

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS CONDICIONES DE PROMOCIÓN Y DEFENSA DE
COMPETENCIA EN GUATEMALA**

LUIS PABLO COBAR BENARD



GUATEMALA, OCTUBRE DE 2010

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS CONDICIONES DE PROMOCIÓN Y DEFENSA DE
COMPETENCIA EN GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

LUIS PABLO COBAR BENARD

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, octubre de 2010.

ROBERTO COLMENARES ARANDI

ABOGADO Y NOTARIO

7A. AVENIDA 12-23 ZONA 9, GUATEMALA, C. A. 01009
EDIFICIO ETISA, PLAZUELA ESPAÑA, OFICINA 5-B
TELS. (502) 2362-2823 Y 2362-2824 FAX (502) 2362-2825
e-mail: colmenares@guate.net.gt



Guatemala, 15 de marzo de 2010



Señor
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Licenciado Marco Tulio Castillo Lutín
Universidad de San Carlos de Guatemala
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Presente

Por la presente informo a usted que he revisado la tesis elaborada por el estudiante LUIS PABLO CÓBAR BENARD, nombrada **ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS CONDICIONES DE PROMOCIÓN Y DEFENSA DE COMPETENCIA EN GUATEMALA** y le indico:

Que la investigación es de carácter jurídico científico, tratándose en la misma el análisis actual sobre condiciones generales de competencia en Guatemala; en virtud de ello, el autor de la tesis pretende que sus aportes sean tomados en cuenta, para mejorar la prestación de las medidas que actualmente se brindan.

El estudiante Cobar Benard, utilizó las técnicas documental y bibliográfica, por medio de las cuales profundizó su investigación; además, manejó los métodos inductivo y deductivo haciendo un análisis de los temas tratados, obteniendo medios generales a partir de particulares, y viceversa.

La investigación efectuada, es una contribución científica importante que trata de solucionar la problemática económica y legal que surge de ciertas prácticas anticompetitivas en los mercados, las cuales generan ineficiencias en la asignación de recursos para determinar qué, cuánto y cómo producir sobre bienes y servicios. Dichas prácticas distorsionan el sistema relativo de precios, el cual es un indicador esencial para direccionar inversiones.

Fueron corregidas algunas partes en las cuales se encontró errores de redacción.

Las conclusiones son consecuentes con las recomendaciones planteadas y constituyen un hallazgo importante y de gran utilidad para los estudiosos del derecho económico.

La bibliografía nacional e internacional se refiere a los temas y subtemas tratados en el desarrollo de la tesis.

Por lo anteriormente indicado, considero que el trabajo de investigación titulado **ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS CONDICIONES DE PROMOCIÓN Y DEFENSA DE COMPETENCIA EN GUATEMALA**, del estudiante LUIS PABLO CÓBAR BENARD,

**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. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Mario Estuardo León Alegría
VOCAL V:	Br. Luis Gustavo Ciraiz Estrada
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Enexton Emigdio Gómez Meléndez
Vocal:	Licda. Magda Elizabeth Montenegro
Secretario:	Lic. Epifanio Monterroso Paniagua

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Ricardo Alvarado Sandoval
Vocal:	Licda. Gloria Guillermo Lemus
Secretario:	Licda. Mayra Yolanda Veliz López

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

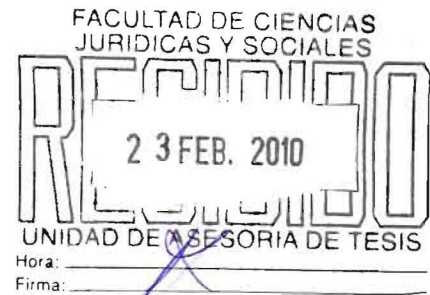


CONSULTORIA LEGAL

Licenciada **MARIA TERESA LIMA DEL CID**

Guatemala, 15 de febrero de 2010

Señor
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Licenciado Marco Tulio Castillo Lutín
Universidad de San Carlos de Guatemala
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Presente



Atentamente informo a usted, que conforme nombramiento emitido por esa casa de estudios, procedí a asesorar la tesis del estudiante LUIS PABLO CÓBAR BENARD, intitulada **“ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS CONDICIONES DE PROMOCIÓN Y DEFENSA DE COMPETENCIA EN GUATEMALA”**, por lo que hago de su conocimiento:

1. Que la tesis en mención tiene carácter científico y técnico, el primero, porque se aplica la ciencia jurídica sobre el análisis del estado actual de condiciones de promoción y defensa de la competencia en Guatemala, que es un tema eminentemente económico, pero que tiene una profunda relación con la ciencia jurídica; y el segundo, porque la misma fue realizada superando los requisitos de terminología técnica que se establecen para su elaboración.
2. Los métodos inductivo y deductivo se aplicaron al extraer los análisis de los hechos generales para llegar a conclusiones particulares y viceversa. La técnica de investigación documental se empleó mediante el análisis de las doctrinas de diferentes juristas.
3. La redacción fue corregida en alguna de sus partes para darle mayor claridad a la lectura de la investigación, adecuándose para tal efecto a lo que la Real Academia de la Lengua Española establece.
4. La contribución científica es de verdadera importancia, porque con esta investigación se supera el paradigma de que la ciencia jurídica y económica se



CONSULTORIA LEGAL

Licenciada MARIA TERESA LIMA DEL CID

aplican a campos distintos y opuestos, evidenciando una profunda relación entre ambas disciplinas.

5. Las conclusiones constituyen un acierto importante, las que son consecuentes con las recomendaciones planteadas. Asimismo, la bibliografía nacional e internacional utilizada se ajusta al trabajo de investigación, tanto de autores europeos, como de sudamericanos y nacionales.

En virtud de lo anteriormente expuesto, apruebo el trabajo de tesis titulado “ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS CONDICIONES DE PROMOCION Y DEFENSA DE COMPETENCIA EN GUATEMALA”, del estudiante LUIS PABLO CÓBAR BENARD, y en consecuencia emito dictamen favorable, ya que el mismo cumple con los requisitos que exige el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General y Público.

Atentamente,

Lic. María Teresa Lima del Cid
Asesor
Colegiado No. 5243

María Teresa Lima del Cid
Abogada y Notaria



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, ocho de marzo de dos mil diez.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) ROBERTO COLMENARES ARANDI, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante LUIS PABLO COBAR BENARD, Intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS CONDICIONES DE PROMOCIÓN Y DEFENSA DE COMPETENCIA EN GUATEMALA".

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 la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del 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. ROLANDO SEGURA GRAJEDA
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc Unidad de Tesis
RSG/sllh.

ROBERTO COLMENARES ARANDI

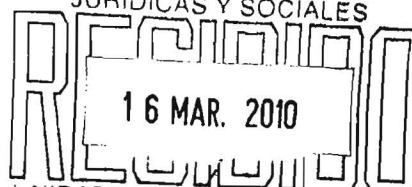
ABOGADO Y NOTARIO

7A. AVENIDA 12-23 ZONA 9, GUATEMALA, C. A. 01009
EDIFICIO ETISA, PLAZUELA ESPAÑA, OFICINA 5-B
TELS. (502) 2362-2823 Y 2362-2824 FAX (502) 2362-2825
e-mail: colmenares@guate.net.gt



Guatemala, 15 de marzo de 2010

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES



UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS

Hora:

Firma:

Señor
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Licenciado Marco Tulio Castillo Lutín
Universidad de San Carlos de Guatemala
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Presente

Por la presente informo a usted que he revisado la tesis elaborada por el estudiante LUIS PABLO CÓBAR BENARD, nombrada **ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS CONDICIONES DE PROMOCIÓN Y DEFENSA DE COMPETENCIA EN GUATEMALA** y le indico:

Que la investigación es de carácter jurídico científico, tratándose en la misma el análisis actual sobre condiciones generales de competencia en Guatemala; en virtud de ello, el autor de la tesis pretende que sus aportes sean tomados en cuenta, para mejorar la prestación de las medidas que actualmente se brindan.

El estudiante Cobar Benard, utilizó las técnicas documental y bibliográfica, por medio de las cuales profundizó su investigación; además, manejó los métodos inductivo y deductivo haciendo un análisis de los temas tratados, obteniendo medios generales a partir de particulares, y viceversa.

La investigación efectuada, es una contribución científica importante que trata de solucionar la problemática económica y legal que surge de ciertas prácticas anticompetitivas en los mercados, las cuales generan ineficiencias en la asignación de recursos para determinar qué, cuánto y cómo producir sobre bienes y servicios. Dichas prácticas distorsionan el sistema relativo de precios, el cual es un indicador esencial para direccionar inversiones.

Fueron corregidas algunas partes en las cuales se encontró errores de redacción.

Las conclusiones son consecuentes con las recomendaciones planteadas y constituyen un hallazgo importante y de gran utilidad para los estudiosos del derecho económico.

La bibliografía nacional e internacional se refiere a los temas y subtemas tratados en el desarrollo de la tesis.

Por lo anteriormente indicado, considero que el trabajo de investigación titulado **ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS CONDICIONES DE PROMOCIÓN Y DEFENSA DE COMPETENCIA EN GUATEMALA**, del estudiante LUIS PABLO CÓBAR BENARD,



cumple los requisitos que exige el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, en consecuencia emito dictamen favorable del mismo.

Sin otro particular me suscribo de usted, muy atentamente,

Lic. Roberto Colmenares Arandi
Revisor
Colegiado 1246

ROBERTO COLMENARES ARANDI
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintiséis de julio del año dos mil diez.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante LUIS PABLO CÓBAR BENARD, Titulado ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS CONDICIONES DE PROMOCIÓN Y DEFENSA DE COMPETENCIA EN GUATEMALA. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

MTCL/sllh.



DEDICATORIA

- A DIOS:** Por darme la fuerza necesaria para luchar cada día por alcanzar mis metas.
- A MI MADRE:** Vilma Patricia Benard, por todo su apoyo, paciencia, amor y cariño, y por ser mi mejor ejemplo de constancia y dedicación.
- A MI PADRE:** Luis Alberto Cobar Montenegro, por sus consejos, su amistad, sus lecciones de vida y por continuar estando presente en cada momento importante de mi vida.
- A MI ABUELITA:** Zoila de Benard, por su amor incondicional, por su virtud de la paciencia y ser el modelo de persona a seguir en todos los aspectos.
- A MI ABUELITO:** Julio Benard, por enseñarme a luchar por las cosas que valen la pena, por ser el mejor ejemplo de integridad, sacrificio, trabajo y entrega, no sólo para mí, sino para toda la familia.
- A MIS HERMANOS:** Luis Alberto y Melissa, quienes además de ser mis hermanos mayores también son mis amigos, y quienes son personas dignas de admirar e imitar.
- A MIS AMIGOS:** Maco, Edgar, Marcos, Edson, Iván, Erick, Carlitos, Mariam, Deborah ,Juan Carlos Garoz, y especialmente a Tanya por todo su cariño, amor, apoyo y paciencia durante todo este proceso.

A: Mis compañeros de trabajo, Maricarmen, Karina, Marelyn, y especialmente al licenciado Juan Rafael Sánchez por sus conocimientos y enseñanzas.

A: Mi casa de estudios, la Universidad de San Carlos de Guatemala, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, que me ha forjado como un profesional.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. La competencia como fenómeno económico y como situación de mercado	1
1.1. Análisis económico del derecho.....	1
1.2. El fenómeno de la competencia.....	11
1.3. La impotencia y la influencia recíprocas.....	13
1.4. Licitud del daño concurrencial.....	16
1.5. Función y grados de competencia económica.....	21
1.6. Derecho de la competencia.....	24
1.7. Finalidad, objeto de protección y contenido.....	26

CAPÍTULO II

2. Antecedentes históricos, legales e institucionales en Guatemala.....	31
2.1. El debate sobre el proyecto de Ley de Competencia.....	32
2.2. Las causas de la aparición de proyectos de ley de competencia.....	34
2.3. Los proyectos de ley actualmente en discusión.....	37
2.4. Los principales obstáculos encontrados en la tramitación del proyecto	37
2.5. La Ley de Protección al Consumidor y su relevancia.....	39
2.6. Los aspectos anticompetitivos de la legislación económica nacional....	39
2.7. Política de competencia y desarrollo: El debate nacional.....	40
2.8. La defensa de la competencia en el contexto jurídico institucional.....	41
2.9. La política pública en el período 1996-1999.....	42
2.10. La política gubernamental en el período 2002-2003.....	43
2.11. La política gubernamental en el período 2004-2008.....	44
2.12. El papel de los reguladores sectoriales en la defensa de la competencia	45
2.12.1. El Ministerio de Energía y Minas y el mercado de hidrocarburos	45
2.12.2. La Comisión Nacional de Energía Eléctrica.....	46
2.12.3. Superintendencia de Bancos.....	46

	Pág.
2.12.4. Los tribunales de justicia y la defensa de la competencia.....	48
2.13. Evaluación de la situación de en los principales sectores económicos	48
2.13.1. Las condiciones de competencia en la industria azucarera...	49
2.13.2. La industria avícola y su importancia.....	49
2.13.3. Condiciones de competencia en la industria avícola.....	50
2.13.4. La estructura del mercado de cerveza.....	52
2.13.5. La industria del cemento.....	53
2.14. ¿Qué proyecta el análisis de la situación de competencia de los sectores?	54

CAPÍTULO III

3. Conflictos sobre competencia económica en Guatemala.....	55
3.1. Restricciones verticales.....	55
3.1.1. Exclusividad territorial.....	56
3.1.2. Limitación al número de distribuidores.....	57
3.1.3. Precios de reventa.....	57
3.1.4. Ventas atadas.....	57
3.1.5. Exclusividad.....	58
3.1.6. Peligros al proceso competitivo.....	59
3.1.7. Discriminación de precios.....	61
3.1.8. Requisitos de la discriminación de precios.....	61
3.1.9. Precios predatorios.....	62
3.2. Abuso de posición de dominio en las normas de libre competencia	66
3.2.1. Posición de dominio en el mercado.....	67
3.3. El abuso de procesos legales como práctica anticompetitiva.....	70
3.4. El uso de procedimientos gubernamentales como práctica anticompetitiva	74
3.5. Los límites del derecho de acción y petición.....	75

CAPÍTULO IV

4. Soluciones para la situación actual de Guatemala.....	77
4.1. Los fines de la legislación de promoción de la libre competencia.....	78

	Pág.
4.2. Prohibición de monopolio versus prohibición de prácticas.....	79
4.3. Papel del Organismo Legislativo.....	81
4.4. El rol de las universidades del país.....	83
4.5. Propuesta para Guatemala (Ley Tipo de la UNCTAD).....	84
4.5.1. Objetivos o propósitos de la ley.....	84
4.5.2. Definiciones y ámbito de aplicación.....	85
4.5.3. Convenios o acuerdos restrictivos.....	85
4.5.4. Conductas constitutivas de abuso de posición de dominio.....	85
4.5.5. Notificación de las empresas.....	86
4.5.6. Función de la autoridad de defensa de la competencia.....	86
4.5.7. Aspectos posibles de protección al consumidor.....	86
4.5.8. El organismo encargado de la aplicación de la ley.....	87
4.5.9. Funciones y facultades del organismo.....	87
4.5.10. Carácter confidencial.....	87
4.5.11. Sanciones y medidas de reparación.....	88
4.5.12. Recursos.....	88
CONCLUSIONES.....	89
RECOMENDACIONES.....	91
BIBLIOGRAFÍA.....	93

INTRODUCCIÓN

La razón de llevar a cabo la presente investigación, obedece a un interés estrictamente académico, pues derivado del estudio y profundización en la rama del derecho de la competencia con motivo de mi participación en algunos foros, decidí realizar un aporte a la sociedad, en el sentido de proveer una herramienta de consulta útil para todas aquellas personas que participan como oferentes de bienes y servicios en los distintos mercados.

En Guatemala no existe una política de competencia estructurada y traducida en un marco legal apropiado, que proteja en forma estructurada y sistemática la competencia, y por ello, dentro de la presente investigación, se perseguirá como objetivo realizar un análisis jurídico sobre la situación de competencia, consistente con las tendencias actuales en dicha materia.

Con todo lo anterior, se persigue establecer y fundamentar, jurídica y doctrinariamente, la necesidad de crear una ley de competencia, congruente y consistente con las tendencias actuales, y que recoja las normas jurídicas que promuevan la competencia, prohibiendo y sancionando eficazmente aquellas prácticas que restrinjan la misma. Una ley de competencia, se considera un imprescindible necesario para el desarrollo de una economía sostenible.

Esta obra, para su desarrollo se dividió en cuatro capítulos, el primer capítulo explica la competencia como fenómeno económico y como situación de mercado; el segundo capítulo aborda a los antecedentes históricos, legales e institucionales en Guatemala los antecedentes históricos; el tercer capítulo se refiere a los conflictos sobre competencia económica en Guatemala; y finalmente, el cuarto capítulo abarca las posibles soluciones para la situación actual de Guatemala, proponiendo la Ley Tipo de Defensa de la Competencia, de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo.

El trabajo se realizó aplicando los métodos siguientes: analítico, analizando las experiencias de otros países para demostrar la importancia de un marco legal sobre competencia en Guatemala; sintético, evidenciando la relación entre los conflictos y prácticas anticompetitivas, y la necesidad de implementar una ley de promoción y defensa de la competencia; deductivo, partiendo del análisis de marcos legales de otros países más experimentados, para demostrar cómo una política adecuada de competencia redundaría en beneficio a todos los sectores económicos de la nación.

