

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



GUATEMALA, MAYO DE 2011

UNIVERSIDAD SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

LA LIBERTAD DE COMPETENCIA



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala
por

GABRIELA MONROY ALVARADO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, mayo de 2011

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

EL TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL

Primera Fase:

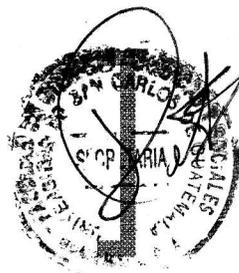
Presidente:	Lic. Oscar Mauricio Villalta González
Vocal:	Licda. Eloisa Mazariegos Herrera
Secretario:	Lic. José Luis De León Melgar

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Héctor René Marroquín Aceituno
Vocal:	Licda. Wendy Karina Tobar Taks
Secretario:	Lic. Marco Tulio Pacheco Galicia

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).

BUFETE PROFESIONAL
Marco Tulio Pacheco Galicia
abogado y notario



Ciudad de Mixco, 15 de febrero de 2011.



Licenciado Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.



Señor Jefe de la Unidad de Tesis;

Con fecha 01 de febrero del año 2011, emitió resolución por la que me designa asesor del trabajo de tesis intitulado originalmente **"MARCO JURÍDICO DEL DERECHO DE LA LIBERTAD DE COMPETENCIA Y LA NECESIDAD DE QUE EN GUATEMALA SE APRUEBE UNA LEY QUE REGULE DICHA MATERIA"**, presentado por la estudiante **GABRIELA MONROY ALVARADO**.

En cumplimiento a ese nombramiento, a usted hago de su conocimiento que la elaboración del trabajo se realizó bajo mi inmediata asesoría y al revisar su contenido, advertí que la inquietud de la estudiante Monroy Alvarado está orientada al vacío que existe en nuestra legislación en cuanto a regular una serie de prácticas que en materia mercantil desarrollan los comerciantes tendientes a obtener mayor provecho de su actividad, en perjuicio de otros comerciantes y finalmente del consumidor.

Inicialmente me incliné por recomendar cambio en la denominación del tema ya que el que fue aprobado resultaba demasiado extenso, recomendación que fue aceptada por la estudiante Monroy Alvarado, sustituyendo el título **"MARCO JURÍDICO DEL DERECHO DE LA LIBERTAD DE COMPETENCIA Y LA NECESIDAD DE QUE EN GUATEMALA SE APRUEBE UNA LEY QUE REGULE DICHA MATERIA"**, por el de **"LA LIBERTAD DE COMPETENCIA"**, sin que ese cambio significara un enfoque distinto del que originalmente concibió la estudiante.

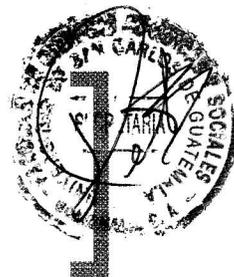
En relación al fondo del trabajo, su contenido tiene un enfoque moderno, en el sentido que si bien las practicas mercantiles que buscan la concentración de la actividad para obtener mayor provecho y que generalmente perjudica al consumidor final no son de

3 calle, 4-95
zona 1
Mixco, Guatemala
movil
40223248

Telefax
24344447

Correo:
macopacheco@hotmail.com

BUFETE PROFESIONAL
Marco Tulio Pacheco Galicia
abogado y notario



ahora, si es novedoso en el contenido que no existe en nuestro medio antecedentes de estudios similares que aborden la problemática y traten de aportar la solución al fenómeno.

De ahí, que la temática desarrollada comprende los aspectos mas importantes; que partiendo de consideraciones generales sobre la competencia mercantil y las prácticas mercantiles que a juicio de la estudiante son un problema que representa la libertad de competencia, pasa por un estudio de la legislación de la República de Guatemala y la de otros países, lo que le permite arribar al convencimiento que en nuestro país hay omisión de la ley en ese sentido, y que se ve reflejado en sus conclusiones y recomendaciones en las que claramente expone la necesidad de que Guatemala cuente con una ley de libertad de competencia en la que se regule las prácticas que buscan la concentración en la producción y distribución de los productos porque esas prácticas, permite a los comerciantes dominantes manejar la oferta y los precios en perjuicio del consumidor y de los mismos comerciantes menos dominantes, ley que además de describir tales prácticas, las prohíba y determine las sanciones para quienes incurran en ellas. Este marco legal que se propone, encuentra fundamento precisamente en la Constitución Política la que prohíbe los monopolios y el uso de ciertas prácticas comerciales que vienen en perjuicio de la población.

Lo anterior, me permite concluir que el contenido de la tesis es producto de un estudio científico y técnico que refleja que en su investigación tanto la metodología como el uso de técnicas de investigación fueron los apropiados y como resultado de ello, la redacción del trabajo es comprensible, las conclusiones y recomendaciones son las adecuadas al contenido y la bibliografía utilizada es la idónea, lo que hace que no tengan ningún inconveniente por lo que APRUEBO EL TRABAJO DE TESIS de la estudiante GABRIELA MONROY ALVARADO.

Sin otro particular, me suscribo del señor Jefe de la Unidad de Tesis, con muestras de mi consideración y estima.

