solamente una producción común.

Hay en realidad una variedad de situaciones en que dos o más personas, generalmente corporativas, se organizan para una empresa común de modo tal que sea una de ellas quien realice la gestión, permaneciendo las demás como suministradores de capital aunque con participación (voz y voto) en las decisiones principales.

4.9.5.1 La figura del operador

En los llamados contratos de operación conjunta se designa a uno de los partícipes (aunque puede ser también un tercero) como operador, y éste realizará la tarea con sus propios equipos y personal, o con los de terceros contratados por él. Para todos los efectos el operador actuará en nombre propio.

⁴⁶ Le Pera, **Ob. Cit**; Pág. 90.

4.9.5.2. Estructura del negocio

La gestión del operador está generalmente sujeta a un presupuesto anual, que se basa en un programa de trabajos para ese período, este presupuesto anual constituye el límite de lo que el operador puede gastar durante el período o en todo caso, el límite de las contribuciones que puede requerir de los no operadores. Existen diversos mecanismos para aliviar la rigidez de esta restricción, particularmente en relación con obras que deben ejecutarse por alguna obligación contractual o legal. Dentro de los límites del presupuesto el operador contrata e incurre en gastos sólo de acuerdo con su criterio ejercido de buena fe, salvo que en el contrato se hayan establecido formalidades especiales para contrataciones de particular importancia, fuere por su monto o por su significación técnica en el proyecto.

Generalmente se organiza un denominado comité operativo, integrado por representantes de las partes, cuya principal función es aprobar el presupuesto anual y tomar otras decisiones, generalmente listadas de manera taxativa que se consideran de importancia especial para el proyecto. Las decisiones se toman de manera colegiada por alguna mayoría que se especifica. Cada parte tiene un derecho de voto que es por lo común igual a su porcentaje de participación en el proyecto.

No todas las decisiones son delegadas al operador y al comité operativo, las de máxima importancia son reservadas por las partes, con lo que se indica que ninguna de ellas se verá obligada por una decisión de las demás, y que su propio representante ante el comité operativo no tiene capacidad, por el solo hecho de serlo, para comprometerla en esas materias.

El operador tiene la custodia (pero se considera que no la propiedad) de toda la producción obtenida, que cada una de las partes tiene el derecho de tomar en especie en la proporción de su participación. Cuando esa producción tiene un destino contractual o legal preestablecido, el cumplir o no esta obligación se considera a cargo de cada parte. Cuando las partes de hecho ejercitan su derecho para tomar la

producción en especie las modalidades se regulan en un contrato separado llamado “lifting agreement”. Las autorizaciones dadas al operador por otro partícipe para que tome y disponga de su parte de producción son siempre revocables, aunque el operador tome y facture la producción de un no operador y perciba su precio, no ingresa la suma a la cuenta común sino que inmediatamente la entrega al no operador.

4.9.5.3. Joint operating agreement en la legislación guatemalteca

Al analizar lo anterior y corroborando la legislación nacional, se puede apreciar que es posible configurar tal acuerdo, plasmado en la ley de Hidrocarburos, Decreto-ley 109-83, empezando por las partes contratantes denominados contratistas, los cuales pueden ser personas, individuales o jurídicas, nacionales o extranjeras, debidamente autorizadas para operar en la República de Guatemala, que en forma separada o conjunta celebre con el Gobierno contratos de operaciones petroleras como la exploración, explotación, desarrollo, producción, separación, compresión, transformación, transporte y comercialización de hidrocarburos y productos petroleros.

También existe la figura del operador, siendo el contratista que habiendo suscrito contrato de operaciones petroleras con el gobierno, en unión de otros contratistas en un convenio de operación conjunta, ha sido designado por éstos, por su capacidad técnica en la materia, para ejecutar las operaciones y actividades que se deriven de las obligaciones contraídas en dicho contrato, correspondiéndole también administrar y aplicar, los fondos proporcionados por los contratistas y requeridos para el desarrollo del contrato de operaciones petroleras. Y el “lifting agreement”, o como se encuentra denominado en el Artículo 66 de la citada ley, siendo el contrato de participación en la producción, como un contrato de operaciones petroleras de exploración y explotación, en que la participación estatal en la producción de los hidrocarburos compartibles sea como mínimo, de un treinta por ciento (30%) en cada área de explotación.