Finalmente, considero que el presente aporte puede ser de mucha utilidad, principalmente para todos los profesionales en el ejercicio liberal de su profesión, pues forman parte de un sector importante de los mercados de bienes y servicios, y también para las autoridades del Ministerio de Economía y las comisiones específicas del Congreso de la República.

CAPÍTULO I

1. La competencia como fenómeno económico y como situación del mercado

Tan pronto como el hombre, por el trabajo, en sus más diversas tendencias, se apropia en forma individual y en exclusiva de una parte de los bienes de la naturaleza, momento en que los más primitivos ancestros se dan cuenta de la conveniencia de dividir el trabajo, pues consideraban el postulado, tu haces los arcos y las flechas y yo cazo, porque de la división del trabajo resulta, gracias a la especialización, mayor eficiencia o más productividad.

En ese instante aparece el intercambio, el mercado, y en la más forma primitiva de trueque, surge el mecanismo de los precios relativos. Con todo ello, se describe el nacimiento de la economía de mercado, y a la vez, la competencia como fenómeno económico y como situación de mercado.

1.1. Análisis económico del derecho

El análisis económico del derecho, es una metodología de estudio que apareció, aproximadamente, en los años 60's en los Estados Unidos de América, y que lo único que persigue es aplicar los métodos de la ciencia económica al derecho. Es difícil explicar y dar una definición de lo que significa. Por ejemplo correr, la única forma de entenderlo realmente es haciéndolo o viendo a una persona efectuarlo, ya que solamente aplicándolo es que podemos comprenderlo, y viendo cómo funciona; es

decir, busca establecer los costos y los beneficios de determinadas conductas, y como el derecho está plagado de conductas –en sí mismo es una técnica de regular comportamientos-, puede ser aplicado para determinar los costos y beneficios de las mismas.

En realidad lo que se persigue, es predecir el actuar de seres humanos. Se parte del principio que éstos actúan en base a incentivos, y que en consecuencia buscan los que les favorecen y evitan los que les perjudican. En otras palabras, tratan de maximizar beneficios y minimizar costos. En base a ello, es posible encontrar fórmulas que permiten pronosticar cómo los individuos actuarán ante tales incentivos.

Dado que el derecho es un sistema de regulación de procedimientos humanos, su relación con la economía aparece como evidente. De manera tal que si se quiere regular las mismas, aprender a predecirlas es de suma utilidad. Saber el impacto de una ley, de una decisión judicial o de un contrato en la conducta futura permite poner al derecho en contexto de realidad. Digamos que quizás los dos precursores más importantes del análisis económico del derecho, que podrían ser considerados sus fundadores, son Ronald Coase y Guido Calabresi.

Coase llevó a cabo una serie de estudios entre los años 30 y 60 que le permitieron conceptualizar y dar sentido práctico a lo que denominó costos de transacción, concepto fundamental en el análisis económico del derecho, que explica cómo funcionan los mercados, cómo funciona el derecho en relación a los mercados y cuándo el derecho puede solucionar un problema y cuándo no.

Por su parte, Calabresi escribió, conjuntamente con Douglas Melamed, en los años 60 un artículo clásico: “Reglas de propiedad, Reglas de responsabilidad e inalienabilidad: Un vistazo a la catedral.”¹ Muchas de sus ideas son coincidentes y escritas curiosamente en paralelo, con el trabajo de Coase el problema del costo social, Calabresi realizó un importante aporte en el análisis económico del derecho, principalmente aplicado al área de responsabilidad civil extracontractual. A él obedece una de las teorías más importantes de la responsabilidad civil en los Estados Unidos de América, recogida en su libro el costo de los accidentes, que conjuga la reducción de los llamados costos primarios, secundarios y terciarios de la responsabilidad civil con el concepto de *cheapest cost avoider* o más barato evitador del costo, que es una nueva variable de la teoría objetiva que trascendió hace 20 años en dicho país.

La mayoría de personas no entienden ni los postulados ni la utilidad del análisis económico del derecho, pues en primer lugar, éste se basa en un análisis costo-beneficio, se tiende mucho a pensar que es un estudio deshumanizante, considerando que es convertir en números el derecho, el cual tiene que ver con la justicia, con la conducta humana y con los valores. Sin embargo, lo que persigue es evitar que los sistemas jurídicos generen desperdicios y como dice Calabresi, desperdiciar en una sociedad donde los recursos son escasos, es injusto. De manera tal, que se busca un derecho que sin olvidar otros aspectos o valores a los cuales se deba, sea un derecho eficiente, que evite el desperdicio creando incentivos de conducta adecuados para lograr sus fines.

¹ Calabresi, Guido. **Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad e inalienabilidad.** Pág. 45.

Para explicar qué se entiende por eficiencia, se observa como punto de partida las ideas de Wilfredo Pareto, dando algunos criterios que han permitido definir más técnicamente el concepto de ésta palabra. Señalando para el efecto que ésta busca establecer cuándo una situación es más eficiente que la anterior, y esto, cuándo una persona mejora sin empeorar la situación de otra. Por ejemplo, el sistema contractual es una forma de alcanzar la eficiencia porque, en un contrato, si las dos partes lo celebran es debido a que ambas están mejorando y ninguna está empeorando; pues nos ha conducido a una situación más eficiente que la anterior. Expone entonces que una situación será óptima, inmejorable, cuando dados los recursos existentes no es posible que alguien mejore salvo que otro empeore. A eso se le llama el óptimo de Pareto.

Por su parte, según el criterio de Pareto, como se ha visto, es una situación en que ningún individuo puede mejorar su estado sin perjudicar el bienestar de alguno de los otros miembros de la sociedad –es el efecto de la licitud del daño concurrencial expuesto en este mismo capítulo-. En otras palabras, el óptimo de Pareto es un escenario donde todos los recursos existentes han sido distribuidos y usados de una manera tan adecuada, que ya es imposible pensar en que una distribución distinta mejoraría la situación de la sociedad. Para el modelo neo clásico, tal condición se alcanza bajo variables de competencia perfecta. Por lo que infiere que para desplazarse hacia el óptimo de Pareto implica moverse hacia la eficiencia absoluta.

La mejor manera de entender estos conceptos de criterio de Pareto y óptimo de Pareto es con ejemplos. Se puede imaginar un salón de clase en el que hay cuarenta

alumnos. La mitad de ellos, son hombres y la otra parte mujeres, a su vez, hay veinte latas de espuma para afeitar y veinte lápices labiales, se decide repartirlos sin ningún criterio, de manera que a algunos hombres les tocan lápices labiales y a otras mujeres les tocan espumas de afeitar, lo que produce una distribución inicial de todos los recursos disponibles dentro del salón de clase.

La distribución inicial ha favorecido a los hombres a los que les correspondió una crema de afeitar y a las mujeres a las que les fue repartido un lápiz de labios, lo que ha perjudicado a los hombres a que tuvieron lápiz labial, y a las mujeres con una espuma de afeitar.

Si un hombre decide intercambiar su lápiz de labios con la espuma de afeitar de una mujer, estaremos según el criterio de Pareto, en una situación mejor; es decir, más eficiente que la anterior. Ha mejorado la situación del hombre y la mujer involucrados en el intercambio, dado que tienen bienes que cada uno puede considerar más valiosos y no se ha perjudicado a nadie. Pero aún no estamos en una situación óptima, pues aún muchos hombres y mujeres tienen en su poder bienes que les son inútiles para su uso personal. Sin embargo, imaginemos que todos los que tienen bienes no deseados comienzan a negociar transacciones de cambio entre ellos, de manera que en un corto período de tiempo todos los hombres tienen una espuma de afeitar y todas las mujeres tienen un lápiz de labios. Si llegamos a éste punto estamos frente a una situación óptima.

Si asumimos que todos los recursos existentes en una sociedad son lápices de labios y las espumas de afeitarse, no hay posibilidad de distribuir mejor los recursos pues la cantidad de hombres y mujeres que tienen bienes que les son útiles es la máxima posible dada la limitación en el número de bienes de cada tipo, y que cualquier cambio implicaría un empeoramiento de la misma. Estamos frente al óptimo de Pareto. No hay posibilidad de que alguien mejore sin empeorar la situación de otro. Un hombre le puede robar a otro su crema de afeitarse, consecuentemente su situación ha mejorado respecto a la anterior, pues tiene dos cremas en lugar de una, pero la situación de su víctima ha empeorado.

Al derecho le compete ayudar a alcanzar una situación eficiente; es decir, llegar al óptimo paretiano, maximizar la utilidad social, consiguiendo un mejor aprovechamiento de los escasos recursos existentes. Así, basta apreciar en los ejemplos anteriores la importancia del sistema jurídico. El medio a través del cual se fue mejorando la situación en términos de Pareto es el intercambio de bienes entre particulares, mediante el sistema contractual. Por otro lado, la forma de garantizar que no se den conductas que perjudiquen la eficiencia, como el robo, debe requerir la existencia de la propiedad privada y de un sistema civil y uno penal que la proteja.

En base a las ideas de Coase, el análisis económico del derecho estudia el por qué los contratos nos conducen a la eficiencia, y por qué hay situaciones que no pueden ser resueltas por los contratos, y por tanto necesitan de una intervención estatal para llegar a mejoras en términos paretianos, tal como se desprende de ejemplo de las cremas de afeitarse y los lápices de labio.

Utiliza básicamente herramientas de la microeconomía, como la teoría del consumidor, teoría de la empresa, racionalidad individual, etcétera. El elemento principal es determinar qué es más eficiente a través de un análisis costo-beneficio. Lo que se persigue con este análisis es identificar por qué los individuos actuamos de una manera, para saber si las reglas legales van a ayudar o no a alcanzar la eficiencia. Las normas legales pueden ser vistas como costos y la sanción de la norma como un precio; entonces, si decidimos que pasarse una luz roja tiene una multa, tendremos que el precio de pasarla será el monto de la multa multiplicado por la probabilidad de que un policía este en la esquina y detecte nuestra infracción. Si quisiéramos reducir los cruces de luces rojas aumentaremos la multa, como ocurre en el mercado, pues a mayor precio, menor cantidad de demanda, bajará el cruce de luces rojas al subir la sanción de la norma.

Lo interesante de este análisis es que, contra lo que muchos creen, no es de índole patrimonial o monetario necesariamente, pues como demuestran los trabajos de Gary Becker, se puede estudiar casi cualquier conducta. Quizá el problema radica en que la gente hace una ecuación equivocada entre costo y dinero, ya que se entiende que lo identifican con dinero, y eso no es así. Por ejemplo, las relaciones amorosas cuestan tiempo, sufrimiento, y en ciertos casos fastidio. Pero a la vez, se obtienen beneficios que no se relacionan con dinero: estar con la pareja es agradable, casarse es muy bueno porque vienen hijos, una vida nueva, etcétera.

Cuando se está haciendo referencia a un análisis costo-beneficio, no se está hablando de dinero necesariamente, sino de los motores de la conducta humana, y éstos son

bienestar y malestar; lo que se persigue es establecer las relaciones que existen entre ellos para poder determinar el comportamiento de los individuos.

Otro concepto importante es el de externalidades. Éstas son los costos o los beneficios no contratados. Por ejemplo, si alguien le golpea la cara a otra persona y le inflama un ojo, esta inflamación es un costo; en términos que debe acudir a un médico, y que también le duele. Estos costos han sido provocados por un tercero que ha externalizado uno de su conducta, su decisión de golpear a alguien. También las fábricas contaminan o los automóviles congestionan y generan externalidades negativas; es decir, costos a terceros. Hay además, externalidades positivas. Si una heladería al costado de nuestra casa coloca un vigilante, esto nos crea un beneficio, porque recibimos seguridad por la cual no hemos pagado. La existencia de externalidades puede propiciar ineficiencia, porque hay quienes los sufren y no deberían, y hay quienes los derivan y no asumen de tal cuenta que estas personas generan más de lo que deberían, y los trasladan, lo que es una conducta ineficiente por que provoca una discrepancia entre el costo, o beneficio, privado de la conducta y del costo o beneficio social de la misma.

Se critica mucho el análisis económico del derecho por ser inaplicable a una realidad como la actual. Sin embargo, como todo método, puede aplicarse a cualquier realidad si uno elige las herramientas correctamente y las ajusta a la realidad a la que pretende aplicarlas. Negar su aplicación es como afirmar que la ciencia económica es inaplicable a Guatemala. Tenemos profesionales que estudian la realidad, para ello utilizan criterios de análisis distintos, como un sociólogo, un abogado o cualquier especializado

en una ciencia social, adaptando la metodología de su ciencia a las necesidades donde la aplica.

Dicho estudio, se puede emplear tanto antes de la entrada en vigencia de una norma, como durante su aplicación. Cuando se analiza antes de su entrada en vigencia, sucede que tiene que hacerse desde el punto de vista teórico; No es posible determinar la consecuencia económica y social de la misma, cuando aún no está vigente; Sólo se podría especular teóricamente sobre cuáles serán sus consecuencias. Podríamos tomar como referencia otras que se han aplicado en el país o en otros lugares, pero definitivamente no se puede medir las consecuencias directamente.

La principal crítica que se les hace a los economistas es que actúan en base a supuestos. Por ello, ¿qué tan efectivo puede ser este estudio si la sociedad y el derecho en sí son cuerpos vivos que se mueven y cambian?, ese argumento, que se usa con mucha frecuencia, es infundado porque parte de la idea de que el ser humano está en capacidad de entender todas las variables que van a afectar un determinado evento, y calcular todas las consecuencias que se van a derivar de éste, todo junto y al mismo tiempo. Pero ese es justamente uno de los problemas que ésta metodología ayuda a desmitificar. Los economistas realizan una predicción en base a la simplificación de la realidad, eliminan factores no relevantes e identifican los importantes. Es justamente así como puede realizar predicciones a pesar de la complejidad de la conducta humana.

Pero el economista sabe que tiene un margen de error, porque para poder hacer predicciones el arte está en saber cuáles son los factores relevantes. El derecho también simplifica la realidad y parte de presupuestos. Por ejemplo, el derecho dice que la capacidad de ejercicio se adquiere a los dieciocho años, porque supone que una persona de esa edad tiene mayor discernimiento que una de diecisiete. Pero hay gente de treinta y cinco años que no merecen tal atribución de capacidad, como hay niños de ocho años que tienen perfecto discernimiento para celebrar contratos. La capacidad se adquiere a los dieciocho años porque el derecho tiene que simplificar la realidad, no puede establecer un mecanismo por el cual se haga un análisis concreto psicológico en cada ocasión antes de entregarle a cada persona su documento de identidad y reconocerle la capacidad de ejercicio.

Por lo anterior, ésta forma de estudiar el derecho no es más que sentido común entrenado y sistematizado. Muchos razonamientos parecerían formas difíciles de decir cosas obvias. Pero a su vez permite sistematizar mejor el análisis, lo que contribuye a poder ver el derecho desde otra perspectiva, de tal manera que debería ser una más realista y orientada hacia la realidad. Este es una herramienta que nos permite entender cómo se relaciona el derecho y la economía con las distintas actividades de oferta y demanda de bienes y servicios en los mercados más importantes, lo cual se abordará detalladamente en los siguientes capítulos.

1.2. El fenómeno de la competencia

Es inevitable la constante utilización en esta materia de la noción de competencia económica, la cual no pertenece a la ciencia del derecho, pues el jurista ha de tomarla de la economía. Sin embargo, la fijación de este concepto con el carácter instrumental que ha de tener dentro de una disciplina jurídica, no es consecuencia de una pura y simple recepción de la noción económica. La coincidencia no puede ser absoluta, en cuanto que el economista centra su atención en situaciones y posibilidades de hecho, el jurista en cambio, tiende a apreciar en ellas el ingrediente jurídico que las define.

La competencia encierra ante todo, un fenómeno que se produce siempre que se manifiestan como coincidentes varias pretensiones idénticas que no pueden lograr su éxito todas a la vez. Es ineludible sacrificar, posponer o dilatar unas a favor de las otras; Sin embargo, en esta acepción tan general, no aparece todavía el integrante esencial de la competencia, que es el de manifestarse como una licitación, como una lucha o pugna entre varios. Cuando se habla de concurrencia refiriéndose a los participantes en el mercado, se emplea la expresión en un sentido estricto de lucha de unos contra otros para conseguir lo mismo.

Esa lucha puede darse entre oferentes o vendedores y también entre compradores o adquirientes de bienes y servicios, pues mientras los productores compiten en vender, los consumidores compiten en comprar. No son pues, competidores sólo los industriales y comerciantes que desean vender los mismos productos, y lo logran unos a costa de los demás, pues la existencia de una competencia entre los consumidores

tampoco puede negarse, e incluso es una situación que aparece agudizada en ciertas condiciones de insuficiencia o escasez, en términos que crea problemas importantes de carácter económico y político.

Ahora bien, la pugna entre los consumidores-compradores se produce como consecuencia de ese hecho fundamental que determina el valor económico de los bienes y su apreciabilidad, que es que no existen en la medida y cantidad que se precisaría para satisfacer las necesidades de todos. En cambio, la competencia entre los vendedores reconoce otra causa: es que la capacidad de compra de los consumidores es limitada y en general sólo puede desarrollarse a través de una selección de bienes, y de una elección de los que se ofrecen en el mercado, los problemas que suscita la competencia entre vendedores son los únicos que interesan a los efectos de este estudio.

Respecto a ese fenómeno competencial, resulta necesario precisar cuál es el contenido de la pretensión en que todos los competidores coinciden y cuál el factor del que depende el éxito o el fracaso de cada uno de ellos.