3 calle, 4-95
zona 1
Mixco, Guatemala
movil
40223248

Telefax
24344447

Correo:
macopacheco@hotmail.com

Marco Tulio Pacheco Galicia
Colegiado 3996
ascor

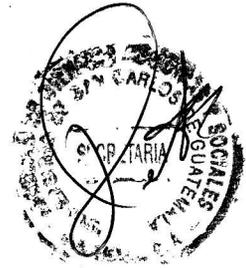
Marco Tulio Pacheco Galicia
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

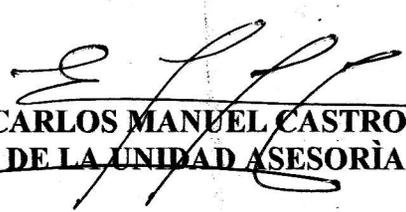
Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS Y SOCIALES. Guatemala, quince de febrero de dos mil once.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A): **ARTEMIO RODULFO TÁNCHEZ MÉRIDA**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante: **GABRIELA MONROY ALVARADO**, Intitulado: **"LA LIBERTAD DE COMPETENCIA"**.

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 las 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 desapruban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estime pertinentes".


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis
CMCM/ brsp.



Licenciado **ARTEMIO RODULFO TÁNCHEZ MÉRIDA**
4ª Calle 1-43 Zona 10, Lomas de San Jacinto
Mixco, Guatemala
Teléfono 24118181



Guatemala, 23 de febrero de 2011

Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Ciudad Universitaria



Licenciado Castro Monroy:

Mediante oficio de fecha quince de febrero de dos mil once, fui designado como revisor del trabajo de tesis realizado por la bachiller **GABRIELA MONROY ALVARADO**, intitulado "LA LIBERTAD DE COMPETENCIA".

De tal forma que procedí a revisar el trabajo presentado, del cual me permito concluir que efectivamente como lo indicó oportunamente su asesor en el dictamen respectivo, el trabajo resulta de suma importancia en el ámbito nacional, ya que en nuestro país se necesita contar con una ley de libertad de competencia en la que se regule las prácticas que buscan la concentración en la producción y distribución de productos y servicios, afectando al consumidor por el dominio que se tiene en los precios, así como en la oferta y demanda del mercado.

Asimismo, me permito manifestar que el trabajo revisado presenta un lenguaje técnico adecuado propio de los profesionales del derecho. Del análisis del trabajo en mención se desprende que la autora sigue una línea de pensamiento bien definida que se manifiesta mediante una construcción teórica coherente que le permite concluir atinadamente en relación al tema. Así, tal como oportunamente lo señaló su asesor, el trabajo presenta un alto contenido científico-jurídico marcado por la idea del constante crecimiento económico en la región centroamericana, y que en Guatemala aún no se cuenta con una ley que regule los preceptos económicos y jurídicos que amparan el derecho de la libre competencia.

De las conclusiones, las mismas me parecen meritorias de discusión en el ámbito jurídico y en relación a las recomendaciones me permito indicar que éstas hacen énfasis que en Guatemala se debe implementar legislación en materia de competencia que contengan las prácticas anticompetitivas que deben eliminarse y prevenirse, dentro del mercado interno de nuestro país.



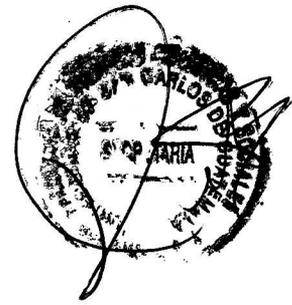
Por estas razones, me permito extender el presente dictamen en sentido favorable, ya que el trabajo revisado reúne todos los requisitos enumerados en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público tanto en cuanto a forma, metodología, redacción, contenido, bibliografía consultada, conclusiones y recomendaciones, por lo que es procedente su aprobación para que continúe el trámite respectivo y sea discutido finalmente por el honorable tribunal examinador en su examen público de tesis.

Deferentemente,

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”

Lic. Artemio Rodolfo Tánchez Mérida
Abogado y Notario
Colegiado 4566

Artemio Rodolfo Tánchez Mérida
ABOGADO Y NOTARIO



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintinueve de marzo del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante GABRIELA MONROY ALVARADO, Titulado LA LIBERTAD DE COMPETENCIA. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh.