Aunque no se pretende profundizar en el tema, se trae a colación esto para demostrar que de alguna manera el joint venture no ha sido del todo ajeno a la realidad

guatemalteca, por lo que podemos establecer que no es netamente atípico, por lo menos en esta modalidad.

4.10. La concentración económica y joint ventures

La concentración económica en los mercados plantea indudablemente enormes desafíos para las autoridades encargadas de la defensa de la libre competencia, la razón es bastante obvia, detrás de cada operación de concentración de propiedad en un rubro de la producción, fusión, integración o toma de control, llámese como se llame, el resultado concreto es que se eliminan uno o más competidores y por lo tanto, al menos desde el punto de vista estructural, hay menos competencia. Sin embargo, la evaluación de una operación de concentración desde la perspectiva de la libre competencia, no es una tarea sencilla, por cuanto, en general, este tipo de operaciones se realizan con el objeto de aumentar la eficiencia de la empresa, con lo cual se maximiza su valor.

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

En efecto, estos procesos de integraciones y fusiones de empresas, que dan lugar a la concentración económica, aunque pueden estar fundados en razones de eficiencia para la empresa, presentan riesgos para la competencia. Un mercado con menos actores hace más probable la existencia de acuerdos colusorios. Es bastante más simple que se pongan de acuerdo dos, tres o cuatro firmas que unos diez o más competidores, aún sin necesidad de un acuerdo explícito.

4.11. Motivaciones económicas para la conformación de la joint venture

Los economistas han teorizado las circunstancias objetivas que motivan el recurso a formas intermedias de organización, justificando así el desarrollo de las estrategias de alianza entre empresas. Con más frecuencia las empresas se esfuerzan en asegurar su crecimiento, acercándose las unas a las otras según las afinidades, los intereses, las estructuras del mercado de sus productos o sus servicios y otros. Desde esta perspectiva, el acercamiento entre empresas es una estrategia para la realización más o menos progresiva de objetivos de crecimiento, las ventajas del recurso por parte de las empresas a fórmulas intermedias de organización, y por tanto a la Joint venture desde tres enfoques distintos. En primer lugar es la lógica estrictamente estratégica que justifica la alianza como opción orientada a consolidar la competitividad y la posición de las empresas en mercados caracterizados esencialmente por la aceleración del progreso tecnológico y la mundialización de las dimensiones, la alianza ofrece a las empresas la posibilidad fundamental de disponer de recursos y competencias necesarias, vía tamaño o vía complementariedad, de forma casi inmediata sin reducir la flexibilidad de cada una de las empresas. En segundo lugar, es la lógica económica que en el marco de la Teoría de los Costes de Transacción y de la optimización de los costes financieros justifica el establecimiento de la alianza.

“Cada vez que se efectúan transacciones en mercados diferentes, existen pérdidas o costos transaccionales y el principio de minimizar esos costos transaccionales conduce a la situación de alianzas estratégicas, donde se presentan ventajas respecto de la utilización de una sola empresa y de prevenir cambios en el mercado.”⁴⁷

Finalmente la lógica organizacional motiva la creación de una alianza como instrumento de aprendizaje a partir de la transferencia oportuna de competencias o know how complementario de una empresa a otra.

⁴⁷ Marzorati, **Ob. Cit**; Pág. 19.