En cuanto a lo primero, claro está que la pretensión coincidente de los vendedores no consiste de un modo estricto en realizar el mayor número posible de ventas, pues a veces vender más significa ganar menos, como sucede en todos los supuestos en que el ingreso marginal es inferior al coste de cada nueva unidad vendida. Se trataría en todo caso, de realizar el mayor número posible de ventas, al máximo precio remunerador. En realidad, la pretensión de cada vendedor podría formularse diciendo

que estriba en conseguir el número suficiente de compradores para los productos que decida vender, a las condiciones que él señale, de acuerdo con sus propias determinaciones y su política industrial o comercial. Una tal pretensión tiene forzosamente que entrar en conflicto con las de todos los demás que concurren al mercado, pues las posibilidades de compra de los consumidores son limitadas.

Pero es que además el factor del que depende el éxito o el fracaso de las pretensiones que concurren, es esencialmente la propia determinación de los compradores, su decisión de adquirir un bien en lugar de otro y de hacerlo a una empresa determinada, de entre todas las que concurren.

De todo ello, se desprende que la competencia podría ser definida de un modo empírico como aquella situación en que se encuentran las empresas que concurren en el mercado, en virtud de la cual cada transacción comercial que efectúa cualquiera de ellas puede ser representada por las demás como una oportunidad comercial perdida.

Esto le da ese carácter de pugna, de licitación, que constituye su nota esencial y coloca a las diversas empresas concurrentes en una posición de enfrentamiento y rivalidad.

1.3. La impotencia y la influencia recíprocas

Para que pueda decirse que un mercado se desarrolla en un régimen de competencia, es necesario que se den en él en mayor o menor medida, tres circunstancias que bien constituyen sus elementos competitivos: la formación autónoma de los precios; la

libertad de elección de los consumidores y la imposibilidad de que las empresas concurrentes basen exclusivamente en decisiones propias su política industrial, comercial y de ventas.

En primer lugar, la formación de los precios ha de ser esencialmente independiente de las determinaciones, actuaciones y acuerdos de quienes concurren al mercado y deberse de modo fundamental al mecanismo de la oferta y la demanda. La competencia ha de contar de algún modo con que exista un precio del mercado, que ningún competidor tiene poder suficiente para aludir de manera absoluta. De lo contrario, si un vendedor puede fijar por sí mismo un precio, desentendiéndose totalmente del que resulta del concurso de la oferta y la demanda, es que ha adquirido en el mercado un dominio tal, que con respecto a ese bien o servicio no existe ya competencia posible.

En segundo lugar, las ventas que efectúe cada competidor han de ser atribuidas esencialmente a la elección del consumidor que ha comprado, y no a una distribución legal o administrativa de los compradores eventuales, o a otra razón análoga. El factor que mueve todo sistema de competencia es que el hecho de que un empresario realice una operación comercial quiera decir que ha sido elegido por el comprador de que se trate, de un modo fundamentalmente libre. La libertad del consumidor para preferir una empresa determinada de entre todas las que concurren es, otro de los elementos competitivos esenciales en una situación que haya de considerarse como de competencia entre los vendedores.

Por último, la política industrial, comercial y de ventas de cada competidor no ha de poder ser tampoco totalmente independiente de la actuación de los demás, sino que, sin dejar de basarse en determinaciones propias, se constituirá en una especie de respuesta a los factores del mercado y a las decisiones de los otros, haciéndose mezcla de prospección y proyecto. Cuando un vendedor puede prescindir de un modo absoluto de tales factores y circunstancias para fijar su propia política de producción, distribución y venta, es debido a que se encuentra en una posición que le permite eludir la competencia de los demás.

Naturalmente que éstos no son sino rasgos orientadores de una situación de competencia, que en la realidad pueden darse en mayor o menor medida, y más o menos acusadamente. Por eso, es posible y es necesario ante una situación concreta y determinada, hablar, no de si se da en ella el fenómeno de la competencia, sino en qué grado. En la realidad, la forma en que se desenvuelve el mercado en la moderna sociedad de consumo incluye la actuación conjunta de elementos competitivos y elementos monopolísticos. Sin embargo, aun para definir este tipo de situaciones, hace falta utilizar los esquemas ideales extremos, como la competencia perfecta y el monopolio, que son precisamente los que dan la medida de la impureza de una situación real.

En ese plano puramente orientador y aproximativo, podría decirse que en cualquier situación de competencia se perciben dos rasgos, que no resultan tan contradictorios, aunque a primera vista lo parezcan, que son la impotencia y la influencia recíprocas de los competidores. En efecto, por un lado, ningún competidor tiene poder suficiente

sobre los demás; por otro, todo competidor puede influir en el éxito o en el fracaso de los demás. Esta especie de contrapeso de fuerzas, en que todas cuentan para el resultado final, podría ser la imagen más adecuada para caracterizar una situación como competitiva.

Ambos efectos, no son más que dos caras del mismo fenómeno. Ello se pone de manifiesto al recordar que cada uno de ellos constituye la nota que se destaca en uno de los dos sectores básicos del derecho de la competencia, que se basa en que en un régimen de competencia los competidores han de estar en estado de impotencia recíproca; Mientras que, en cambio, las normas sobre competencia desleal cuentan con que en toda acción concurrencial se encuentra implícita la posibilidad de lesión al competidor. Es decir, frente a la falta de poder, y parece que contradiciendo esta nota, la competencia misma se manifiesta como una situación en que cada competidor ha de padecer la influencia y el poder de los otros.

La recíproca impotencia de los competidores es un elemento competitivo fundamental, en cuanto expresa el concepto contrario al de dominio del mercado, que constituye la supresión de la competencia. Por su parte, la posibilidad de lesión, efecto inherente a la competencia misma, fundamenta un principio esencial, la licitud del daño concurrencial.

1.4. Licitud del daño concurrencial

El régimen de competencia está basado, no en la ilicitud, sino en la licitud del daño concurrencial, perfectamente admisible y resulta inevitable que el competidor, en el

desarrollo normal y legítimo de su actividad, cause un perjuicio a los concurrentes. Se comprende así teniendo en cuenta simplemente el concepto empírico de competencia que tenemos: si la misma consiste en aquella situación en que cada empresa se representa como una ocasión comercial perdida, toda transacción efectuada por un competidor, se deduce que en definitiva vender es como quitarle un comprador a otro; lo que resulta totalmente lícito y admisible, a no ser que se empleen para conseguirlo medios en si mismos ilícitos y reprobables, que es todo el problema de la competencia desleal.

En el desarrollo de la pretensión de cada empresario de captar para si un comprador, no sólo se aspira a realizar esa transacción concreta y determinada, que los competidores han de considerar a su vez como ocasiones malogradas de vender sus productos, sino que se persigue de manera esencial conservar a ese comprador concreto como un adicto a la empresa, pensando en compras futuras. La actividad concurrencial se manifiesta pues, como un esfuerzo dirigido a conseguir ventas actuales y a asegurarse adhesiones para el futuro, de modo que en torno a cada empresa se forme ese núcleo de compradores eventuales que se denomina la clientela. Por eso realizar actos de publicidad y propaganda de los productos y servicios ofrecidos o de la empresa que los ofrece, es estrictamente, el hacer competencia a los otros empresarios concurrentes, aunque en la realidad no se expendan aún los productos promovidos por esa publicidad.

Todos los valores empresariales se concretan y encuentran su referencia propia en la clientela. Pero la clientela misma, como valor empresarial, no se constituye como un

bien estable sobre el que quepa jurídicamente ningún poder de disposición. Hay un derecho a optar a la clientela; pero sobre la clientela, no existe derecho alguno.

Para comprender la razón de ser del principio de la licitud del daño concurrencial, que únicamente admite la excepción de una actuación del competidor por medios fraudulentos, desacostumbrados ó desleales; Por ello es preciso subrayar la peculiaridad de revisten los valores espirituales y los económicos cuantiosísimos que se suscitan en el campo de la competencia. Esa peculiaridad se la otorgan tres notas fundamentales: pertenecen a la empresa que los ha creado; no son susceptibles de objetividad jurídica; pueden ser desviados lícitamente hacia las otras empresas que concurren.

En efecto, en primer lugar, pertenecen a la empresa que los ha creado. El nivel de clientela representativo de unas ciertas posibilidades de lucro se traduce en el crédito del comerciante, que no es sino resultado de un juicio público en virtud del cual le es imputada su propia conducta mercantil, acompañada de una valoración. La bondad de sus procedimientos, su seriedad comercial, la constancia en el cumplimiento de los compromisos, la calidad de sus productos, el éxito de su esfuerzo diario, su acierto en la organización de la empresa, incluso la posesión, aunque sea ocasional, de determinados medios, como locales, el espíritu de captación de adhesiones, todo eso es la obra en que se materializa, en forma de resultados intangibles, la creación mercantil. Todo ello, le es atribuido a la empresa en un acto que representa eso que tiene siempre la imputación de una conducta o de una obra de su autor: el reconocimiento de su paternidad. Detrás de la empresa actúa una personalidad que ha

utilizado las fuentes de la iniciativa y de la genialidad humana para expresarse. Estos resultados exteriores constituyen una obra personal, que pertenece directamente a su autor.

Y todo ese conjunto de conductas, de medios y de resultados imputables a la empresa, que forman como los materiales con los que se construye su fama, su prestigio y su crédito, no son realidades meramente expresivas de la personalidad del comerciante, sino también altamente valiosas para el patrimonio empresarial, porque en ellos es donde está la fuente de las preferencias del comprador. Todos esos valores son, pertenencias de la empresa, propiedades suyas de las que no puede ser despojada.

Ante la empresa, el jurista se ve obligado a hacer distinciones, por en medio de las cuales se escapan siempre los valores que fluyen, para quedarse tan sólo con las cosas, con los servicios y con los derechos determinados que constituyen el patrimonio empresarial. La empresa misma, con todos esos valores acumulados, no puede construirse como un objeto jurídico unitario, porque, no siendo ella misma una cosa, tampoco es una creación apta, o para manifestarse como una expresión formal reproducible, o para realizarse mediante el cumplimiento de un enunciado descriptivo. Por eso, no cabe ni sobre la empresa en sí, ni sobre sus valores espirituales y económicos, ningún derecho subjetivo; que es la razón de la importancia que tiene en ellos los ordenamientos jurídicos modernos la protección de los signos mercantiles que fijan, patentizan y representan esos valores no objetivos.

Y en tercer lugar, estos valores económicos pueden ser desviados lícitamente hacia las otras empresas que concurren, pueden ser apropiados por los rivales. Este es el riesgo constante en la liza de la competencia, en que no existen nunca estados consolidados y seguros, sino situaciones que perviven dinámicamente gracias al enfrentamiento, en que la subsistencia constituye una pugna de cada día y en que siempre se está en un más o en un menos con respecto al día anterior. Naturalmente, en esa situación hay también elementos que tienden a dotarla de seguridad y fijeza: la posición alcanzada, las relaciones contraídas, el crédito ganado, los signos que lo evocan. Pero el riesgo de que esa situación cambie en cualquier momento es esencial.

Por de pronto, todos esos elementos de estabilidad –que en realidad se concretan en una especie de esfuerzo acumulado-, están dependiendo en su función de un sólo hecho, que es el decisivo, la existencia de compradores. Hay un número limitado de compradores, y basta que otras empresas consigan atraerlos hacia sí –lo cual es una posibilidad, no perfectamente lícita-, sino consubstancial a la competencia misma, que sin ella no podría existir, para que la situación pierda su estabilidad y entre en un proceso de rápidos cambios.

Lo más valioso que tiene la empresa son sus compradores eventuales, sus clientes, pero el sector de adhesiones a la empresa es una zona sobre la que ella misma carece de señorío alguno, pues está basado en un elemento psicológico tan mudable como toda opinión humana, que es la elección del que compra, y atraer esa elección hacia sí, constituye un derecho de todo competidor.

1.5. Función y grados de la competencia económica

La competencia sirve al mismo tiempo valores individuales y sociales, dentro de un régimen económico. En el primer aspecto, puede ser contemplada como un sector de posibilidades para el desarrollo de la personalidad en el campo de la economía; es decir, como una manifestación de la libertad económica. El carácter personalista del derecho de la competencia en ese aspecto, ha sido señalado unánimemente por la doctrina. La actuación concurrencial supone un ejercicio de la propia personalidad, manifestado en el esfuerzo por acrecentar el acervo de riqueza y ganar al público comprador y concebido como una actividad que ha de detenerse en el límite a partir del cual lesione la personalidad de otro. Desde este punto de vista, el favor de los compradores, que representa el éxito en la lucha concurrencial, ha de ser representado estrictamente como una especie de premio al esfuerzo personal, a la iniciativa empresarial, que implica una actividad creadora.

Aún en el plano de las justificaciones personalistas, el éxito en la competencia solamente es admisible como retribución a ese esfuerzo, que es por lo que toda maniobra o actuación que persiga eludir el riesgo inherente a la lucha concurrencial va en contra de la naturaleza de la competencia, pues no es indiferente cómo se obtenga el triunfo.

Sin descartar la intervención de la suerte o del azar, se excluye como resultado legítimo de una acción competitiva aquel en que se coloca a los competidores en una posición de desventaja, que no corresponde con el esfuerzo efectivamente realizado. Se trata

de un principio que no opera por sí mismo calificando de ilícita tal actuación, pero que fundamenta las normas de la disciplina de la competencia, que la prohíben como contraria a lo acostumbrado, a lo regular y normal; como desleal.

Ahora bien, aún en ese contexto, para que la libertad de competencia se encuentre justificada desde el punto de vista de la protección a la personalidad, ha de tener como contrapartida la libertad del consumidor. De tal cuenta que en esta situación o bajo estas circunstancias la competencia que se ampare en el respeto a la iniciativa y a la personalidad humana, los compradores no pueden constituirse en un elemento pasivo, pues consagrar la libertad de competencia sólo es una de las dos aristas de la tutela a la libertad humana en el régimen económico; La otra la constituye la libertad del comprador, pues él también ha de elegir libremente, por eso, la justificación máxima de la libertad de competencia está en un régimen de competencia pura, que es la razón por la que resultará siempre preciso referir una situación concreta de competencia al ideal que representa ese modelo económico.

La competencia sirve también intereses sociales, pues en la concepción que inspira el sistema de mercado, la competencia realiza una función social importante, en cuanto que se pretende que el sistema económico esté regido por la soberanía del consumidor, para una más adecuada satisfacción de las necesidades sociales de bienes y servicios. En él, la determinación del *quantum* y el modo de la producción no se atribuye a decisiones políticas, sino a la libre iniciativa de los empresarios, quienes decidirán libremente con arreglo a sus propias conveniencias, los bienes a producir, en la cuantía, calidad y modalidades que estimen más adecuadas. Es evidente que al

emprendedor le moverá el objetivo de obtener la mayor ganancia posible; Es decir, un estímulo egoísta.

Para que pueda satisfacer su estímulo egoísta, ha de tener compradores, ha de lograr captarse las preferencias del consumidor, a cuya elección quedará sometido. Quien logre ese favor, habrá conseguido su cometido; Pero ello, querrá decir que ha acertado a satisfacer las exigencias de los consumidores; es decir, las necesidades sociales. Si, por el contrario, fracasa en su empeño, es que no ha sabido llenar su función de servir el interés social de la satisfacción de las necesidades de producción de bienes y servicios. El éxito o la ruina, debidos respectivamente al favor o a la repulsa del consumidor, son pues, los verdaderos reguladores del sistema económico, a los que se encomienda la misión de asegurar que la producción sirva al interés social.

De aquí, se desprende que es consubstancial con un régimen económico de esta clase la existencia del riesgo empresarial, de esa posibilidad de enriquecimiento o de ruina, dependiente de modo fundamental del juicio y de la elección de los consumidores. Si el éxito o el fracaso, en vez de depender de haber sabido o no lograr tales preferencias, puede atribuirse a otros factores extraños, el sistema económico se resentirá en sus propios fundamentos y el sometimiento de la producción a su fin social propio habrá de ser encomendado a otros resortes.

1.6. Derecho de la competencia

La competencia es un fenómeno que el derecho tiene que disciplinar y regular. Su problema esencial es siempre compaginar las pretensiones contrapuestas, y el ejercicio de la libertad económica no constituye una excepción, pues para que la libertad sea posible, es precisa la regulación de su ejercicio, lo que vale tanto como decir que hace falta determinar sus linderos. En ese sentido, podría concebirse como una norma de las limitaciones de la libertad de competir, sin embargo, esa expresión tiene un sentido propio dentro del estudio.

Esta rama de la ciencia jurídica es el conjunto de normas que regulan la actividad competitiva, para que prevalezca en el mercado el principio de competencia y la lucha entre los competidores se desenvuelva con lealtad y corrección.

En primer lugar, son ajenas al derecho de la competencia cuantas normas y prescripciones aluden a la disciplina del acceso al mercado. No tiene como misión regular las condiciones de acuerdo con las cuales puede comparecerse en el mercado; puede ejercerse la industria, o una determinada profesión, o el comercio. Las autorizaciones administrativas a obtener, los requisitos de toda clase a cumplir para desarrollar una actividad económica que implique ofrecimiento de bienes o servicios al público, quedan fuera su campo de acción, que se ocupa únicamente de la actividad de mercado en cuanto tal.

La normativa del acceso al mercado se integra en el derecho administrativo general, y sin que pueda negarse su importancia en una situación como la que vivimos, caracterizada por la intensificación de la actividad administrativa de policía, en conexión con la realización de fines específicos de guardianía económica, no plantea al presente estudio problema alguno. La disciplina de acceso al mercado y la regulación de la actividad concurrencial pertenecen a ramas del derecho diferentes.