DEDICATORIA

- A DIOS: Eres el centro de mi vida, te amo. Gracias por siempre estar conmigo.
- A MI ESPOSO: Marlon Campos, estoy enamorada de ti, eres mi amado y mi mejor amigo. Este triunfo es de los dos.
- A MIS HIJOS: Emilio y Santiago, son el motivo por el que quiero ser mejor, los amo y gracias por darme de su tiempo para poder estudiar.
- A MI MADRE: Silvita Alvarado de Aragón, sos una mujer virtuosa, digna de imitar. Me inspiras mami.
- A MI SUEGRA: Licda. Estelita Gudiel, gracias por motivarme a concluir mis estudios, por su asesoría y apoyo incondicional.
- A MI FAMILIA: Cada uno ocupa una parte especial de mi corazón. Gracias por los momentos agradables que hemos compartido, los amo.
- A MIS JÓVENES FRÁTER: Servir a su lado, es un privilegio. Estudien jóvenes para que juntos construyamos una Guatemala mejor.
- A MIS AMIGOS: Que sería la vida sin ustedes, cada uno ha aportado sabiduría y gozo a mi vida.
- A MI PATRIA: Guatemala. Quiero verte próspera, te serviré siempre. Te quiero.
- A MI CASA DE ESTUDIOS: Universidad San Carlos de Guatemala y Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, en tus aulas obtuve la sabiduría y el conocimiento para este triunfo.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. Las normas sobre libre competencia y libre empresa en Guatemala	
1.1 Disposiciones legales en las que se basa una economía de libre mercado en Guatemala.....	1
CAPÍTULO II	
2. La política de competencia y las prácticas anticompetitivas	
2.1 Política de competencia.....	11
2.2 Las prácticas anticompetitivas.....	12
2.3 Libre competencia.....	21
2.4 Regulación de la competencia.....	23
2.5 La libertad de competencia y sus límites.....	25
2.6 La competencia desleal.....	32
CAPÍTULO III	
3. Funciones y objetivos generales de las normas sobre competencia	
3.1 Las funciones de las normas sobre competencia.....	47
3.2 Los objetivos de las leyes sobre competencia.....	47
3.3 Sistema basado en poder de mercado.....	50
3.4 Los sistemas basados en la posición de dominio.....	51
3.5 La economía de mercado y la política de competencia	52
3.6 La economía de mercado y la intervención pública en la economía.....	53
CAPÍTULO IV	
4. Antecedentes extranjeros de la ley de defensa de la competencia	
4.1 La Legislación anti-monopolio (Antitrust) en Estados Unidos.....	59
4.2 Legislación Francesa sobre la competencia.....	62
4.3 Marco jurídico centroamericano en materia de competencia.....	64
CONCLUSIONES.....	117
RECOMENDACIONES	119
BIBLIOGRAFÍA.....	121

INTRODUCCIÓN

La competencia es el modo natural de manifestarse la libertad económica y la iniciativa del empresario y, en consecuencia, es la base del sistema capitalista. El hombre moderno tiene arraigada en su mente la idea de competencia y la considera un bien adquirido que debe protegerse, por un lado, contra los procedimientos de competencia desleal, y de otro, contra los monopolios y los actos restrictivos de la competencia libre.

Competencia, en general, significa coincidencia o concurrencia en el deseo de conseguir la misma cosa. Cuando el objetivo que se persigue es económico, estamos dentro de la competencia mercantil, la cual puede definirse como la actuación independiente de varias empresas para conseguir cada una de ellas en el mercado, el mayor número de contratos con la misma clientela, ofreciendo los precios, las calidades o las condiciones contractuales más favorables. Los empresarios han de decidir libremente respecto del precio, calidad y condiciones de los productos que ofrecen. Del mismo modo los adquirentes han de tener la libertad de elección respecto a cada uno de los elementos, no cabe competencia libre en el sentido de competencia ilimitada o anárquica, sin más norma que la voluntad de omnímoda de los competidores porque la competencia es un fenómeno jurídico aunque los móviles sean económicos.

El ordenamiento jurídico establece normas relativas a la competencia en un doble sentido. Por una parte, las normas sobre restricciones de la competencia que presuponen la falta de libre competencia y tratan de restaurarla, eliminando obstáculos que las perturban. Por otra parte, las normas sobre competencia ilícita, que

presuponen, por el contrario que la libre competencia existe y tratan de encauzarla por la ética y el derecho.

La competencia desleal también puede llamarse en algunos casos competencia prohibida. Si a ésta le afecta cualquier acontecimiento legal o contractual la competencia será ilícita y las consecuencias de la infracción se desenvolverán en el cauce previsto por la ley ya sea por prohibición de competir o por indemnización por daños y perjuicios ajenos al cumplimiento de algún contrato. Cuando se habla de competencia desleal no se refiere a la resultante de la infracción de una cláusula legal o contractual que limite la concurrencia sino al caso de competencia entre dos empresas que no los tienen.

Debido al constante crecimiento económico en la región centroamericana, surge la inquietud de investigar de qué manera se han desarrollado los preceptos económicos y jurídicos que amparan el derecho a la libre competencia en la misma, haciendo énfasis que en Guatemala aún no cuenta con una ley que la regule.

En la presente investigación se llevó a cabo un estudio de las normas jurídicas que regulan el ejercicio de la competencia de forma individual en cada país que conforma la región centroamericana, así como las normas jurídicas que la regulan a nivel regional.

Los alcances de este trabajo de tesis son establecer cuál es el marco jurídico del derecho de la libertad de competencia y la necesidad de que en Guatemala se apruebe una ley que regule dicha materia.

CAPÍTULO I

1. Las normas sobre libre competencia y libre empresa en Guatemala

1.1 Disposiciones legales en las que se basa una economía de libre mercado en Guatemala

El Derecho de Competencia en las últimas décadas ha cobrado mucha importancia, debido al fenómeno de la globalización, así como los avances en el desarrollo económico de los países latinoamericanos.

Dada la importancia del Derecho de Competencia en la actualidad, se hace necesario el establecimiento de normas jurídicas nacionales y regionales, que regulen el ejercicio de la misma, y que se actualice de igual forma la legislación vigente. En Guatemala, aún no existe un cuerpo legal que lo regule de manera individualizada, por lo que el régimen legal del tema se encuentra contenido en diversos cuerpos legales.

a. Normas constitucionales: El sistema económico en Guatemala es fundamentado y garantizado en la Constitución Política de la República de Guatemala de 1985, por contener normas de carácter económico, lo ubica entre la tendencia moderna de las llamadas Constituciones Económicas, las que tienen su antecedente al menos en el ámbito jurídico, en el entorno temporal de la Constitución de Weimar.