4.12. Distinción fundamental entre joint venture y acuerdos restrictivos de la competencia, carteles, conclusiones finales

La noción de joint venture no es asimilable, bajo ningún aspecto, a un cartel. La joint venture excluye todas las técnicas jurídicas que tienen por objeto coordinar el comportamiento competitivo de empresas independientes, en su calidad de forma intermedia de organización de las actividades económicas, la joint venture no afecta el juego de la competencia a título principal. Si fuera un cartel, sólo podría asimilarse a acuerdos prohibidos per se, que no son susceptibles de exención alguna de conformidad con las normas de defensa de la libre competencia.

La distinción es sencilla, en el cartel, la limitación o la supresión de la competencia constituye el objeto del acuerdo entre las empresas, es decir el objetivo al servicio del cual contribuye un determinado número de técnicas jurídicas destinadas a realizar a mantener una unidad de decisión entre las empresas participantes (como los carteles duros: acuerdo sobre precios, reparto de mercado y otros.). Por el contrario, las joint ventures tienen como objeto el de realizar una unidad de decisión entre las empresas al servicio de una determinada actividad económica que desarrollarán en colaboración, a partir de los recursos procedentes de cada una de ellas.

Problema distinto es que en la práctica las joint ventures produzcan de manera incidental, efectos anticompetitivos en el mercado relevante o peor, que sean en realidad verdaderos carteles disfrazados. Ahora bien, la solución a aportar a estos problemas se encontrará en los análisis del derecho de la competencia, es decir, en la determinación de los efectos producidos por la operación en el mercado y no en la propia definición de la noción de joint venture.

En realidad, un análisis del tratamiento de la joint venture en derecho de la competencia demuestra que lejos de ser un cartel o un acuerdo colusorio prohibido por la ley, dicha operación es en la gran mayoría de los casos y en especial cuando las empresas participantes constituyen una sociedad de capital, una forma de

concentración que será declarada compatible con este derecho. En este sentido, los casos en los que las joint ventures presenten de manera incidental efectos colusorios en todos o algunos de los mercados afectados por la operación dichos, efectos aunque estén prohibidos serán casi sistemáticamente autorizados o exentos por parte de las autoridades competentes a diferencia de lo que son los carteles.

CONCLUSIONES

1. La función del contrato de joint venture, no es una práctica monopólica ni restrictiva de la competencia, es una forma de inserción de capital extranjero en industrias con barreras de entrada alta, así como fuente de transferencia de tecnología en países menos adelantados.
2. El derecho de la competencia es incipiente y precario en la normativa jurídica guatemalteca, el precepto constitucional de la prohibición de monopolios no está desarrollado en ninguna normativa ordinaria de protección y promoción de la competencia, siendo el control del poder económico endeble, afectando a la parte económicamente más vulnerable, los consumidores.
3. El principal problema de la falta de control del poder económico, es que al no contar con una institución estatal fuerte de protección y promoción de la competencia, los agentes económicos tienden a realizar prácticas monopólicas que impiden la entrada a nuevos competidores.
4. La mayoría de mercados poseen como característica principal la de ser imperfectos e intervienen pocos agentes económicos, los cuales son susceptibles de acordar prácticas monopólicas y restrictivas de la competencia, ya sean restricciones horizontales o restricciones verticales.
5. El derecho de la competencia requiere de profesionales con sólidos conocimientos de derecho y de economía, la interrelación de estas dos ciencias sociales es un fenómeno que ha sido superado hace años en países desarrollados, el estudio de las mismas se complementa con el análisis económico del derecho y el derecho económico.

RECOMENDACIONES

1. El Estado debe aperturar el mercado guatemalteco a productos y servicios extranjeros, desgravación arancelaria, supresión de subsidios y privilegios, agilización de trámites burocráticos, para promover la eficiencia y equidad de la competencia, garantizando el orden público económico y la economía de mercado.
2. Que se regulen nuevas formas de organización societaria a través de las reformas pertinentes emitidas por el Congreso de la República, así como la inclusión de formas contractuales de cooperación empresarial como el contrato de joint venture y las alianzas estratégicas.
3. El Congreso de la República debe crear legislación específica de protección y promoción de la competencia, para desarrollar el precepto constitucional de prohibición de monopolios, que se encuentran en estudio desde hace varios años.
4. La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala debe incluir en los estudios de especialización, un curso de derecho de la competencia, con temas importantes para su mejor comprensión como: organización industrial, microeconomía, macroeconomía, teoría de juegos, análisis económico del derecho, para comprender la estructura del mercado y su funcionamiento.