En segundo término, tampoco forma parte de su ámbito de acción, la regulación de los actos de cambio, en cuanto fuente de derechos y obligaciones entre partes determinadas. En ese aspecto, rige el derecho mercantil, y en general, el derecho privado. Lo regulado por el derecho de la competencia no es el acto de cambio en sí mismo –transacciones comerciales entre agentes económicos-, sino la actuación del empresario dirigida a provocar actos de cambio o a aumentar la probabilidad de que se produzcan.

Por último, ésta disciplina por su propia finalidad, se diversifica en dos grandes ramas: (i) derecho de la competencia *per se* y, (ii) derecho de la competencia desleal. La diferencia entre ambos, es en principio, precisa y clara.

La primera representa la posición del ordenamiento jurídico frente a las limitaciones impuestas a la competencia por los propios competidores. No establece limitaciones a la concurrencia, sino que determina la licitud o ilicitud de las impuestas por los competidores mismos, ya a través de una acción individual, bien mediante acciones concertadas entre varios. La disciplina de la competencia desleal en cambio, está

constituida por un sistema de verdaderas limitaciones legales a la libertad de competir, en cuanto prohíbe desarrollar la competencia con medios que se consideran reprobables, con actuaciones irregulares e incorrectas.

1.7. Finalidad, objeto de protección y contenido

Esta disciplina jurídica persigue que prevalezca el principio de la competencia en la acción concurrencial. Protege el interés público implicado en todo régimen de competencia, sin renunciar por ello a la tutela de los intereses privados que resulten lesionados por las restricciones o limitaciones a la competencia establecidas por los participantes del mercado, siendo su contenido el conjunto de medidas articuladas para lograr su propio fin.

Ha solido presentarse este tipo de disciplina jurídica de la competencia como la aspiración del ordenamiento jurídico a que el régimen de mercado logre en realidad una competencia perfecta o pura.

Sin embargo, las legislaciones *anti trust* surgen y sobre todo, se desarrollan en toda su extensión, en circunstancias que no parece puedan responder a tal planteamiento. Las primeras leyes estadounidenses, especialmente la Ley Sherman de 1890, aún cabría afiliarlas a una concepción según la cual la desaparición de todo fenómeno monopolístico de tipo privado en el mercado habría de originar la vuelta a un sistema de libertad económica, según el modelo clásico. Sin embargo, desde que encontró una formulación científica, la realidad de que en los mercados modernos solo puede

hablarse de un cierto grado de competencia, como situación no surgida simplemente del abuso de libertad, sino originada por la intensidad, riqueza y variedad del tráfico de bienes, la extensión del mercado y la agudización de la lucha concurrencial, con sus medios poderosos, es ya imposible ignorar que una competencia perfecta es un ideal irrealizable.

Todo ello demuestra, en suma, que el ideal no puede ya consistir en la supresión de todo rasgo monopolístico en la competencia, en el restablecimiento de una competitividad pura, sino en el mantenimiento de un grado suficiente.

Ello explica que en las legislaciones más modernas no se hable de eliminación de las posiciones dominantes, sino de la evitación de su abuso. En suma, el derecho de la competencia persigue la exclusión de todas aquellas prácticas, y actuaciones limitativas de la misma, debidas a acciones individuales o concertadas entre los competidores, que puedan resultar insoportables para la comunidad en general o para todo competidor.

Otro aspecto fundamental que ha de ser considerado para la debida caracterización de esta regulación, es el debatido tema de los intereses que está encargado de tutelar. Evidentemente si esta disciplina tiene por objeto restablecer la competencia atacada, le corresponderá la protección de los mismos intereses implicados en el principio de la competencia, que ya hemos visto eran, de una parte, el interés público por lograr una situación eficaz de producción y distribución de bienes; y de otra, el interés privado representado por el desarrollo de la personalidad y de la iniciativa en el campo

económico. En efecto, no se duda que estos sean los dos valores a los que ha de atender. Sin embargo, llegado el momento de tratar más matizadamente el tema, se plantea la cuestión de determinar cuál de los dos tipos de intereses imprime carácter a esta regulación y decide al ordenamiento jurídico a intervenir, más que para el restablecimiento del principio de la competencia en toda su integridad, que no es un ideal plenamente alcanzable, para evitar los daños que se siguen de un nivel indeseable de mixtificación de la competencia, así como de la excesiva concentración de poder económico y del abuso de posiciones dominantes en el mercado.

La concepción de una ley sobre competencia, es que la restricción de la competencia origina un daño general que debe ser evitado. En ese mismo preámbulo se alude a esta idea, procediéndose a señalar las consecuencias desfavorables que se siguen de tales restricciones: elevación de precios, mantenimiento de precios excesivamente altos, empeoramiento de la calidad de los productos o de los servicios, lentitud en el desarrollo e incluso tendencia al estancamiento económico. Lo que se trata de evitar es que el ejercicio de la libertad económica conduzca a situaciones de mercado nada deseables para los consumidores y para el interés general. Queda definida así toda esta disciplina como una especie de regulación del uso de la libertad de competencia, que persigue en definitiva, que su ejercicio no perjudique al interés público, con lo que se revela que es esta clase de interés, y no el privado y particular de las empresas, el que priva en esta regulación.

Por último, el contenido del derecho de la competencia lo constituyen el conjunto de medidas que el ordenamiento jurídico utiliza como medio para restablecer el principio de competencia.

Ante todo, la materia podría considerarse constituida en general por dos tipos de actuaciones: a) actuaciones restrictivas de la competencia, y b) actuaciones eliminadoras de la competencia. En el primer grupo se encuentran un conjunto de acciones y prácticas de las empresas que originan limitaciones a las posibilidades de los demás competidores (carteles en sus modalidades más variadas, maquinaciones relativas a la fijación de los precios, restricciones contractuales a la libertad de competir).

En el segundo grupo figuran las conductas monopolísticas derivadas de lo que en la terminología de las leyes europeas y en la concepción económica actual se denominan posiciones dominantes del mercado.

Frente a todas estas actuaciones empresariales que producen, bien la restricción, bien la eliminación de la competencia, la disciplina de las limitaciones de la competencia utiliza la técnica de la prohibición. Incondicionada, en unos casos; vinculada a determinadas consecuencias, o a ciertos supuestos, en otros, el ordenamiento jurídico somete a estos diferentes tipos de actuación contraria al principio de la competencia en un mismo tratamiento: el de declararlos prohibidos, ilícitos, contrarios a la ley. De ahí se deriva la triple consecuencia de que: a) los actos jurídicos que originan estas limitaciones son nulos; b) las actuaciones prohibidas deben ser eliminadas

inmediatamente, mediante su cesación; c) sus autores podrán ser sancionados en la vía administrativa, e incluso en las vías civil y penal.

Este conjunto de medidas restauradoras admite numerosas variantes y diferentes aplicaciones, según el sistema legislativo considerado.

CAPÍTULO II

2. Antecedentes históricos, legales e institucionales en Guatemala

El presente capítulo expone las condiciones generales de competencia en Guatemala. Se pretende, esbozar un mapa con la historia y la situación actual de las políticas de competencia del país, entendidas como las acciones del gobierno encaminadas a proteger e incentivar la libre competencia en los mercados. Por otra parte, se presenta una evaluación preliminar del estado de competencia en cinco sectores económicos seleccionados por su importancia para la economía nacional y por las condiciones particulares de su estructura.

Se destaca la precaria institucionalidad para la promoción y defensa de la competencia, evidente en la existencia de leyes dispersas que pretenden promover algunos aspectos de la libre competencia, pero que en la práctica se han vuelto inoperantes. Esto contrasta con el avance en términos de apertura de mercado, registrado en sectores liberalizados recientemente como telecomunicaciones y electricidad.

Los rubros analizados presentan características de integración horizontal y vertical, así como de concentración del poder de mercado, que resultan en estructuras oligopolistas propicias para ejercer prácticas de competencia desleal y abuso de posición de dominio, entre otras.

Finalmente, se evidencia la importancia que las empresas multinacionales están adquiriendo en diversos sectores del país y del resto de Centroamérica. Esto genera retos

muy particulares relacionados con la promoción de la competencia en los mercados locales y regionales.

2.1. El debate sobre el proyecto de Ley de Competencia

En Guatemala, la discusión seria sobre el tema de políticas de competencia se inició recientemente, pese a que distintos aspectos vinculados con el funcionamiento libre de los mercados están contemplados desde hace varias décadas dentro del ordenamiento jurídico del país. Así, el Código Penal, que data de la década de los años 70, tipifica y sanciona con multas pecuniarias y con prisión una serie de prácticas dañinas a la competencia y al bienestar de los consumidores.

La actual Constitución Política de la República de Guatemala, vigente desde 1985 contempla en tres de sus Artículos 43, 119 y 130, aspectos fundamentales en materia de competencia y economía, tales como: los deberes que tiene el Estado de proteger la economía de mercado e impedir prácticas que restringen la competencia y que, por lo tanto, son perjudiciales a los intereses y bienestar de los consumidores.

El Código de Comercio que data de 1970 contiene varios Artículos, del 361 al 367, dedicados a tipificar, prohibir y sancionar todas aquellas conductas y actos que afectan los derechos tanto de competidores como de los mismos consumidores, tal es el caso de la competencia desleal.

No obstante, la vigencia de estos instrumentos legales, la aplicación real y efectiva de dichas regulaciones es muy escasa, y son muy pocos los casos que involucran los mencionados artículos que llegan a los tribunales. Adicionalmente, el tema de competencia en los mercados no ha sido objeto de discusión profunda en foros de la sociedad civil o círculos empresariales, ni ha formado parte de la agenda de prioridades de los sectores político y gubernamental del país.

Cabe recordar que hasta finales de los años 80, la economía de Guatemala y la del resto de los países centroamericanos estuvieron altamente reguladas, y con fuerte proteccionismo, en el contexto de la aplicación del modelo de desarrollo hacia adentro, basado en la industria sustitutiva.

Esto implicó la instauración de varios obstáculos al funcionamiento de la economía de mercado y la libre competencia. Estos obstáculos iban desde excesivas regulaciones sectoriales, pasando por restricciones al acceso de los mercados domésticos, hasta altas tarifas arancelarias de importación para proteger la producción nacional de la competencia internacional.

De hecho, se puede afirmar que en Guatemala actualmente existe gran desconocimiento sobre las políticas de competencia tanto por parte de funcionarios públicos, como de empresarios y académicos. Recientemente, se ha empezado a despertar el interés y preocupación con relación al tema de competencia, en ciertos círculos pequeños en el ámbito político, gubernamental, académico y empresarial del país.

Uno de los claros avances es que se ha incorporado al área de competencia como campo de acción en el marco del funcionamiento del sector público, particularmente en el nivel del gobierno central. Al respecto, la Ley Orgánica del Organismo Ejecutivo, incorpora en el cuadro de funciones del Ministerio de Economía, lo que se refiere a 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 de la competencia, de la represión legal de la competencia desleal, de la limitación al funcionamiento del empresas monopólicas.

Adicionalmente, se comienzan a dar algunos seminarios y foros de discusión sobre el tema, promovidos por el Ministerio de Economía, por cámaras empresariales, por algunas universidades locales y por organismos de cooperación internacional, incluyendo a la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).

2.2. Las causas de la aparición de proyectos de ley de competencia

Uno de los primeros impulsos a la aparición de proyectos de ley de competencia lo dio el Programa Nacional de Competitividad, (PRONACOM), creado en 1998 con participación del gobierno, el sector privado y apoyo del Banco Mundial. Dentro del ese programa existe un componente de apoyo a la creación de una ley de promoción de la competencia doméstica y la correspondiente entidad encargada de su implementación.

El impulso que este programa ha dado a la creación de la mencionada normativa, ha sido canalizado en su mayor parte al viceministro de inversión y competencia del Ministerio de

Economía. Entre las actividades apoyadas por ese programa, se encuentra un estudio de condiciones de competencia en algunos mercados nacionales, asesoría legal para la elaboración del anteproyecto de ley, y pasantías en agencias de competencia extranjeras.

Este viceministerio fue creado en el año 2000, y tiene entre otras funciones, la promoción de la competencia y la protección al consumidor mediante la búsqueda de la eficiencia en los mercados de bienes y servicios. Asimismo, se creó la Dirección de Promoción de la Competencia, como unidad encargada de diseñar, proponer y aplicar la política nacional de promoción de la competencia, así como la de preparar los proyectos normativos que favorezcan la libre competencia y eliminen las prácticas proteccionistas.

En este nuevo marco institucional, se inició en el segundo semestre del año 2000 el proceso de preparación de una propuesta de anteproyecto de ley de promoción de la competencia. Para tal efecto, el pequeño grupo técnico de la Dirección de Promoción de la Competencia inició el trabajo de análisis sobre el tema.

Adicionalmente, desde el año 2000, tres proyectos de ley sobre protección de la competencia han sido presentados por algunos diputados ante distintas instancias del Congreso, sin coordinación alguna con el Organismo Ejecutivo y su Ministerio de Economía, tales anteproyectos son:

- Ley de Promoción de los Derechos de los Consumidores o Usuarios y la Libre Competencia –pasó al pleno del Congreso en el año 2000.

- Ley para la Defensa de la Libre Competencia –conoció el Pleno del Congreso en enero del año 2001.
- Ley para la Custodia de la libre Competencia –presentada a la Presidencia del Congreso en marzo de 2004.

Es importante señalar que ninguno de estos proyectos ha sido ampliamente discutido, y todos se encuentran detenidos en el Congreso de la República sin aparente interés en promoverlos.

Algunos de los motivos expuestos para presentar las iniciativas de ley son garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público, la necesidad de crear un nuevo cuerpo normativo que sea congruente y consistente con las tendencias actuales y recoja las normas jurídicas que regulen con transparencia y ecuanimidad, las relaciones entre oferentes y demandantes, es decir, una declaración de principios y garantías para la equitativa promoción de las actividades relacionadas.

Asimismo, uno de los parlamentarios que ha sido proponente de dos de los anteproyectos sostiene que las razones para presentar una iniciativa de ley de competencia son el desarrollo del Artículo 130 Constitucional (prohibición de monopolios y privilegios), el contenido del tratado de libre comercio con los Estados Unidos de América y Centroamérica, y a la escasez de competencia en la mayoría de mercados del país junto con los efectos nocivos para el consumidor de las conductas de los agentes dominantes.

2.3. Los proyectos de ley actualmente en discusión

Como se mencionó anteriormente, además del anteproyecto de ley de promoción de la competencia que elabora el Ministerio de Economía, existen tres anteproyectos que han sido presentados ante distintas instancias dentro del Congreso. Se considera pertinente hacer mención del anteproyecto del Ministerio de Economía, y el de la Ley para la Custodia de la Competencia presentado ante la Presidencia del Congreso de la República en marzo de 2004. Estos anteproyectos son los que por el momento aparentan tener mayores posibilidades de ser discutidos en el Congreso de la República o en el gabinete económico del gobierno.

2.4. Los principales obstáculos encontrados en la tramitación del proyecto

A pesar de que el tema de competencia formaba parte de la agenda económica de la administración de gobierno del período 2000-2003, el anteproyecto de ley formulado en el Ministerio de Economía no llegó a constituir una iniciativa de ley del Organismo Ejecutivo, de forma que no ingresó oficialmente al Congreso de la República.

Ello es atribuible, en primer lugar, a que los funcionarios que se alternaron como ministros de economía durante el período 2000-2003, pues en dicho período hubo cuatro cambios de ministro, y no estaban convencidos de la viabilidad política al más alto nivel del gobierno central y del Organismo Legislativo, de una propuesta de normativa en materia de competencia. En esa óptica se explica que el anteproyecto de ley sólo fue elevado a la

consideración del gabinete económico de gobierno, presidido por el vicepresidente de la república.

En segundo lugar, es posible que la presencia de algunos empresarios en altas esferas del gobierno mencionado, con intereses directos en sectores de la economía altamente protegidos, haya sido otro factor que inhibió una gestión más agresiva por parte de las autoridades del Ministerio de Economía en torno al anteproyecto de ley, dado que la normativa propuesta podría contravenir dichos intereses. El carácter de confrontación que imprimió el gobierno de 2002-2003 a sus relaciones con el sector empresarial organizado, eliminó toda posibilidad de iniciar un debate nacional en torno al anteproyecto de ley con el fin de llegar a consensos básicos sobre el tema de competencia. Por otra parte, es necesario recordar que el Ministerio de Finanzas Públicas, en ese gobierno, liberó la entrada a las importaciones en productos clave, aumentando la competencia, promoviendo la disminución de precios en el mercado local.

Hay que tener presente que los mercados domésticos de varios de los bienes y servicios del país funcionan dentro de esquemas monopolistas y oligopolistas en circunstancias en las que se desconoce los objetivos y alcances de una legislación sobre competencia. Sobre esa expectativa, en algunos sectores empresariales y políticos habría perjuicios y animadversión hacia este tipo de políticas.

A lo anteriormente expuesto, habría que agregar que a los anteproyectos de ley que han entrado al Congreso de la República, por desconocimiento del tema, pareciera que nadie

les ha dado mayor prioridad, a excepción de los propios diputados ponentes. Por esa misma razón, éstos no han sido discutidos.

2.5. La ley de protección al consumidor y su relevancia

La Ley de Protección al Consumidor, Decreto 06-2003 del Congreso de la República, establece los derechos del consumidor y las obligaciones de los agentes proveedores del mercado. Asimismo, define los actos prohibidos a los vendedores de bienes y servicios. En este sentido, cabe resaltar que las prohibiciones están vinculadas con actos que restringen o pueden dañar la libre competencia, tal es el caso del acaparamiento, desabastecimiento o negativa a vender a fin de provocar alzas en los precios de productos, así como también todas aquellas prácticas lesivas a los derechos de los consumidores en materia de cantidad y calidad de los bienes y servicios. De esta manera, esta Ley reforzaría algunas de las disposiciones de la Ley de Competencia.