El Artículo 41 de la Constitución Política de la República, vigente desde el catorce de enero de mil novecientos ochenta y cinco, establece lo siguiente: "Protección al Derecho de Propiedad. Por causa de actividad o delito político no puede limitarse el derecho de propiedad en forma alguna. Se prohíbe la confiscación de bienes y la imposición de multas confiscatorias. Las multas en ningún caso podrán exceder del valor omitido".

En el Artículo 43, establece: "Libertad de Industria, Comercio y Trabajo. Se reconoce la libertad de industria, de comercio y trabajo, salvo las limitaciones que por motivos sociales o de interés nacional impongan las leyes..."

A pesar de ser términos indeterminados y que requieren de una interpretación constante, consideramos que al estar plasmada la libertad de comercio en el Título II, Capítulo I referente a los derechos individuales de nuestra Constitución, ésta debe entenderse como un derecho de todos los ciudadanos, de los particulares, derecho que tanto los particulares como los poderes públicos tienen la obligación de respetar y promover.

Siguiendo el orden de la Constitución en el Artículo 118, establece los "Principios del Régimen Económico y Social y en que orden dice: "El régimen económico y social de la República de Guatemala se funda en principios de justicia social. Es obligación del Estado orientar la economía nacional para lograr la utilización de los recursos naturales y el potencial humano, para incrementar la riqueza y tratar de lograr el pleno empleo y

la equitativa distribución del ingreso nacional. Cuando fuere necesario, el Estado actuará complementando la iniciativa y la actividad privada, para lograr los fines expresados."

El anterior principio constitucional es la base para crear una legislación específica sobre promoción y protección de libre competencia ya que además de establecer en su contenido que el régimen económico debe garantizar la justicia social, y debe permitirse por parte del Estado el incremento de la riqueza, debe procurarse el libre acceso a la economía en igualdad de condiciones y oportunidad por parte de cualquier ciudadano.

El Artículo 119 de la Constitución Política de Guatemala indica en el inciso a) "Promover el desarrollo económico de la nación, estimulando la iniciativa de actividades agrícolas, pecuarias, industriales, turísticas y de otra naturaleza"; inciso h) "Impedir el funcionamiento de prácticas excesivas que conduzcan a la concentración de bienes y medios de producción en detrimento de la colectividad"; k) "Proteger la formación de capital, el ahorro y la inversión" ; l) "Promover el desarrollo ordenado y eficiente del comercio interior y exterior del país, fomentando mercados para productos nacionales" ; n) "Crear las condiciones adecuadas para promover la inversión de capitales nacionales y extranjeros".

El contenido de este artículo puede servir de base para que el Estado promueva la competencia y el comercio y menciona en el inciso h) que se deben prohibir las prácticas excesivas que conduzcan a la concentración de bienes, por lo que las normas

con las que el Estado realice esta función deben ir encaminadas a definir este tipo de prácticas y eliminarlas del mercado, tal como lo hace en el Artículo 130 referente a la prohibición de monopolios al establecer que:

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

En este artículo, la Constitución expresamente incluye el tratamiento y prohibición de los monopolios, intentando así promover la libre competencia y no permitir la concentración de la economía en uno o pocos miembros, es quizás la norma más clara de la Constitución que enmarca un interés del Estado en la no existencia de concentración de poderes económicos y abuso de esta concentración dentro de nuestro mercado.

b. Normas ordinarias que son: Las normas generales y abstractas que emanan del Congreso. Entre las principales se encuentran el Código de Comercio que regula la actividad de los comerciantes, los negocios jurídicos y las materias mercantiles. la ley; y el Código Penal que tipifica los delitos y las penas correspondientes.

- 1) Código de Comercio. Decreto 2- 70 vigente desde el treinta de abril de mil novecientos setenta, establece en su Artículo 361 lo siguiente: "Todas las empresas tienen la obligación de contratar con cualquiera que lo solicite los productos o servicios que prestan, observando igualdad de trato entre las diversas categorías de consumidores."

- 2) Código Penal. Decreto 17-73 vigente desde el veintisiete de julio de mil novecientos setenta y tres, el cual establece en su Artículo 340 lo siguiente: (Reformado por el Artículo 27 del decreto 33-96) "Quien con propósitos ilícitos, realizare actos con evidente perjuicio para la economía nacional, absorbiendo la producción de uno o más ramos industriales, o de una misma actividad comercial o agropecuaria, o se aprovechare exclusivamente de ellos a través de algún privilegio, o utilizando cualquier otro medio o efectuare maniobras o convenios, aunque se disimularen con la constitución de varias empresas, para vender géneros a determinados precios en evidente perjuicio de la economía nacional o de particulares, será sancionado con prisión de seis meses a cinco años y multa de quinientos a diez mil quetzales".