BIBLIOGRAFÍA

BAKER, Jonathan B. **A preface to post - chicago antitrust.** Washington Collage of Law, America University: Junio de 2001. Ensayo consultado en: <http://ssrn.com/abstract=296119> (17 de enero de 2006).

Conferencia de la Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. **Ley tipo de defensa de la competencia.** Publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con el derecho y la política de la competencia, consultado en http://www.unctad.org/tdrbpconf5d7rev3_sp (15 de noviembre de 2007).

GALÁN Corona, Eduardo. **La aplicación del derecho de la competencia en la comunidad europea a partir del reglamento No. 1 de 2003.** Conferencia realizada el 12 de septiembre de 2003, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia –CEDEC, Bogotá. Memorias consultadas en: <http://www.centrocedec.org/contenido/articulo.asp?chapter=157&article=159> (8 de septiembre de 2006).

LE PERA, Sergio. **Joint venture y sociedad.** ed, 3ª Reimpresión; Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1997.

LOWE, Philip. discurso **How different is EU anti-trust? an overview of EU competition law and policy on commercial practices,** pronunciado ante la “American Bar Association”, llevada a cabo en Bruselas el 16 de Octubre de 2003. Discurso consultado en: http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/index_2003.html (29 de agosto de 2006).

LOWE, Philip. Discurso **The role of the Comission in the modernisation of EC competition law,** discurso pronunciado el 24 de enero de 2004 en la conferencia en UKAEL. Discurso consultado en: http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/index_2004.html (29 de agosto de 2006).

Manual básico la economía de mercado: virtudes e inconvenientes, consultado en <http://www.eumed.net> (15 de noviembre de 2007).

MARZORATI, Osvaldo J. **Alianzas estratégicas y joint ventures.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1996.

MARZORATI, Osvaldo J. **Derecho de los negocios internacionales.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1996.

MIRANDA Londoño, Alfonso. **Anotaciones sobre el derecho antimonopólico en los Estados Unidos de norteamérica.** En “CEDEC III”, Colección Seminarios N° 10. Javegraf, Reimpresión, Bogotá: 2002.

POSNER, Richard A. **Antitrust in the new economy**, University of Chicago, law & economics, Olin Working Paper No. 106: Noviembre de 2000. Ensayo consultado en: <http://ssrn.com/abstract=249316> (17 de enero de 2006).

SAMUELSON, Paul A. y NORDHAUS, William D. **Economía**. 14ª. ed. España: Ed. McGraw-Hill, 1993.

SAMUELSON, Paul A. y NORDHAUS, William D. **Economía**. 18ª. ed, México: Ed. McGraw-Hill, 2006.

SIERRALTA Ríos, Aníbal, **Joint venture internacional**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, 1996.

TAMANES, Ramón. **Estructura económica internacional**. Alianza Editorial, Madrid: (s.e.), 1999.

Legislación:

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

Ley del Organismo Ejecutivo. Congreso de la República. Decreto número 114-97, 1997.

Código de Comercio de Guatemala. Congreso de la República. Decreto número 2-70, 1971.

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

Ley de Bancos y Grupos Financieros. Congreso de la República. Decreto número 19-2002, 2002.

Ley General de Electricidad. Congreso de la República. Decreto número 93-96, 1996.

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

Ley de Hidrocarburos. Oscar Humberto Mejía Victores, Jefe de Gobierno. Decreto Ley número 109-83.

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

Ley de Contrataciones del Estado. Congreso de la República. Decreto número 57-92, 1992.