2.6. Los aspectos anticompetitivos de la legislación económica nacional

Dentro del ordenamiento jurídico interno del país existe cierta normativa que restringe la competencia en los mercados domésticos, particularmente en lo que se refiere a instrumentos legales que regulan parte de la actividad económica en el nivel sectorial. Algunos de estos instrumentos reguladores de sectores productivos estratégicos fueron readecuados durante la segunda mitad de los años noventa en el marco de la privatización de las principales empresas públicas, y pese a su vigencia reciente, aún presentan rasgos

anticompetitivos o deficiencias que limitan las funciones de las entidades encargadas de velar por la aplicación de la normativa.

Así por ejemplo, en el sector de las telecomunicaciones, la red básica de la telefonía anteriormente propiedad del monopolio estatal de la empresa GUATEL, pasó a propiedad y control monopólico de la empresa TELGUA, S. A. Sin embargo, la Ley General de Telecomunicaciones, Decreto 94-96 del Congreso de la República, omitió incluir dentro de las funciones de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SIT), la de investigación de posibles conductas restrictivas a la competencia. La Ley de Comercialización de Hidrocarburos, Decreto 109-97 del Congreso de la República, también adolece de este tipo de deficiencias.

En el sector financiero, la Ley de Seguros, Decreto No. 473, es claramente anticompetitiva, al prohibir en el Artículo uno, el funcionamiento en el país de agencias o sucursales de empresas aseguradoras de origen extranjero.

2.7. Política de competencia y desarrollo: el debate nacional

En Guatemala, de hecho, no se ha dado un debate serio a escala nacional sobre el tema de la competencia y su relación directa con el desarrollo económico y social del país, ya que su discusión se ha abordado en forma aislada en ambientes académicos y centros de investigación.

El Ministerio de Economía recién inició en el segundo semestre de 2004 acciones orientadas a la promoción de la competencia por medio de seminarios para difundir el

conocimiento y discusión del tema, con la participación de representantes de centros académicos, de investigación y de entidades públicas así como privadas. Estos incipientes esfuerzos institucionales, sugieren que, la administración de gobierno de aquella época tenía algún interés por dar a conocer el tema.

En términos de avances a futuro en este respecto, las autoridades del Ministerio de Economía podrían iniciar en el nivel de gobierno central la tramitación del proyecto de ley de Defensa de la Competencia para ser enviado al Congreso de la República. Alternativamente, se podrían llevar a cabo acciones en coordinación con los parlamentarios que dirijan la iniciativa de ley, para incorporar las enmiendas que sean pertinentes para el mejoramiento de dicha iniciativa y de esa forma propiciar su discusión y aprobación en el Congreso de la República.

2.8. La defensa de la competencia en el contexto jurídico institucional

El análisis de la política pública en materia de competencia se ha desarrollado desde la segunda mitad de los años noventa. Durante este período se dieron la privatización de las empresas públicas y grandes avances en la política de apertura externa. Asimismo, hubo algunos esfuerzos por modernizar la legislación económica en sectores estratégicos como la distribución de los hidrocarburos, las telecomunicaciones y la energía eléctrica.

2.9. La política pública en el período 1996-1999

La política pública durante los últimos cuatro años de la década de 1990 se orientó en parte hacia el redimensionamiento del Estado, en cuyo contexto se le otorgó alta prioridad a la privatización de empresas públicas.

Como se mencionó anteriormente, el monopolio estatal de las telecomunicaciones pasó a manos privadas, lo que dio origen a la constitución de TELGUA, S. A., en un marco de negociaciones que suscitaron muchos cuestionamientos en torno a la transparencia e imparcialidad del proceso.

Asimismo, fue objeto de desincorporación la Empresa Eléctrica Guatemalteca, que anteriormente había estado constituida por capital mixto con una participación accionaria mayoritaria del Estado. Asimismo, fueron privatizados los activos del Instituto Nacional de Comercialización Agrícola, (INDECA), y el Instituto Nacional de Energía Eléctrica, (INDE). Además fue objeto de privatización el Banco Nacional de Desarrollo, (BANDESA) que se convirtió en el Banco de Desarrollo Rural, (BANRURAL) de capital mixto, con un 30% de capital del Estado.

La experiencia de muchos países latinoamericanos y de Guatemala, en particular, indica que el proceso de privatización en empresas estatales implicó la sustitución de monopolios estatales por monopolios privados, aunque pueda haber alguna razón de eficiencia económica y de beneficio para los consumidores, en cuanto a la calidad de los servicios

implicados, en cuyo caso demuestra que los monopolios no son negativos por el hecho de serlo.

Las nuevas legislaciones nacionales adoptadas en algunos países no incorporan normas orientadas a la promoción y defensa de la competencia.

Hay que reconocer que algunas normativas sectoriales de vigencia reciente en Guatemala constituyen un avance notable en términos de apertura de mercados. Un ejemplo es la Ley de Telecomunicaciones, promulgada en 1996, cuya aplicación ha permitido la presencia de varios operadores, principalmente en el servicio de telefonía móvil y telefonía internacional.

Esto se ha traducido en un apoyo estratégico al proceso de modernización económica de Guatemala y en beneficio de los usuarios en general, no obstante que en los primeros años de operación privatizada de los servicios de telecomunicaciones las tarifas experimentaron sensibles incrementos. También, existieron problemas porque algunos operadores se quejaron de que TELGUA les obstaculizó el acceso a la red de servicios esenciales mediante tácticas dilatorias que incidían en el aumento de sus costos.

2.10. La política gubernamental en el período 2000-2003

Durante el gobierno de este período se lograron avances concretos en el tema de competencia. Estos se circunscribieron al marco institucional, se operó la reestructuración del Ministerio de Economía, en cuyo marco destaca la creación del viceministerio de

inversión y competencia y la dirección de promoción de la competencia, encargada de la formulación del anteproyecto de ley sobre la materia.

Hacia mediados del período se publicó el denominado Plan de Acción Económica 2002-2004 en el cual se contemplaban acciones dirigidas a la creación de condiciones para el funcionamiento eficiente de los mercados domésticos de bienes y servicios dentro del esquema de libre competencia, a fin de mejorar la eficacia económica y, por lo tanto, la competitividad interna e internacional. Sin embargo, más allá de lo anterior, la mencionada propuesta de normativa nunca llegó a convertirse en una iniciativa de Ley del Organismo Ejecutivo para ser enviada al Congreso de la República, debido a que no existió suficiente voluntad política.

2.11. La política gubernamental en el período 2004-2008

Durante este período de tiempo, se mantuvo en un estado de pasividad pues no se observaron avances ni discusiones sectoriales importantes sobre políticas de competencia, ni tampoco se desarrollaron acciones dirigidas a la creación de condiciones para el funcionamiento eficiente de los mercados domésticos de bienes y servicios dentro del esquema de libre competencia, a fin de mejorar la eficiencia económica y, por lo tanto, la competitividad interna e internacional. Tampoco se presentaron ante el Organismo Legislativo proyectos de ley en este sentido.

2.12. El papel de los reguladores sectoriales en la defensa de la competencia

El papel de las entidades reguladoras de carácter sectorial en lo que respecta a la defensa de la competencia ha sido y sigue siendo débil. A continuación se analiza desde la perspectiva de la competencia, el desempeño de los reguladores en sectores estratégicos.

2.12.1. El Ministerio de Energía y Minas y el mercado de hidrocarburos

El objeto fundamental de la Ley de Comercialización de Hidrocarburos, Decreto 109-97 del Congreso de la República, reside en propiciar el funcionamiento del mercado de petróleo y sus productos derivados en condiciones de libre competencia para beneficio de la economía guatemalteca y los consumidores. Corresponde al Ministerio de Energía y Minas velar por la correcta aplicación de esta Ley, la cual regula las actividades de importación, exportación, refinación, transformación, almacenamiento y transporte de petróleo y sus derivados.

Esta ley tipifica y establece las sanciones para ciertas prácticas anticompetitivas como: cuotas discriminatorias, coacción de precio, concertación de precio y rebaja discriminada. No obstante, la misma no prevé los mecanismos legales para corregir y sancionar las conductas contrarias a la libre competencia en los mercados de su competencia.

Por lo anterior, dicha ley carece de los elementos necesarios para permitir al ente regulador corregir y sancionar los acuerdos horizontales como los cárteles, los acuerdos verticales, las fusiones y concertaciones que impliquen abusos de posición de dominio.

2.12.2. La Comisión Nacional de Energía Eléctrica

La Ley General de Electricidad, Decreto 93-96 del Congreso de la República, vigente desde la segunda mitad del decenio de los noventa, representó otro avance relevante en el proceso de liberalización de la economía guatemalteca. Esta ley norma el desarrollo del conjunto de actividades de generación, transporte, distribución y comercialización de electricidad.

El Ministerio de Energía y Minas es el órgano del Estado responsable de formular y coordinar las políticas públicas del subsector eléctrico, y de aplicar la ley y su reglamento.

La referida ley creó además la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, como órgano técnico de dicho ministerio, entre cuyas atribuciones destacan las de: velar por el cumplimiento de las obligaciones de los adjudicatarios y concesionarios, proteger los derechos de los usuarios, prevenir conductas atentatorias contra la libre competencia, así como prácticas abusivas o discriminatorias, y definir las tarifas de transmisión y distribución de energía eléctrica sujetas a regulación.

2.12.3. Superintendencia de Bancos

En mayo de 2002 entraron en vigencia cuatro leyes que tienen como objetivo central la modernización del sistema financiero de Guatemala, siendo éstas: a) Ley de Bancos y Grupos Financieros; b) Ley Orgánica del Banco de Guatemala; c) Ley Monetaria, y d) Ley de Supervisión Financiera.

De acuerdo con la Ley de Supervisión Financiera, Decreto 18-2002 del Congreso de la República, la Superintendencia de Bancos como ente regulador del sector financiero, debe ejercer vigilancia de las actividades del Banco Central, bancos, sociedades financieras, instituciones de crédito, entidades afianzadoras, de seguros, almacenes generales de depósito, casas de cambio, grupos financieros, empresas controladoras de grupos financieros y las demás entidades que otras leyes dispongan.

Cabe subrayar que de las 23 funciones que le otorga esta ley a la Superintendencia de Bancos, ninguna se relaciona ni directa ni indirectamente a la defensa de la competencia en el sistema financiero del país. Esto se explica por el énfasis puesto en las actividades de inspección y vigilancia de las empresas financieras.

Por otra parte, la Ley de Bancos y Grupos Financieros, regula aspectos relacionados con las fusiones, absorciones y adquisiciones en el sistema financiero, incluyendo los mecanismos e instancias formales para operar estas acciones, así como lo que se refiere a la solvencia y solidez financiera de las empresas para participar en el mercado. Sin embargo, no incorpora normas que prevean la tipificación, corrección y sanción de prácticas de abuso de posición de dominio en los mercados, derivadas de las fusiones y adquisiciones en el sector financiero.

2.12.4. Los tribunales de justicia y la defensa de la competencia

En ausencia de una política de Estado en materia de competencia y una ley orientada a promover y defender la competencia en los mercados de Guatemala, el papel del

Organismo Judicial desde la perspectiva de la competencia, no ha sido relevante. Los casos ventilados en el ámbito jurisdiccional han sido de carácter aislado y casi exclusivamente sobre competencia desleal.

2.13. Evaluación de la situación en los principales sectores económicos

La producción de azúcar es una de las actividades productivas más consolidadas en el país. Guatemala constituye a escala mundial el quinto exportador de azúcar cruda, después de Brasil, Tailandia, Unión Europea, Australia y Cuba, participando con el 3.1% del total de la exportación mundial.

En 2007, el azúcar constituyó el principal producto de exportación del país. A finales de ese año, el ingreso de divisas por concepto de exportaciones de azúcar alcanzó el primer lugar en el total de ingresos de divisas por exportaciones con un monto de 434.5 millones de dólares. Lo anterior representa el 14.4 del valor total del ingreso de divisas por exportaciones del país, superando los ingresos generados por exportación de café y del banano.

Guatemala ocupa, asimismo, el primer lugar de los países del istmo en materia de exportaciones de azúcar, ya que su volumen de azúcar exportado fue equivalente a dos tercios del total correspondiente a la región centroamericana durante ese período.

2.13.1. Las condiciones de competencia de la industria azucarera

La industria azucarera exhibe un alto grado de integración vertical desde el cultivo y procesamiento de la caña de azúcar, hasta la distribución del azúcar. La Asociación de Azucareros de Guatemala, (AZAZGUA), aglutina a los 16 ingenios azucareros existentes en el país y trabaja coordinadamente con las empresas comercializadoras de azúcar, con la compañía Expogranel, encargada de los embarques de exportación de azúcar, y con el Centro de Investigación y Desarrollo de la Industria Azucarera, (CENGICAÑA).

Los estatutos de la AZAZGUA establecen que esta entidad actúa en servicio de sus asociados en la regularización de la distribución del azúcar y subproductos en el territorio nacional, asegurando el consumo y la regularización de los precios. Específicamente los estatutos señalan que son atribuciones de ésta determinar las cuotas de azúcar de sus asociados para el consumo interno, asignaciones para la exportación y la fijación de los precios del azúcar en el territorio nacional.

2.13.2. La industria avícola y su importancia

La industria avícola constituye una de las actividades productivas más importantes y dinámicas del sector agropecuario del país. En 2007, la avicultura contribuyó con el 11.3% del total del valor bruto de producción agropecuaria, superada únicamente por la producción de café y la de azúcar de caña, las cuales aportaron el 22.8% y el 13.8% del valor bruto de la producción del sector, respectivamente. En Centroamérica, Guatemala es

el país que registra la mayor producción avícola, equivalente al 37% de la producción total de la región.

Asimismo, la industria avícola ha registrado en los últimos años un crecimiento promedio superior al 5% anual. Entre los factores que han contribuido a este dinamismo destacan el alto desarrollo tecnológico de la industria, particularmente en el área genética y en los sistemas de alimentación; el manejo sanitario, mediante la aplicación de controles de vacunación, la protección arancelaria para la carne de pollo; la desgravación arancelaria de la importación de granos, insumo básico de la alimentación de las aves, el cual representa entre 50% y el 60% del costo de producción de la carne de pollo, y la alta integración vertical que exhibe esta industria.

2.13.3. Condiciones de competencia de la industria avícola

La industria avícola en el país muestra un alto grado de integración vertical desde la producción de huevos, incubación, producción, distribución e incluso venta al consumidor final en restaurantes de comida rápida. La corporación Multi-Inversiones y el grupo PAF – Pesca, Areca y Frisa- controlan alrededor del 75% de la producción avícola, el 25% restante proviene de un grupo de pequeños productores. Multi-Inversiones es la corporación más importante, la cual opera sus propias granjas avícolas, plantas de producción de alimentos para aves, plantas de procesamiento y de distribución, incluyendo una cadena de restaurantes de comida rápida de pollo (Pollo Campero). Multi-Inversiones constituye el grupo avícola más grande e importante de Centroamérica y se ubica entre las primeras 10 empresas avícolas más grandes de Latinoamérica.

La información disponible muestra que los consumidores locales prefieren el consumo de pollo entero fresco de las empresas avícolas nacionales, con relación al consumo de partes de pollo congeladas, importadas de Estados Unidos. En efecto, entre el 85% y 90% de la compra de productos de carne avícola es de pollo entero fresco, el cual es distribuido en carnicerías de los mercados cantonales y en carnicerías ubicadas en pequeños locales comerciales. Por otra parte, el 10% y 15% restante de partes de pollo congeladas es distribuido en grandes supermercados. Sin embargo, comienza a registrarse un ligero incremento de la preferencia de los consumidores en la compra de partes de pollo congeladas, a raíz de los precios más bajos de venta.

Las importaciones de partes de pollo de Estados Unidos constituyen al día de hoy, una amenaza para la industria avícola local. Si se toma en cuenta las condiciones particulares del mercado de pollo de Estados Unidos, con excedentes de muslos de pollo que se venden en el mercado exterior a precios que, según algunos empresarios son de dumping, -que significa vender por debajo del costo-, podría pensarse que un incremento de las importaciones de partes de pollo en el corto plazo afectaría seriamente la industria avícola del país.

2.13.4. La estructura del mercado de cerveza

El mercado de cerveza es importante para la economía guatemalteca, ya que representa más de 400 millones de dólares al año, equivalente a 1.7% del producto nacional bruto. El tamaño del mercado es 1.7 millones de hectolitros anuales, superior a Costa Rica con 1.3

millones, y Nicaragua con 0.7 millones. Sin embargo, el consumo per capita es uno de los más bajos en la región centroamericana y latinoamericana en su conjunto.

Hasta el año 2002 en el país solo existía una empresa productora y distribuidora de cerveza, con más de un siglo de existencia. A partir de septiembre de 2003, el dominio total del mercado de la cerveza por parte de la empresa cervecera local –Cervecería Centroamericana-, se derrumbó con la entrada al mercado de la Cervecería Río, subsidiaria de la compañía brasileña AMBEV. Adicionalmente, inició operaciones la empresa Nacional Distribuidora de Bebidas del Norte, (DISNORSA), que importa bebidas de El Salvador, y distribuye la cerveza mexicana Tecate.