Asimismo el Artículo 341 del Código Penal regula lo siguiente: "Otras Formas de Monopolio: Se consideran, también actos de monopolio contrarios a la economía pública y al interés social: 1º- El acaparamiento o sustracción al consumo de artículos de primera necesidad, con el propósito de provocar alza de los precios en el mercado interno. 2º- Todo acto o procedimiento que impida o se proponga impedir la libre

conurrencia en la producción o en el comercio; 3º- Los convenios o pactos celebrados sin previa autorización gubernativa, encaminados a limitar la producción o elaboración de algún artículo con el propósito de establecer o sostener privilegios y lucrar con ellos. 4º- La venta de bienes de cualquier naturaleza, por debajo de precios de costo, que tenga por objeto impedir la libre concurrencia en el mercado interno; 5º- La exportación de artículos de primera necesidad sin permiso de la autoridad competente, cuando se requiera, si con ello puede producirse escasez o carestía. El responsable de algunos de los hechos enumerados anteriormente, será sancionado con prisión de seis meses a tres años y multa de doscientos a cinco mil quetzales."

Las normas mencionadas anteriormente están vigentes con anterioridad a la actual Constitución, y ellas no desarrollan de un modo satisfactorio las sanciones o penas para las prácticas monopólicas. A lo largo de la vigencia de estas normas no se ha logrado la disolución de monopolios ya sean artificiales o naturales, en base a los procedimientos previstos para hacer efectivas estas normas por lo que no han resultado suficientes para garantizar un desarrollo eficiente y ordenado del comercio interno y externo de Guatemala.

c. Normas ordinarias especializadas que son: Son aquellas normas que emanan del Congreso de la República y que tienen un enfoque específico:

c.1 Ley General de Telecomunicaciones, Decreto Número 94-96 del Congreso de la República: El Artículo 22 del mencionado cuerpo legal estipula lo siguiente: "Las condiciones contractuales, así como los precios, para la prestación de toda clase de

servicios comerciales de telecomunicaciones, serán libremente estipulados entre las partes y no están sujetos a regulación por autoridad estatal, excepto por lo que se relaciona con el acceso a recursos esenciales lo cual queda sujeto a lo prescrito en esta ley."

En este artículo se regula y se libera el mercado del servicio de telecomunicaciones, permitiendo que las partes libremente regulen su mercado, sus precios y su competencia, dejando únicamente previsto la regulación del Estado en lo concerniente al acceso a recursos esenciales, previsión que va a permitir el verdadero acceso de competidores en este sector.

El Artículo 26 del mismo cuerpo legal estipula lo siguiente: "la interconexión de redes comerciales de telecomunicaciones será libremente negociada entre las partes, salvo lo estipulado en el Artículo 27. Ningún operador podrá interconectar equipos que ocasionen daños a equipos en uso. Se entiende por interconexión, la función mediante la cual se asegura la operabilidad entre redes, de tal modo que se pueda usar tráfico de telecomunicaciones entre ellas."

En este artículo se define claramente lo que debe entenderse por interconexión, garantizando de esta forma el acceso al mercado de los competidores que utilizarán la infraestructura ya instalada por una empresa monopólica estatal actualmente privatizada, volviendo de esa forma atractiva y posible el funcionamiento entre redes, por parte de empresas que presten el servicio de telecomunicaciones.

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

De esta forma se le da poder coercitivo a la Superintendencia de Telecomunicaciones, para garantizar el cumplimiento de las normas previstas y de las obligaciones principalmente en lo relativo a la interconexión a los recursos esenciales, que de forma especializada dicha autoridad deberá investigar las actividades que contravengan este principio que garantiza la competencia y sancionar a las empresas que incumplan las normas del cuerpo legal que regula esta materia.

c. 2 Ley General de Electricidad, Decreto 93-96 del Congreso de la República: El Artículo 8 establece lo siguiente: "Es libre la instalación de centrales generadoras, las cuales no requerirán de autorización de ente gubernamental alguno y sin más limitaciones que las que se den de la conservación del medio ambiente y de la protección de las personas, a sus derechos y sus bienes. No obstante, para utilizar con estos fines los que sean bienes del Estado, se requerirá de la respectiva autorización del Ministerio, cuando la potencia de las centrales exceda de 5MW. El Ministerio, deberá resolver sobre las solicitudes de las autorizaciones en un plazo de 90 días contados a partir de la fecha en que presenten la misma, previo a que el solicitante haya cumplido con lo estipulado en el Artículo 10 de esta ley, y de acuerdo con lo que al respecto establece su reglamento."

c. 3 Ley de Comercialización de Hidrocarburos, Decreto 109-97 del Congreso de la República: Esta ley novedosamente define en forma individualizada y expresamente las prácticas anticompetitivas prohibidas dentro de los distintos sectores específicos que funcionan en la comercialización de Hidrocarburos, entre los que se puede citar: el Artículo 35 establece: "Se incurre en práctica de cuota discriminatoria, cuando el importador, refinador y transformador limite o racione la cantidad de productos petroleros a cualquier comprador."

En ese orden el Artículo 36 dice: "Se incurre en práctica de coacción de precio, cuando personas individuales, entidades, asociaciones o gremiales de individuos que efectúan actividades de refinación, transformación y de la cadena de comercialización de petróleo y productos petroleros, presionen u obliguen a sus asociados, agremiados o compradores, a fijar un precio de venta de productos petroleros."

La referida ley en su Artículo 37 establece: "Se incurre en práctica de concentración de precio, cuando dos o más personas que posean licencia para efectuar actividades de refinación, transformación y de la cadena de comercialización de petróleo y productos petroleros, acuerdan precios de venta a sus productos petroleros."

El Artículo 38 regula que: "Se incurre en prácticas de rebaja discriminatoria, cuando el importador, almacenador, refinador o transformador, en igualdad suministro, cantidad, calidad y condiciones de negociación de compra, ofrezca a un comprador, rebajas, precios de venta de sus productos de tipo económico."

Por último el Artículo 46 establece la siguiente obligación: "Separación de empresas. Toda persona individual o jurídica debe constituirse en empresa distinta para poder efectuar cada una de las operaciones de importación, refinación, transformación, almacenamiento, transporte; estación de servicio, expendio de GLP, y exportación de petróleo y productos petroleros."

CAPÍTULO II

2. La política de competencia y las prácticas anticompetitivas

2.1 Política de competencia

La política de competencia se define como el conjunto de normas y procedimientos de orden público que regulan la protección y promoción de la competencia en una economía de libre mercado¹.

En una economía de libre mercado donde participan varios competidores en campos comunes o similares de la economía, se han creado en algunos países, tal como se ha expuesto anteriormente, en donde normas jurídicas que regulan los parámetros donde dicha libertad puede ejercerse, en virtud de que el abuso o la extralimitación de dicha libertad puede crear situaciones monopólicas que tendría como resultado el desplazamiento de los competidores existentes, o bien impedir el acceso a nuevos competidores que en otras condiciones pudieran participar en el mercado en determinada rama económica, así como también los efectos del factor último que son los competidores, provocando así un perjuicio al bien común².

¹ Sumario del Foro Mundial de Competencia y Política Comercial, (Marzo 17 y 18, 1997), Política de Competencia en una Economía Global, Sumario Interpretativo, Derechos Reservados por el Banco Internacional de la reconstrucción y el Desarrollo del Banco Mundial, pág. 35

² Ibid, pág. 37

Es por eso que las normas sobre política de competencia tienen por objeto promover la existencia de un mercado sano, en el que varios competidores participen en igualdad de condiciones y proteger a los competidores de prácticas que puedan restringir o eliminar la competencia y salvaguardar con esto el bien común.

Las normas contenidas en una legislación de política de competencia, entre otras cosas, identifican las prácticas más comunes que quedan prohibidas de ejercer por las empresas dentro de un mercado, o bien, se identifican prácticas que quedan sujetas a un examen previo por parte del Estado para poder una empresa realizar determinada práctica, siendo el ejemplo más claro de estas últimas el tratamiento que se le ha dado en muchas legislaciones a la práctica de fusiones, permitiendo a las empresas que desean fusionarse someter dicha práctica a un examen previo ante la autoridad para que esta determine si la fusión queda permitida o no, según los principios que la legislación desea salvaguardar en su contenido.

2.2 Las prácticas anticompetitivas

a. Prácticas monopólicas absolutas o prácticas horizontales: Los acuerdos entre competidores que buscan a eliminar o disminuir el proceso de competencia y libre concurrencia, tienen efectos negativos probados sobre la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores. Los arreglos de este tipo, conocidos generalmente como horizontales, pretenden la monopolización del mercado entre los agentes económicos coludidos, lo cual conduce a limitaciones artificiales en la oferta de los bienes o servicios y el establecimiento de precios monopólicos.

Los acuerdos entre competidores cuyo efecto es fijar precios, limitar la oferta, dividir mercados y coordinar posturas en licitaciones públicas se orienta directamente a reducir la competencia; estas prácticas tienen evidentemente un sentido monopólico y un impacto sobre el bienestar social y económico, por lo que estas prácticas se sancionan en casi todas las legislaciones, independientemente de las condiciones de los mercados afectados y de la existencia de intenciones distintas a la eliminación y la supresión de la competencia por parte de los infractores. Se ha comprobado que estos acuerdos generalmente no conllevan beneficios; más aún, las eventuales ganancias en eficiencia que pudieran derivarse de los mismos también se obtienen en condiciones de competencia, por lo que este tipo de prácticas se considera quizás la más perniciosa para la competencia prohibiéndose expresamente, como lo mencionamos anteriormente, en casi la totalidad de las legislaciones. Estas conductas se encuentran entre las más difíciles de detectar y comprobar por la extrema discreción con que se conducen los infractores.

Sin embargo esta circunstancia constituye una de sus principales debilidades, dada la dificultad que tiene para las partes asegurar el cumplimiento de estos acuerdos horizontales sin la contratación formal entre ellos.

b. Acuerdos de precios entre competidores: Los acuerdos de los competidores para fijar precios, es una práctica que eliminan la competencia en los mercados donde se realiza. De esa manera, los precios de los bienes o servicios tienden a superar a los que prevalecerían en situaciones de competencia, y la cantidad y calidad de los bienes

o servicios ofertados suelen situarse por debajo de los niveles de un mercado eficiente, lo cual perjudica a los consumidores y contribuye al subempleo de la fuerza laboral y de los demás recursos productivos. A pesar de los efectos negativos, los acuerdos de precios no siempre han sido combatidos, esto en virtud de que existió la idea de que estos acuerdos podrían ser beneficiosos para contribuir con la estabilidad de los mercados, y fue el razonamiento que llegó a sustentar la existencia y el papel de diversas organizaciones empresariales y profesionales.

No obstante los impactos negativos probados, algunos agentes económicos siguen utilizando este argumento para tratar de justificar la instauración de precios oficiales, con el fin de ocultar esos propósitos respecto de la práctica monopólica. Estos acuerdos han demostrado que el establecimiento indiscriminado de precios oficiales facilita y encubre la colusión en sectores donde la competencia es viable. Esto conduce a resultados distintos a los buscados en dos sentidos: a) los precios se alejan en lugar de aproximarse a los de competencia y b) frecuentemente protegen más a los oferentes que a los demandantes.