La Cervecería Río, con la marca de cerveza Brahma, entró al mercado con un precio 30% menor que el de la cerveza Gallo, la marca mejor posicionada en el gusto de los consumidores locales de la Cervecería Centroamericana. En solamente un año y medio ha logrado capturar el 30% del mercado, rompiendo así el control absoluto del mercado mantenido por más de un siglo por la compañía local.

2.13.5. La industria del cemento

El cemento en Guatemala ha sido producido desde 1899 por el monopolio constituido por la empresa Cementos Novela, S. A., la cual se transformó a partir de los años 70 en Cementos Progreso, S. A., totalmente de capital nacional hasta finales de la década de los 90. Esta empresa es la más grande de las 11 cementeras que operan en Centroamérica;

en 1999 su volumen era de tres millones de toneladas, pero su capacidad era mucho mayor, pues operaba con casi 40% de capacidad ociosa.

La industria del cemento y otros concretos a base de cemento es uno de los negocios más rentables en el mundo, especialmente en América Latina, en donde las ventas se duplican cada 10 años, como consecuencia de las altas tasas de crecimiento demográfico de los países que integran la región.

Estudios recientes revelan que, los tres gigantes de la industria de cemento en los mercados mundiales, Lafarge, Holcim y CEMEX, tienen en conjunto una gran presencia en Centroamérica, en un contexto de fuerte competencia que esas tres multinacionales han ejercido para consolidarse en los mercados de la región. Así, el grupo Holcim se ha propuesto adquirir en el año 2009 entre el 79% y el 100% del capital accionario de la empresa CESSA de El Salvador, como parte de su estrategia de crecimiento a corto plazo.

Finalmente, debe subrayarse que la creciente presencia de empresas multinacionales en industrias y servicios estratégicos de las economías de la región, no siempre ha implicado competencia en precios, lo que se constata en el caso del cemento en Centroamérica. Al respecto, luego de las privatizaciones y del desmantelamiento de los controles de precios en la región, ocurrido hacia finales de los años 80, el precio del cemento y de otros materiales de construcción como el concreto, tendió a elevarse a partir de la década de 1990, pese a que la fuerte presencia de los tres grandes gigantes de la industria del cemento a escala mundial.

2.15. ¿Qué proyecta el análisis de la situación de competencia de los sectores?

A pesar de que el análisis sectorial presentado se encuentra lejos de ser un estudio completo de la estructura de los mercados analizados, si alcanza a presentar un esbozo de la problemática general que presentan los sectores desde el punto de vista de la competencia.

Lo que más destaca es que la integración vertical y los acuerdos horizontales aparecen en todos los sectores analizados. Se hace necesario estudiar a fondo cada sector para identificar con mayor precisión las prácticas anticompetitivas que surgen de la integración vertical y la colusión para poder evaluar su impacto sobre la economía del país.

En relación con los casos de competencia desleal llevados por los tribunales civiles y mercantiles, que son los que los conocen, resulta que son archivados sin clasificación temática, por lo que es sumamente difícil acceder a ellos y saber cuántos se han presentado ante dichos tribunales.

CAPÍTULO III

3. Conflictos sobre competencia económica en Guatemala

El presente capítulo hace una exposición sobre las principales conductas de agentes económicos que producen daños a la actividad concurrencial, objeto de una ley sobre competencia económica.

La mayoría de leyes de este tipo, establecen el conjunto de prácticas prohibidas a partir del momento de su vigencia. Entre ellas, están todos aquellos actos, prácticas, conductas, arreglos, convenios o contratos que se suscriben dentro de los acuerdos verticales y abuso de posición de dominio.

3.1. Restricciones verticales

La producción de un bien tiene lugar en diferentes etapas que se acostumbra describir como niveles verticalmente relacionados. Cuando los mismos agentes económicos operan en más de una sola etapa de producción se les considera verticalmente integrados.

Cuando diferentes agentes económicos operan en cada uno de dichos niveles, se entenderá que tienen tratos verticales los unos con los otros. En la realidad, con frecuencia los agentes económicos se encuentran con que es más conveniente realizar actividades que exceden su capacidad principal. Por ejemplo, un despacho de abogados puede considerar conveniente tener una máquina de fotocopiado, en lugar de tener que contratar

por fuera dicho servicio, o un periódico puede concluir que la entrega a domicilio del mismo es un buen complemento de producto en lugar de simplemente venderlo en esquinas de calle.

En forma contraria, una empresa puede justificar contratar por fuera ciertas actividades, pero establecer ciertas condiciones o restricciones a las compañías con las que se relaciona, con la finalidad de aproximar el resultado que de otra manera ocurriría de haberse integrado verticalmente. Dicho en términos simples, una empresa localizada hacia arriba de la cadena productiva puede utilizar restricciones verticales en lugar de integrarse verticalmente, por la sencilla razón de que su negocio consiste en la producción de un bien determinado y no en la distribución del mismo.

A su vez, los costos de establecer una red de distribución que logre las características particulares del producto en cuestión, puede no justificar la inversión. Por consiguiente, el contratar por fuera dicho servicio, a otras empresas que están dedicadas exclusivamente a la distribución de productos múltiples, es una manera astuta de realizar el servicio deseado, ya que el capital de los distribuidores se utilizará para alcanzar los objetivos de distribución del bien del productor.

3.1.1. Exclusividad territorial

A un distribuidor individual se le asignará una región geográfica donde tenga la exclusividad de dicho producto. Al hacer esto, su competencia será reducida, lo cual puede ser esencial para extraer los beneficios de sus esfuerzos promocionales.

3.1.2. Limitación al número de distribuidores

Esta limitante tendrá un efecto similar al de territorio exclusivo. La competencia de precios será reducida y más de la mitad de la ganancia de los esfuerzos de ventas beneficiarán al distribuidor que conlleve los mismos.

3.1.3. Precios de reventa

Un productor puede establecer un precio mínimo al que puede ser vendido su producto a nivel de distribución. Esta práctica generará el incentivo a los distribuidores para competir por clientes en otras dimensiones, distintas a precio, como lo son esfuerzos de ventas. Este esquema canaliza la competencia entre distribuidores hacia los esfuerzos de venta y evitará las reducciones de precios que restan la posibilidad de amortizar los costos.

3.1.4. Ventas atadas

Existirá una venta atada cuando un vendedor se rehúse a vender un producto que el comprador desea, denominado atante, a menos que el comprador también adquiera un segundo, denominado atado, que no es deseado bajo las condiciones ofrecidas o que se comprometa a no adquirir el bien atado de cualquier otro proveedor.

3.1.5. Exclusividad

No obstante, que la exclusividad es por su naturaleza una restricción vertical, en la medida es que es un acuerdo ente agentes económicos situados en diferentes niveles de la cadena productiva, las preocupaciones de competencia que involucra son predominantemente una cuestión horizontal, ya que las cuestiones jurídicas que puede generar son su impacto en rivales del productor. Estos acuerdos pueden ser divididos en diversos tipos, de acuerdo a la siguiente clasificación:

a) Exclusividad de suministro

Mediante este tipo de contratos celebrados entre un productor y un comprador, el adquiriente se compromete a no obtener los bienes en cuestión de cualquier otro oferente, o a requerir que el comprador satisfaga todas sus necesidades de insumos del productor.

b) Contratos de volumen

El contrato de volumen abasto es el espejo de exclusividad de suministro. En el mismo, el vendedor se compromete a vender a una determinada entidad toda su producción del bien contratado, o únicamente a un comprador en un área geográfica específica.

c) Convenios de no-competencia

Son contratos por virtud de los cuales una de las partes se compromete a no realizar una actividad específica en un área determinada. Pueden tomar la forma de cláusulas en contratos o contratos completos, y son frecuentes en contratos de franquicia, *Joint ventures* y contratos en los que se adquieren negociaciones, ya sea mediante la compraventa de acciones o de activos. Como adición a lo anterior, vale la pena comentar la experiencia mexicana con respecto a este tipo de contratos. Se ha sostenido que dichos contratos pueden ser inválidos e inejecutables, en la medida en que pueden interpretarse como contrarios a la libertad de comercio, establecida como garantía individual en el Artículo cinco constitucional.

3.1.6. Peligros al proceso competitivo

Se sostiene que ciertos fenómenos surgen como consecuencia de implementar convenios de exclusividad, los cuales son a priori beneficiosos, pero si se analizan a largo plazo, se determina que son los consumidores finales los más perjudicados. Las consecuencias de convenios de exclusividad eventualmente pueden ser las siguientes:

a) Cierre de acceso a mercados

Los convenios de exclusividad son frecuentemente condenados con base en que reducen la competencia hacia arriba de la cadena productiva, lo cual resulta en reducción de abasto y precios más altos mediante la limitación de acceso a rivales ubicados un escaño

atrás de la cadena productiva, y a su vez, ello puede evitar que rivales tengan acceso a fuentes de proveedores.

Presumiblemente, la consecuencia de un convenio de exclusividad sea que un cliente que adquiere de una tienda restringida, encontrará menos variedad de productos a precios más altos.

b) Incremento de los costos de rivales

Éstas restricciones pueden buscar incrementar los costos de rivales, por ejemplo, pueden negarle el acceso a un competidor a tecnología que reduzca costos o el acceso a materia prima en un territorio determinado, forzando a rivales a adquirirlo de otros proveedores más distantes, lo cual incrementa los costos de transporte.

A su vez, una empresa dominante que se enfrenta a una empresa competitiva puede utilizar el mecanismo de exclusividad con la finalidad de incrementar los costos, y por ende los precios, de las empresas residuales, lo cual establecerá un paraguas debajo del cual la empresa dominante puede incrementar sus propios precios. En ausencia de dicho paraguas, el incremento de precios resultaría necesariamente en pérdidas de ventas a favor de las empresas residuales.

3.1.7. Discriminación de precios

No obstante lo antes analizado, que las empresas en un mercado competitivo no tienen opción más que vender a un precio competitivo, la mayoría de empresas en un mercado que dista de ser competitivo tienen cierta discrecionalidad para establecer sus políticas de precios. Pueden establecer precios distintos para los mismos productos o un precio que varíe dependiendo de cuantas unidades sean adquiridas. Lo anterior con la intención de aumentar ganancias, lo cual se ha denominado precios no lineales.

3.1.8. Requisitos de la discriminación de precios

Para establecer un esquema de discriminación de precios, es necesario que el vendedor deba tener algo de poder de mercado, que le permita diferenciar entre grupos de clientes y cobrar un precio competitivo, costo marginal, de algunos y uno supra-competitivo de otros; ello necesariamente implica que existe cierto poder de mercado.

En ausencia de dicho requisito, cobrar a un consumidor más que el precio competitivo será infructuoso ya que una empresa perfectamente competitiva no puede segregar en forma que genere ganancias. Podría hacerlo por motivos de mercadeo o altruistas por citar algunos ejemplos, pero significaría sacrificar ganancias al hacerlo.

3.1.9. Precios predatorios

La doctrina reconoce a los precios predatorios como un caso de abuso de posición de dominio en el mercado. Consiste en el supuesto de que una empresa, con posición de dominio en el mercado, reduce sus precios por debajo de sus niveles de costo con la intención de generar pérdidas en su competidor y así sacarlo del mercado.

Es decir, el propio uso de la palabra predación evoca una conducta intencional o al menos consciente de sus consecuencias, que supuestamente refleja una estrategia dirigida a excluir a un competidor o a un grupo de competidores del mercado, o a desincentivarlos a entrar al mismo, usando precios que los forzarán a pérdidas para poder competir o llevarlos a suspender actitudes competitivas. Nótese sin embargo, que estas prácticas generan, al menos en el corto plazo, beneficios para los consumidores, que pagan por los bienes y servicios precios menores. La preocupación surge porque en el largo plazo la eliminación de competidores podría llevarlo a pagar precios monopólicos derivados de la existencia de menos competidores, o por lo menos, competidores disciplinados por la práctica del predador.

La predación puede ser considerada sancionable en el caso de que sea llevada a cabo por empresas que gozan de una posición de dominio en el mercado. Las razones de tal requerimiento son obvias. Una empresa que decide realizar prácticas predatorias en contra de otra sufrirá pérdidas causadas precisamente por los costos de financiar la predación.

En el caso que la empresa no goce de posición de dominio en el mercado, carecería de alguna ventaja que marcara la diferencia con una simple competencia por precios. Incluso si se demostrara que una empresa está vendiendo sus productos a pérdida, su actitud no puede ser sancionada por este mero hecho, pues puede tratarse de estrategias válidas y aceptables para introducir o ganar una mayor penetración del bien que produce en el mercado.

Cualquier teoría seria de lo que es predación debe partir de la constatación de que la empresa predadora va a incurrir en pérdidas durante el desarrollo de su práctica, pero que están en la capacidad de hacer un cálculo racional que considere las pérdidas como inversión en búsqueda de ganancias monopólicas futuras. Para ello, las ganancias futuras esperadas deben superar las pérdidas actuales. Así, uno de los elementos económicos que debe necesariamente definirse es si la empresa que desarrolla la práctica, no solo pueda agotar y derrotar la resistencia de sus rivales a un elevado costo de la guerra de precios, sino además pueda generar ganancias rápidas y de manera efectiva que puedan superar las pérdidas sufridas durante el desarrollo de la operación.

En un mercado abierto, y con costos de acceso bajos, es sumamente improbable que una práctica de predación pueda funcionar. Los costos de preda probablemente superarán las ganancias monopólicas que puedan obtener. De manera tal que una empresa puede soportar pérdidas por meses o hasta años, en su intento por eliminar un competidor. Pero si tiene éxito en su estrategia, nada le garantiza que en un período substancialmente más corto nuevas empresas entren al mercado y controlen su capacidad de cobrar un precio monopolístico. Y ello se hace aún más difícil de entender si se considera que,

precisamente, la elevación de precios luego de la victoria, genera de inmediato incentivos para la entrada de nuevos competidores. Bajo tal perspectiva, los costos de la predación parecen prohibitivos y las posibilidades de fracaso son significativas y las de éxito remotas.

A estas condiciones se añaden otros elementos que dificultan la predación: La facilidad de salida es simétrica con la facilidad de entrada. Cuanto más fácil sea sacar a una empresa del mercado, será más fácil que una nueva entre al mismo. Por su parte, cuanto más difícil sea sacarla del mercado, más difícil será que una nueva entre al mismo. Esta relación hace de la predación normalmente un muy mal negocio. Ello por la existencia de costos hundidos. La existencia de costos hundidos altos, es decir costos de inversión que no pueden ser recuperados si el proyecto fracasa, son una barrera de entrada porque el potencial entrante pone en riesgo su inversión si es que no tiene éxito.

Si el proyecto es por ejemplo, construir una central hidroeléctrica y si luego de entrado el proyecto fracasa por la estrategia predatoria de un rival, el inversionista no puede retirar las inmensas obras civiles en que invirtió (que son un costo hundido), y perderá todo su dinero. Pero a la vez, si ya hizo la inversión, estará dispuesto a soportar pérdidas por mucho más tiempo porque sabe que si sale pierde todo. Así si los costos de entrada son altos, los costos de sacarlo también son altos. Ello quiere decir que en los casos en que se cumple que habrán barreras económicas de entrada, son justamente los casos en los que el predador sufrirá mayores pérdidas para tener éxito. Ello hace poco probable la predación.

Pero si el mercado implica para entrar costos hundidos bajos, por ejemplo poner un pequeño puesto de ventas de golosinas en un parque, entonces el predador tendrá pocas posibilidades de frenar la entrada posterior. Es cierto que podrá sacar más rápidamente a su competidor que puede llevarse su puesto y la mercadería a otro lado sin perder mucho y dejar al monopolista solo en el mercado. Pero si tiene éxito, estar sólo no le durará mucho, pues apenas suba los precios entrarán otros competidores. Bajo tales condiciones es difícil que se cumplan las condiciones para que la predación funcione.

A estos factores debemos añadir que mientras las pérdidas son reales, actuales y tangibles, las ganancias de la operación son potenciales, futuras e inciertas. A la incertidumbre, y los costos de riesgo a ella asociados, debe añadirse que el predador deberá de descontar a sus ganancias futuras la tasa de interés, pues está financiando con ganancias actuales eventuales ingresos extraordinarios futuros y quizá lejanos.

Un tercer requisito es que la posibilidad de afectar a la empresa víctima de la práctica permita obtener efectos en relativamente corto tiempo. Lo anterior implica que el mercado en cuestión permita un fácil desplazamiento de la demanda como consecuencia de la variación de los precios, pues es más difícil en mercados donde la fidelidad a la marca o la calidad del servicio tiene un peso específico importante. Por ello, debe ser considerada sospechosa una alegación de que existen prácticas predatorias por períodos relativamente largos de tiempo.

3.2. Abuso de posición de dominio en las normas de libre competencia

La temática del abuso de posición de dominio ha sido quizá una de las áreas de las políticas de competencia en las que se ha tejido más mitos. Así se ha asumido que muchas veces las empresas que tienen posición de dominio en el mercado están en capacidad de desarrollar prácticas ilícitas dirigidas a impedir la entrada de nuevos competidores o a sacarlos del mercado mediante distintas estrategias, como negativas a contratar, precios por debajo de los costos o discriminación de precios, entre otras prácticas similares.

Las empresas buscan siempre incrementar su porcentaje de participación en el mercado. Pero ese deseo lleva implícito el de reducir las participaciones de sus competidores o incluso sacarlos del mercado. Y lleva también implícito el de no perder participación, lo que incluye frenar el crecimiento de los competidores o evitar su entrada al mercado.

Se trata, sin embargo de una línea difícil de trazar, y cuyo trazo tiene consecuencias evidentes en la conducta de las empresas y en los incentivos para promover la eficiencia productiva.

Es finalmente, ese deseo de ampliar la participación del mercado lo que promueve la competencia. El afán de crecer y eventualmente de alcanzar un casi siempre inalcanzable monopolio, es el combustible del desarrollo económico. Y es que un porcentaje de participación de mercado implica rentabilidad, y monopolio implica rentabilidad monopólica.

Pero si empresas que por tener una participación importante en el mercado, ven limitada su conducta y esas limitaciones afectan precisamente la rentabilidad, entonces los incentivos para crecer se reducen, y con ello los incentivos para ser más eficientes.

Como se ha visto en las legislaciones antimonopolio de otros países, dichas legislaciones son víctimas de una paradoja difícil de solucionar: persiguen una mayor competencia pero para lograrlo reducen o limitan los medios que muchas veces las propias empresas usan para competir.

3.2.1. Posición de dominio en el mercado

Un primer punto importante es que, siguiendo la tendencia moderna, aceptada casi universalmente, no se considera como infracción la situación dominante en si misma, sino el abuso que se haga de ella. Se renuncia así a establecer la razonabilidad del monopolio; es decir, a determinar si estamos ante un monopolio bueno o un monopolio malo. Se acepta el monopolio, y en general la concentración de poder económico como un hecho que puede ser producto del propio sistema de competencia. De manera tal que únicamente se prohíbe el abuso de esa posición. Una empresa de ciertas dimensiones, con una inversión grande de capital y con una participación importante en el mercado, puede tener una serie de ventajas para competir con otras empresas que no gozan de tal posición. Mientras el abuso de posición sea utilizado para generar eficiencia y con ello un mayor bienestar en los consumidores, dicho abuso no debería ser cuestionado.

La posición de dominio en el mercado se da cuando no existen suficientes oferentes y/o demandantes en un mercado como para evitar que alguno o algunos puedan determinar o influir de manera sustantiva el precio y las condiciones ofrecidas en el mercado.

En un mercado competitivo, todos son tomadores de precios y de condiciones. Esto quiere decir que asumen el precio y las condiciones como dadas, y quien los dicta es el mercado a través de un conjunto indeterminado de decisiones atomizadas. Sin embargo, cuando el número de oferentes o demandantes no es suficiente para que esto se cumpla, uno o unos pocos tienen la facultad de fijar un precio y las condiciones de manera distinta de aquellos que el mercado arrojaría en libre competencia.

El desarrollo tecnológico es otro factor que tiende a la formación de los monopolios naturales, sea porque la empresa tiene un monopolio legal para la fabricación de ciertos productos, a través de la protección de la propiedad intelectual, principalmente patentes, o porque ha alcanzado mejoras tecnológicas que le permiten una reducción substancial de los costos de producción o una captura mayor de las preferencias de los consumidores, que le permite a su vez, eliminar a través de la propia competencia a sus competidores.

Finalmente, se recogen las limitaciones a fuentes de suministro, que viene siendo monopolios de recursos naturales, distribución o financiamiento; es decir, a situaciones donde los recursos muestran una falta de flexibilidad que permita la aparición de competidores. Entonces debe reiterarse, sin embargo, que las normas protectoras de la competencia no critican ni sancionan tal situación en sí misma, ni emite un juicio de valor

sobre la presencia de estas barreras de entrada al mercado, sino sólo nos dicen que ellas existen.

Por tanto, una empresa no puede ser sancionada por tener un monopolio natural o por gozar de mayor tecnología o un acceso especial a recursos. Lo que se sanciona es el mal uso del poder que tales situaciones podrían estar dando a la empresa, pero debe notarse, que la diferencia entre calificar un uso como bueno o como malo, deriva de un cambio en el sistema de incentivos para el desarrollo de prácticas eficientes y adecuadas frente a supuestas prácticas que afectan la competencia.

En todo caso, para poder establecer la existencia de una posición de dominio, es necesario definir lo que se conoce como mercado relevante, es decir, dentro del mercado de qué bienes y servicios, y dentro de qué límites geográficos puede existir y ejercerse dicha posición.

Para determinar la existencia de una posición de dominio en el mercado, deben seguirse dos pasos: a) debe determinarse el mercado relevante, es decir qué bienes y servicios puede considerarse que compiten con el de la empresa cuya posición en el mercado se quiere determinar, y dentro de qué espacio geográfico se da dicha competencia. Esto, porque cuanto más competencia exista, menor será la posibilidad de que se considere que hay una posición de dominio, pero para ello hay que determinar precisamente a qué nivel de competencia está sujeta la empresa; y b) determinar el nivel de concentración en el mercado, es decir, cuál es el poder de mercado real que la empresa tiene en el mercado relevante, una vez determinado éste último.

Una vez establecida la posición de dominio de la empresa en el mercado relevante, el paso siguiente es establecer si se abusó o no de tal posición, analizando tanto los supuestos tipificados expresamente en la ley respectiva, como posibles casos de efectos equivalentes que encajen dentro de las cláusulas establecidas legalmente.

3.3. El abuso de procesos legales como práctica anticompetitiva

Cabe imaginarse un país en el que una empresa fue comprando todas las empresas tabacaleras hasta consolidar el 100% del mercado. Los precios de los cigarrillos suben hasta convertirse en los más caros de Centroamérica. La oportunidad generada para un nuevo entrante es evidente. El monopolio ha hecho que se consuman menos cigarrillos dado que los precios elevados han reducido la cantidad demandada, pero a su vez, las ganancias del monopolio se han incrementado sustancialmente.

Así, el monopolio siembra el incentivo de su propia destrucción. Sus márgenes de ganancia y la restricción del consumo crean incentivos para la entrada de nuevos competidores que ven una oportunidad de negocio. De darse esa entrada, los consumidores verían no solo un aumento de opciones, sino una reducción de precios. En ese contexto una transnacional anuncia su entrada al mercado, los periódicos dan cuenta de la compra de un terreno para la construcción de la nueva planta que en ocho meses comenzará a producir cigarrillos. Los accionistas y funcionarios de la empresa establecida entran en pánico. ¿Quiénes son estos entrantes que se atreven a desafiar su inversión de años en el país? Ven en peligro el dinero fácil, aquel que llega cuando el precio no está controlado por la competencia, así, el monopolio está en peligro.

De inmediato comienzan a diseñar estrategias comerciales nuevas, algunas de ellas son legítimas como reducir costos o mejorar la calidad, mejorar los canales de distribución o posicionar mejor sus marcas. Otras no son tan santas, como incrementar los costos del entrante con cláusulas de atadura, discriminación de precios, negativas a contratar con quien distribuya los cigarrillos de la competencia, y otros similares.

Pero todas, las buenas y malas, tienen sus problemas, pues cuestan dinero, reducen márgenes y, sobre todo, no garantizarán que la nueva empresa no entrará. Finalmente, se puede haber publicidad y desarrollar sus canales de distribución, destronarán al monopolio.

El abogado evalúa la situación y llega a la conclusión que hay mucho pan por rebanar. Les ofrece iniciar tantos procedimientos legales que va a volver loco al entrante. Si la estrategia es tan exitosa que lo espanta, cobrará un jugoso honorario de éxito, pero incluso, si no lo lograra, podrá cobrar un bono por cada mes que consiga retrasar la entrada del intruso. Finalmente, con los márgenes que se están ganando, cada mes de retraso es mucho dinero.

Mientras tanto, el entrante ni se imagina lo que le espera. Un buen día, días previos al inicio de las obras, el vecino de la esquina, que aparentemente no tiene nada que ver con el monopolio, invade una parte del terreno reclamando que siempre fue poseedor del mismo. Cuando en un acto de defensa posesoria lo retiran del inmueble, interpone un interdicto.

Cuando se creía que ello no era más que un incidente aislado, nuevas invasiones comienzan a caer por doquier. De forma tal que, todo el vecindario parece reclamar la posesión de lo que hasta hace unos días era un pacífico inmueble vacío, pero las cosas no quedan allí. Otro grupo de vecinos interponen acciones legales en defensa del medio ambiente, y hasta una ONG misteriosa, constituida oscuramente unos días antes, decide debutar en la protección al medio ambiente con una nueva acción en contra de la nueva empresa tabacalera.

Mientras tanto unos estudiantes de derecho, que viven al otro lado de la ciudad, con notas paupérrimas y que nunca llevaron un curso de derecho ambiental, se suman con nuevas acciones judiciales que, en defensa del medio ambiente, cuestionan la instalación de la nueva planta.

En paralelo se presentan solicitudes pidiendo la nulidad del cambio de zonificación del terreno, ocurrido hace años, y que permitía su uso industrial. Ante la negativa de las autoridades municipales de hacerles caso, los solicitantes denuncian penalmente a cuanto funcionario se les cruza, e incluyen a los funcionarios de la empresa entrante. A estos hechos se suman interminables acciones de todo origen: obstáculos legales a la licencia de construcción, a la licencia de funcionamiento, patente de comercio y demás licencias, nuevas acciones penales por usurpación, medidas cautelares suspendiendo los procedimientos de licencias.

La empresa entrante, que esperaba dedicar los primeros meses a planear su producción y entrada al mercado, se encuentra envuelta de pronto en más de 25 procesos legales de

los más diversos calibres, con piedras disparadas desde diversos ángulos. Las reuniones con abogados se convierten en el pan de cada día y entre las distracciones, los costos involucrados y, sobre todo, los obstáculos que las acciones generan, no hay tiempo para pensar en cómo competir.

Durante los procesos legales se descubren coincidencias asombrosas. Los textos de muchas de las demandas son idénticos, a pesar de ser presentados por personas diferentes que, en muchos casos supuestamente no se conocen. Los cruces de nombres de abogados son evidentes. Las pruebas luego encontrarían el vínculo con la tabacalera monopólica y su ya ahora afamado abogado.

Pero la vida no deja de dar sorpresas, pues un buen día el encargado de marcas del entrante se encuentra con publicaciones en el Diario Oficial en las que sus marcas, o unas muy similares a las de sus productos, aparecen solicitadas por la empresa monopólica, con la evidente intención de bloquear su entrada. En el colmo de la audacia, solicitan la inscripción de la forma de la cajetilla de cigarrillos, la común, la se puede tener en el bolsillo, con el argumento que es una forma que ellos crearon y que han posicionado en el mercado.

Mientras tanto, a pesar que la empresa entrante tiene éxito en la mayoría de las acciones que enfrenta, principalmente porque éstas carecen de fundamentos o se tratan de despropósitos absolutos, el desgaste y el retraso se hacen notorios.

3.4. El uso de procedimientos gubernamentales como práctica anticompetitiva

Una de las formas más efectivas y perniciosas de crear o mantener una posición de dominio en el mercado, es a través de la utilización del propio Estado, es decir, mediante la manipulación de procesos a cargo de autoridades judiciales o administrativas. En efecto, un mecanismo eficaz para lograr la exclusión de los competidores del mercado o, simplemente, para retardar su ingreso es la utilización indebida de los procedimientos administrativos y/o judiciales.

Como una técnica de prelación o exclusión, el litigio fraudulento es un mecanismo deliberadamente usado para incrementar los costos de acceso al mercado de un potencial entrante. Los gastos en complicados litigios pueden desincentivar el acceso al mercado de algunas empresas o simplemente retrasar su entrada al mercado, enviando además un mensaje a potenciales entrantes de las consecuencias de un intento por participar en el mismo mercado. En cualquiera de los casos, la empresa establecida logra, a través de su estrategia, distorsionar el desarrollo de la competencia en el mercado.

Del mismo modo, el ejercicio fraudulento del derecho de petición ante alguna instancia del gobierno para el establecimiento de determinada regulación, con el deliberado propósito de establecer barreras que limiten el acceso al mercado de otras empresas o que limiten la capacidad de operación de algunas de las empresas, lo cual constituye una estrategia predatoria o exclusoria.

Así, el asunto se agrava si se tiene en cuenta que mientras el entrante pelea para obtener ganancias competitivas, derivadas del precio resultante de su entrada, el monopolista pelea para defender su ganancia monopolística, la que es evidentemente superior a la que obtendrá el entrante de tener éxito en su objetivo. Mientras uno pelea por competir, el otro pelea para mantener su monopolio. El premio para el éxito de esta batalla legal no es el mismo, no es simétrico. Por tanto, el monopolista está dispuesto a gastar muchos más recursos en su objetivo de impedir o retrasar la competencia. Incluso no importa el nivel de recursos disponibles para cada una de las partes. Lo que alguien está dispuesto a invertir en un negocio está en relación al cálculo de sus flujos futuros en dicho negocio. El entrante tendrá flujos derivados de un margen competitivo, mientras el monopolista invierte por flujos derivados de un margen monopolístico, y por ello está dispuesto a invertir más.

3.5. Los límites del derecho de acción y petición

Si bien es cierto que una empresa puede legítimamente tratar de influir a los organismos públicos o a los jueces para que adopten decisiones que le beneficien directamente –a través de una petición que busca la adopción o modificación de una regulación determinada, o mediante una denuncia o demanda que busca la aplicación de un dispositivo determinado-, cuando dicha conducta carece de fundamento legal o no resulta razonable y tiene el deliberado propósito de distorsionar la competencia, por ejemplo, retrasando o encareciendo el costo de acceso al mercado de otros competidores, dicha conducta constituye una práctica predatoria.

Por lo abordado con anterioridad, se puede establecer que si bien es cierto que en una sociedad democrática existe el derecho de cualquier ciudadano de formular peticiones a las autoridades con el objeto de obtener o alcanzar algún beneficio con las respectivas resoluciones que ellos emiten, de ello no se deriva el derecho de los ciudadanos o agentes económicos de formular peticiones cuyo único propósito sea el perjudicar a su competencia. Claramente ello, constituiría un abuso del derecho constitucional de petición, que indica que todas las solicitudes que se presentan ante las distintas dependencias del Estado deben ser tramitadas y resueltas, pues significa activar recursos y tiempo que no van a producir bienestar alguno.

Dicho de otra manera, la utilización de los procedimientos gubernamentales con propósitos anticompetitivos no se encuentra cubierta con la inmunidad que se deriva del ejercicio regular de dicha garantía. Sostener lo contrario implicaría no sólo desnaturalizar el derecho de petición mismo, sino además implicaría el otorgamiento de una protección indebida a conductas cuyo desarrollo debería ser desincentivada.

CAPÍTULO IV

4. Soluciones para la situación actual de Guatemala

En este capítulo final, se hará un análisis de las posibles soluciones para el caso particular de Guatemala, las cuales son responsabilidad de todos los sectores involucrados, tanto públicos como privados, e incluso de la población en general, ya que la funcionabilidad de toda la estructura comercial y competitiva es para beneficio de todos los actores; es decir, desde el comerciante que tiene un puesto de golosinas en una esquina y sus ocasionales clientes, hasta la más grande corporación transnacional y toda su red de producción, distribución y clientes finales.

El sistema de precios, es la base fundamental por la cual todos obtenemos información acerca de la escasez o abundancia de los bienes que necesitamos, y su distorsión y manipulación malintencionada tiene efectos nocivos para la economía en general, ya que de esta forma proporciona información equivocada acerca de cuáles y cuántos bienes y servicios producir, y de todo esto resulta un desequilibrio muy difícil de resolver, ya que para hacerlo se necesita información que se encuentra muy dispersa entre todos los agentes económicos.

No obstante ello, y aunque el panorama pueda parecer desalentador, existen ciertas acciones básicas que de ser implementadas, podrían catapultar a Guatemala dentro de los grupos de países con sistemas económicos eficientes, lo que puede traducirse en más y

mayores inversiones que nos benefician a todos, en fuentes de empleos y generación de riqueza.

El papel del Estado es fundamental, a través del Ministerio de Economía, institución responsable de encaminar políticas de competencia adecuadas, y el Organismo Legislativo, a través de la promulgación de leyes que se adecuen a la situación y cultura nacional, y que provean verdaderas herramientas para un mercado de bienes y servicios con reglas claras. Asimismo, las universidades juegan un rol fundamental a través de sus facultades de derecho y economía, pues forman a los profesionales quienes son los primeros llamados a entender cómo progresa la humanidad, cuando nadie les impide a las personas disponer libre y pacíficamente de sus legítimas posesiones.

4.1. Los fines de la legislación de promoción de la libre competencia

Actualmente, se han descartado aquellas interpretaciones que sugieren que el objeto de legislación sobre promoción de la competencia era proteger a las pequeñas empresas, garantizándoles o al menos apoyando su subsistencia ante el riesgo de que se consoliden grandes conglomerados económicos que concentrarán un excesivo poder comercial.

Las autoridades de competencia actuales, consideran que el objetivo real es el bienestar del consumidor a través de la eficiencia económica. Así, el monopolio resulta siendo la manera más adecuada de producir dadas las condiciones de mercado, por lo que no debe ser una preocupación de las autoridades de competencia que tales monopolios existan, sin

perjuicio del monitoreo que corresponderá para evitar casos de abuso de posición de dominio.

Así, es mejor hablar de una ley pro competencia que de una ley anti-monopolios, pues lo importante es reforzar la soberanía del consumidor, y ello no necesariamente requiere preservar numerosas empresas pequeñas en el mercado. Por ello, las concentraciones de poder económico en el mercado son legítimas en cuanto respondan a la habilidad de las empresas para ganarse las preferencias de las personas.

Una práctica no es ilegal porque conduzca a la salida de un competidor del mercado, porque en el fondo es precisamente una de las consecuencias naturales y que pueden esperarse de una atmosfera competitiva. La ilegalidad se encontrará en realidad en que la práctica esté reduciendo la posibilidad de otra empresa de ganar legítimamente y en función de su propia capacidad, las preferencias de los consumidores.