Situaciones como las mencionadas anteriormente explican el desempeño de algunos proveedores en la fijación de precios oficiales y, por tanto, en la mecánica de negociación que implican.³

³ Alvarez A./Lizana A. (1,995). Dumping y competencia desleal internacional.(Tomo.1). Pág. 19

c. Acuerdos entre competidores para limitar la oferta: Los acuerdos entre competidores para limitar la oferta de bienes o servicios, facilitan la fijación de precios en los mercados respectivos. De esta forma, los agentes económicos involucrados adquieren poder para obtener rentas monopólicas a través de reducciones en la oferta, que conducen a precios superiores a los de la competencia. Los efectos adversos de estas concentraciones en la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores, son similares a los de los acuerdos de precios entre competidores.

Los acuerdos para restringir la oferta son de difícil instrumentación y supervisión para los agentes coludidos. Más aún, se presentan para que algunos de los participantes obtengan ventajas a costa de los demás infractores. Estas prácticas usualmente son más favorables manejarlas en tiempos de escasez o de crisis en virtud de que los competidores al limitar la oferta pueden ofrecer dicho bien escaso a un precio construido por su misma carencia, por lo que es quizás una de las prácticas que más se pretende eliminar en una legislación de Política de Competencia.

d. Acuerdos entre competidores para dividir mercados: Como el resto de las prácticas monopólicas absolutas, estos acuerdos generan beneficios extraordinarios al restringir la oferta e impulsar el establecimiento de precios superiores a los de competencia. En esta variante, la división del mercado mediante clientela, tiempos o espacios, otorga ventajas a cada participante en su segmento respectivo. Esto les permite controlar la oferta y determinar precios unilateralmente. En general, estos acuerdos son más dañinos que los acuerdos de precios y restricción de la oferta ya que además de sus

efectos adversos, eliminan la competencia en variedad, limitando opciones a los consumidores. Asimismo estos acuerdos pueden ser más efectivos para los coludidos por la dificultad que implica encubrir la violación del cumplimiento del acuerdo. Al respecto cabe mencionar los reconocidos efectos monopólicos de los acuerdos entre competidores para dividir mercados en términos de espacios, esto es, por zonas geográficas.

e. Coordinación de posturas en licitaciones públicas: La coordinación de posturas en licitaciones públicas puede implicar un acuerdo de precios y cantidades entre licitantes o la abstención concertada a participar en las mismas. Las prácticas de este tipo obstaculizan los objetivos de libre competencia y libre concurrencia, eficiencia y transparencia en las transacciones públicas. Asimismo estas prácticas impiden el uso eficaz de la licitación como medio para competir por los mercados de servicios públicos que se caracterizan por limitada contendibilidad. Los mecanismos de coordinación entre licitantes son múltiples, y en general, difíciles de detectar sin el respaldo de los agentes económicos afectados, es por eso que en los países que se cuenta con una legislación que combata este tipo de acuerdos, busca el apoyo de las entidades dedicadas a participar en licitaciones públicas y asimismo se deben de coordinar las acciones con las autoridades públicas encargadas de otorgar las mismas, para lograr detectar este tipo de prácticas que afectan de forma horizontal a la competencia.

f. Prácticas monopólicas relativas: Las prácticas monopólicas relativas consisten en actos, contratos, convenios o combinaciones realizados por agentes económicos con poder de mercado, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser, desplazar a otros agentes de mercado, impedirle sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas a favor de una o varias personas. Estas conductas reducen marcadamente a los competidores reales o potenciales en los mercados afectados o ponen en desventaja a la mayoría de los participantes. Situaciones como ésta disminuyen la competencia, con los consabidos impactos negativos sobre la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores produciendo por lo general: inferior oferta y calidad, menores opciones de bienes y servicios y mayores precios con respecto a mercados competidos⁴.

Entre las conductas que se han considerado como constitutivas de prácticas monopólicas relativas se encuentran las denominadas restricciones verticales; esto es aquellas que se establecen entre empresas que operan en distintos niveles del mercado o de cadenas productivas. Por lo general las legislaciones contienen las prácticas consistentes en:

- 1) Distribución exclusiva, ya sea por zona geográfica, clientes, tiempo, etc.
- 2) Fijación de precios o condiciones de reventa;
- 3) Ventas atadas (esta práctica no constituye siempre una restricción vertical ya que puede darse entre vendedores y consumidores finales);
- 4) Exclusividad en operaciones de compra o venta;
- 5) Denegación de trato;
- 6) Boicot, entre otros.

⁴ Cabanellas, Guillermo. Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia. Pág. 76

g. Restricciones verticales en cadenas de distribución: Las restricciones verticales que tienen lugar solamente en cadenas de distribución consisten en:

1) Actos o acuerdos entre agentes económicos no competidores entre sí, relativos al establecimiento de la distribución exclusiva de bienes o servicios por zonas geográficas, sujetos a periodos de tiempo determinado, así como a la obligación de no fabricar o distribuir bienes o prestar servicios por un tiempo específico, y

2) Fijación de precios condicionados de reventa. La prohibición de esta práctica va dirigida principalmente a evitar que sean efectuados por agentes económicos con poder de mercado y tengan por objeto o efecto desplazar de manera indebida a otros agentes, impedirles sustancialmente su acceso a establecer ventajas exclusivas.