4.2. Prohibición de monopolio versus prohibición de prácticas

La legislación de libre competencia fue denominada en sus orígenes, y aún conserva el apodo, de legislación antimonopolios. Es importante notar dos elementos de esta terminología. La primera es que denota una posición antagónica contra la existencia de los monopolios en si mismos, así, según esta terminología la legislación combate al monopolio.

El segundo aspecto relevante es que el término anti monopolio es una mala traducción del inglés. Como es ya sabido, a esta legislación se le conoce en el sistema anglosajón como el derecho *antitrust*. Pero *antitrust* no quiere decir antimonopolios, la palabra alude a acuerdos entre empresas y denota que con la promulgación de la *Sherman Act* en los Estados Unidos de América, a finales del siglo XIX lo que estaba en la mente de quienes bautizaron esta rama del derecho, eran principalmente los acuerdos o carteles dirigidos a subir precios o limitar la competencia. Si bien, la norma también hacía referencia a prácticas de monopolización y abuso de poder de mercado, quienes bautizaron la nueva rama pensaron antes en los acuerdos anticompetitivos, principalmente aquellos en los que un grupo de competidores se ponen de acuerdo para fijar precios, o para distribuirse mercados y así restringir la competencia entre ellos.

La palabra antimonopolios con la cual llega a la legislación, además de una mala traducción, denota que el problema es combatir el monopolio en si mismo, y no la práctica que restringe o afecta la competencia. Esto ha contribuido por años a pensar que el problema era el monopolio y no las prácticas que distorsionan la competencia.

La evolución poco a poco ha demostrado los inconvenientes de considerar al monopolio como el enemigo, para que la legislación, y sobre todo los encargados de aplicarla fueran comprendiendo que su rol, antes que destruir monopolios, es promover la competencia. Así, esta rama fue, poco a poco, siendo rebautizada, para llamarse políticas de competencia, legislación de promoción de la competencia, u otras denominaciones similares.

Hoy, casi ninguna legislación –al menos las modernas-, se autodenominan a si mismas como legislación antimonopolio; por lo general, usan un nombre más orientado a la promoción del proceso competitivo. Ello implica, no solo un cambio de nombre, sino de perspectiva, pues la labor de la legislación debe ser antes que destructiva, constructiva.

Antes que perseguir un resultado, que no haya monopolios, persigue que se den las condiciones para que la competencia funcione.

4.3. Papel del Organismo Legislativo

Como se ha visto ya, la labor de las legislaciones sobre promoción de la competencia, no debe ser destructiva, sino la de establecer las condiciones adecuadas para que el proceso competitivo entre oferentes de bienes y servicios funcione correctamente. Por ello, es muy importante la labor del Organismo Legislativo; es decir, la de promulgar legislación que se adecue al contexto y condiciones del mercado de Guatemala, y no solo reproducir leyes extranjeras que no fueron creadas para contextos como el nuestro.

Lo anterior, será muy difícil de lograr si en el Organismo Legislativo no se cuenta con Diputados capacitados y conocedores del tema de competencia, el cual es más complejo de lo que a primera vista parece. No sólo es necesario tener conocimiento legal, sino también económico, que es el eje sobre el cual gira todo proceso competitivo. Es necesario entender la lógica del proceso de intercambio de bienes, fundamento de toda sociedad libre que debe promover el derecho de las personas a intercambiar y consumir sin coerción ni privilegios. Así y todo, no resulta obvio para muchos que el motivo de este

proceso resida en la ganancia mutua de los partícipes, quizá porque ciertas verdades no son a primera vista evidentes, y ésta es sin duda una de ellas.

De tal cuenta, la tarea de los legisladores no es tan sencilla como parece, pues tendrán la responsabilidad de aprobar un cuerpo legal que responda a las necesidades de nuestro país y las condiciones de los procesos competitivos. Es bien sabido que algunos muchos o pocos agentes económicos no son precisamente bien intencionados, pues en su afán de lograr un mejor posicionamiento en el mercado y optimizar sus utilidades, se ven en la tentación de incurrir en alguna (o algunas) práctica anticompetitiva.

Por ello, como ocurre en legislaciones más evolucionadas, este tipo de cuerpos legales acarrea un fuerte carácter disuasivo a través de impactantes sanciones económicas para los infractores. De todo esto, es lógico concluir que una legislación adecuada sobre promoción de la competencia, debe requerir como mínimo, que sea adecuada a la actualidad y contexto de los mercados de Guatemala, que no favorezca a ningún sector comercial en detrimento de otro, que no pretenda ser una suerte de herramienta de regulación e intervención de los mercados, y que favorezca y coadyuve con que el proceso competitivo se desarrolle de manera espontánea. Finalmente, además de ello, también es necesario que cuando ocurran prácticas anticompetitivas, provea verdaderas herramientas para resolver los problemas que dichas prácticas ocasionan, o en la medida de lo posible, evitar que sucedan.

4.4. El rol de las universidades del país

Es quizá la labor más importante de todas, y aún más la de la Universidad de San Carlos de Guatemala, que es la que acoge al mayor número de estudiantes, quienes se convertirán en profesionales que ejercerán libremente su profesión, siendo un importante sector de oferta de servicios en el país.

Como consecuencia, sería de mucha irresponsabilidad contar con catedráticos mediocres, que no se preocupen verdaderamente de transmitir conocimientos útiles a los estudiantes, por temor a competir con nuevos profesionales que tienen ideas novedosas. Es necesario tomar acciones inmediatas para modernizar el sistema de educación superior, no sólo en lo que a catedráticos se refiere, que es lo más importante, sino también en infraestructura y tecnología. La tecnología es fundamental para intercambiar información con otras universidades extranjeras, inclusive para intercambio de profesores y catedráticos, lo cual en esta rama del derecho es fundamental.

Sería un aporte de mucha riqueza, el tener la posibilidad de escuchar y recibir experiencia de catedráticos extranjeros, con legislaciones y sistemas económicos más evolucionados, por ejemplo, el caso de Chile que siendo una nación de América Latina, es uno de los países que cuentan con una de las legislaciones de promoción de la competencia más equilibradas.

Uno de los pilares fundamentales de las universidades debe ser la excelencia, entendida ésta como la calidad de ideas, principios y actuaciones de quienes, como profesores o

alumnos, se sitúan habitualmente por encima del simple cumplimiento material y rutinario de su deber, constituyendo ante todo un ejemplo vivo de vida coherente.

4.5. Propuesta para el caso de Guatemala (Ley Tipo de la UNCTAD)

El grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia, en su reunión celebrada del siete al nueve de junio de 1999, acordó que la UNCTAD, continuase publicando, como documento al margen del periodo de sesiones, una versión revisada del comentario a la Ley Tipo de Defensa de la Competencia, teniendo en cuenta las novedades legislativas en la materia.

En consecuencia, el nueve de febrero de 2003, se celebró en Ginebra una reunión especial de un grupo de expertos para revisar la ley tipo. Habida cuenta de las observaciones recibidas por los Estados miembros, presentaron el siguiente documento que contiene los posibles elementos sustantivos de una ley sobre promoción de la competencia:

4.5.1. Objetivos o propósitos de la ley

Controlar o eliminar los convenios o acuerdos restrictivos entre empresas o el abuso de posición de dominio en el mercado, que limiten el acceso a los mercados o restrinjan indebidamente la competencia, y tengan efectos perjudiciales para el comercio nacional, internacional o el desarrollo económico.

4.5.2. Definiciones y ámbito de aplicación

Debe definirse lo que debe entenderse por empresa, posición de dominio en el mercado y mercado relevante, que son conceptos fundamentales en esta rama del derecho. Debe explicarse el ámbito de aplicación respecto de los agentes económicos sujetos a su aplicación; es decir, empresas respecto a todos sus convenios, transacciones o actos relativos al intercambio de bienes y servicios.

4.5.3. Convenios o acuerdos restrictivos

Debe establecerse la prohibición de acuerdos entre empresas competidoras o potencialmente competidoras, independiente de que dichos acuerdos se hayan alcanzado por escrito, o verbalmente. Particularmente acuerdos para fijar precios y otras condiciones de venta tales como (i) licitación colusoria; (ii) reparto de mercados o clientela; (iii) negativa concertada a vender, comprar o suministrar.

4.5.4. Conductas constitutivas de abuso de posición de dominio

Prohibición de los actos o conductas que constituyan abuso de posición dominante en el mercado. Lo anterior significa que una empresa por sí o conjuntamente con otras empresas, se encuentra en condiciones de controlar el mercado relevante de un determinado bien o servicio. Los actos o conductas considerados abusivos son: (i) fijar precios por debajo del costo; (ii) fijar precios discriminatorios; (iii) fijar precios de reventa.

4.5.5. Notificación de las empresas

Cuando se trate de prácticas que no estén prohibidas *per se* y que puedan ser autorizadas, cabría obligar a dichas empresas a que notifiquen al organismo encargado de aplicación de la ley, todos los pormenores de las prácticas previstas. Podría también, establecerse un procedimiento de revisión periódica, sobre acuerdos determinados.

4.5.6. Función de la autoridad de defensa de la competencia

Toda regulación económica y administrativa por parte del Organismo Ejecutivo, Legislativo o de entidades que gozan de delegación gubernamental, especialmente cuando esa regulación se refiera a sectores en que se prestan servicios, debería someterse a un proceso de examen transparente por los organismos de defensa de la competencia, antes de aprobarse. Esto tendría sobre todo que ser así, cuando la regulación limite la independencia y libertad de actuación de los agentes económicos, cree condiciones, bien discriminatorias, bien por el contrario, favorables para la actividad de determinadas empresas públicas o privadas, y dé o pueda dar lugar a una restricción de la competencia o vulnere los intereses de empresas o ciudadanos.

4.5.7. Aspectos posibles de protección del consumidor

En algunos países, la legislación sobre protección del consumidor es independiente de la legislación sobre prácticas comerciales anticompetitivas.

4.5.8. El organismo encargado de aplicación de la ley

Creación del organismo encargado de la aplicación de la ley, composición del mismo, número de miembros y su modo de designación, incluida la autoridad encargada de su nombramiento. Asimismo, debe establecerse las condiciones que deberían reunir las personas nombradas, duración de sus cargos, destitución y nombramiento de todo el personal necesario.

4.5.9. Funciones y facultades del organismo

Dichas funciones o facultades, podrían ser las siguientes: (i) indagar, investigar de oficio o por denuncia; (ii) adoptar las resoluciones correspondientes, incluida la imposición de sanciones o las recomendaciones que sean pertinentes; (iii) efectuar estudios, publicar memorias e informar al público; (iv) elaborar reglamentos; y (v) intercambiar información con otros Estados.

4.5.10. Carácter confidencial

Ofrecer garantías razonables para protegerla información obtenida de las empresas que contenga secretos comerciales legítimos. De manera tal que, proteger la identidad de las personas que proporcionan información a los organismos de defensa de la competencia, y que necesiten conservar el anonimato para defenderse de represalias.

4.5.11. Sanciones y medidas de reparación

La imposición de sanciones cuando proceda, por: (i) infringir la ley; (ii) desobedecer las resoluciones del organismo encargado de aplicación de la ley o de la autoridad judicial competente; (iii) no suministrar los documentos o información requeridos dentro de los plazos señalados. Las sanciones podría consistir en multas proporcionales a la gravedad o ilegalidad manifiesta de las infracciones o de los beneficios ilícitos obtenidos, prisión en casos de infracciones graves, órdenes de cesamiento de las conductas prohibidas o remedios mediante imposición de alguna conducta reparatoria.

4.5.12. Recursos

Posibilidad de interponer recurso de reposición ante el organismo encargado de aplicación de la ley, con procedimientos y plazos de resolución expeditos.

4.5.13. Acción de resarcimiento de daños y perjuicios

Consiste en reconocer a la persona, o al Estado en nombre de esa persona, o a la empresa que sufra una pérdida o un daño a causa de la acción u omisión anticompetitiva, el derecho a obtener el resarcimiento de la pérdida o del daño, mediante el ejercicio de las acciones ante el órgano competente.

CONCLUSIONES

1. Actualmente en Guatemala no existe una política económica global sobre competencia, sino únicamente se han realizado acciones y estrategias aisladas encaminadas a promover y proteger la competencia en los mercados, lo que provoca distorsiones en el sistema de precios relativos, brindando información equivocada sobre qué y cuánto producir.
2. El debate en torno a las políticas y legislación sobre competencia es muy reciente y limitado, a pesar de ello, algunos legisladores y funcionarios públicos han presentado al Congreso de la República, anteproyectos de ley sobre competencia económica en los mercados, los cuales no han contado con el apoyo político necesario para su discusión y aprobación, pues el tema no es prioritario en la agenda del gobierno.
3. Existe en el país legislación dispersa en diferentes cuerpos legales, que se refiere a aspectos propios de legislación de competencia económica, como monopolios, prácticas restrictivas de la competencia y competencia desleal. Sin embargo, no existen instituciones apropiadas y eficientes que velen por el cumplimiento de lo estipulado en las mismas.

4. En Guatemala, no existen instancias adecuadas de cooperación en materia de competencia económica con otros países. Ello, se explica por varios factores, entre los que resalta la sensibilidad política respecto de su soberanía, particularmente para asumir compromisos de carácter multilateral, pues puede ser incompatible con la aplicación de sus políticas industriales.

5. Se hace patente la falta de conocimiento en materia de competencia en la población en general, pero especialmente en el sector de los profesionales y académicos del derecho y economía. Ello, se hace evidente con la ausencia de cursos en los pensum de estudios de dichas facultades en las universidades del país.

RECOMENDACIONES

1. El Ministerio de Economía, debe definir una política de competencia, convocando a todos los sectores implicados, político, empresarial, académico, sociedad civil y profesionales en el ejercicio liberal de su profesión, a través de foros y mesas de diálogo. Ello es necesario para que dicha política de competencia sea consensuada y, por ende, su aplicación genere beneficios para la economía en general, pues en la medida en que esto suceda se generarán menos distorsiones nocivas en el sistema de precios relativos.
2. El Ministerio de Economía debe iniciar e intensificar la discusión sobre políticas de competencia a todo nivel, ya que es importante que el gobierno, sector político, privado y académico, así como la sociedad civil, comiencen una discusión seria con vistas a definir el curso de estas políticas. Principalmente, se debe promover la participación de dichos sectores para discutir un proyecto de ley sobre la materia, para lograr un consenso sectorial y con ello se finalmente aprobar tal proyecto.
3. El Congreso de la República debe promulgar una ley actualizada en materia de competencia económica, con el fin de promover y defender un mercado de libre competencia, siendo la Ley Tipo de la UNCTAD una propuesta que se acopla a la situación de Guatemala. Asimismo, debe crearse a través de dicha ley, la Superintendencia de Promoción de Competencia, como entidad encargada de velar por la aplicación y cumplimiento de la respectiva ley.

4. El Ministerio de Economía, debe crear instancias de cooperación internacional técnica y financiera, para obtener información y apoyo, con miras a fortalecer el rol de la futura Superintendencia de Promoción de la Competencia, y evitar que su actividad se convierta en una herramienta de uso político por parte del Gobierno, asegurando además una aplicación y cumplimiento adecuado de la respectiva ley.

5. Las universidades del país deben incluir dentro de todos sus programas de licenciatura, cursos sobre políticas de competencia y derecho de la competencia, para formar profesionales capaces y conocedores de esta temática importante para el país. Ello, porque tales profesionales serán actores decisivos en el mercado de bienes y servicios, y adoptarán una cultura de defensa de la libre competencia, evitando el uso de prácticas restrictivas que dañen la economía nacional.

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA ROMERO, Miguel. **Teoría general del derecho administrativo**, 10ª Ed.; Estado de México, México: Ed. Porrúa, 1990.

BAYLOS CORROZA, Hermenegildo. **Tratado de derecho industrial, propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal**. Madrid, España: Ed. Civitas, 1978.

BERKOWITZ, Alfonso. **Protección a los consumidores en el derecho español, estudios sobre consumo**. 2ª ed.; Madrid, España: Ed. Tecnos, 1984.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. **Derecho de economía. El análisis económico de las instituciones legales**. 2ª ed.; Lima, Perú: Ed. Palestra, 2006.

CHAPMAN, María Alejandra. **Derecho del consumidor**. 6ª ed.; (s.l.i), Ed. Jurídica Panamericana, 1999.

FERNÁNDEZ GIMERO, José Pascual. **Derecho de consumo**. 2ª ed.; (s.l.i), Valencia, España: Ed. Warner, 1999.

GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián. **Derecho de la competencia y economía**. 4ª ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Palestra, 2008.

GARCÍA SAIS, Fernando. **Derecho de los consumidores a la información. una aproximación a la publicidad engañosa en México.** 7ª ed.; Estado de México, México: Ed. Porrúa-ITAM, 2007.

GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco. **Competencia económica, aspectos jurídicos y económicos.** 3ª ed.; Buenos Aires, Argentina: (s.e.), 2000.

ROMERO, Antonio. **Estudios y perspectivas sobre condiciones generales de competencia en Guatemala.** 1ª ed.; Guatemala, Guatemala: Ed. Porrúa, 2003.

Legislación:

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

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

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

Ley de Protección al Consumidor. Decreto 6-2003 del Congreso de la República de Guatemala, 2003.

Ley de Propiedad Industrial. Decreto 57-2000 del Congreso de la República de Guatemala, 2000.

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

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

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