Las restricciones antes mencionadas permiten integrar cadenas de distribución especializadas a costa de suprimir la competencia entre los distribuidores independientes vinculados con un producto común. Este tipo de práctica facilita enormemente la organización de las empresas enlazadas por el acuerdo vertical de este tipo, tal y como si fueran una misma empresa, dedicada por ejemplo a la distribución y comercialización de los productos de la misma marca, en términos de mercados geográficos, estándares de bienes y servicios, y política de precios. Asimismo fomenta la fidelidad y la disciplina entre los distribuidores del producto. De esta forma, las restricciones pueden formar parte de un esquema orientado hacia la búsqueda legítima de eficiencias en la distribución de una marca específica.

Tales esquemas no implican riesgos a la competencia cuando el agente controlador de la marca o producto objeto del arreglo de distribución, no cuenta con poder sustancial en el mercado relevante; es decir, cuando el productor y sus distribuidores asociados enfrentan la competencia de otras marcas o cadenas de distribución. De otra manera, las restricciones verticales propias de las cadenas de distribución se convierten en limitaciones efectivas de entrada al mercado relevante y en mecanismos que impiden la competencia en precios.

h. Exclusividad en operaciones de compraventa: La exclusividad en operaciones de compra o venta, limita la entrada de un tercero al mercado relevante o implica su desplazamiento del mismo mediante el acuerdo o el condicionamiento de una parte a obligar a determinada empresa a no comprar o vender un bien o servicio a una tercer empresa con el fin de evitar la entrada de ésta a la competencia o bien desplazarla mediante el acuerdo o condicionamiento. Un ejemplo puede ser el caso que en muchos países se ha dado con las compañías de tarjetas de crédito cuando, por ejemplo, una compañía de éstas impone a uno de los bancos locales que son miembros de su sistema de pago, la obligación de no emitir otra marca de tarjeta de crédito, con el propósito de evitar el acceso o la entrada de dicha empresa. Aquí existe un acuerdo o condicionamiento por parte de la empresa dominante efectuada con o hacia el banco local, conteniendo dicho acuerdo o condicionamiento la cláusula de seguir utilizando al banco como su sistema pagador por lo general con beneficios atractivos, pero que se guarde la exclusividad de la marca en estos bancos y no sirvan de sistema pagador de otras.

i. Boicot: La concentración entre agentes económicos para ejercer presión contra algún cliente o proveedor representa un indicio de desplazamiento o de imposición de barreras de entrada al mercado. Estos acuerdos son concertados por agentes económicos que pueden o no ser competidores entre sí. En el primer supuesto, coinciden con las prácticas monopólicas absolutas en cuanto a forma, pero se diferencia por sus efectos o fines: desplazamiento indebido de competidores y barreras a la entrada al mercado, y por su impacto en distintos niveles de mercado, característico de las restricciones verticales. Estas prácticas son bastante dañinas para el comercio pues, por lo general, se ha demostrado que estos acuerdos tienden a consolidar situaciones monopólicas o a inducir y reforzar otras prácticas anticompetitivas.

j. La depredación: La depredación de precios es quizás la práctica monopólica que ha generado la mayor cantidad de análisis y frecuentemente ha sido motivo de polémica. Usualmente se entiende por depredación de precios cuando una empresa desplaza o causa un daño significativo a su competidor, mediante la venta de sus productos a precios por debajo de sus costos, con el objetivo de, eventualmente, fijar precios de monopolio. Estos precios se definen como precios a un nivel que solamente pueden ser sostenibles por una empresa por la ausencia de competidores.

Es común que algunos agentes económicos consideren ser objeto de un ataque depredatorio cuando, según ellos, los precios de su competidor son menores que sus propios costos, sin embargo muchas veces se omite si los costos del presunto

depredador son menores que los suyos. En dicho caso, como se analizará más adelante, el desplazamiento o el daño al competidor no es indebido.

El análisis de la competencia se concentra en las estrategias empresariales, las cuales tienen dos enfoques complementarios: uno legal y otro económico, siendo éste último en el cual nos enfocaremos. El segundo postulado fundamental del análisis económico es que el comportamiento de los agentes se rige por el principio de la obtención del mejor rendimiento de las utilidades, a lo largo de la vida útil de la empresa, lo que es un instrumento válido para pronosticar las decisiones de los agentes económicos, por lo que se encuentra que en cualquiera de los casos la pretensión de una empresa es la obtención de mejor rendimiento de las utilidades en un período suficientemente amplio. En el análisis de competencia se busca identificar entre el conjunto de estrategias factibles de los agentes económicos, a aquéllas que conllevan una reducción en el bienestar social. La depredación es una estrategia de desplazamiento y prevención de la entrada de nuevos competidores y existen muchas formas de ejecutar dichas prácticas y los criterios usados para acreditar la existencia de esta práctica son limitados, esto hace que su codificación en una ley sea compleja.

2.3 Libre competencia

El diccionario enciclopédico de derecho usual expresa la libre competencia, como “igualdad y libertad teóricas que por la escuela clásica económica se recomiendan como criterio que estimula la producción, desenvuelve la iniciativa privada y abarata los precios. Los intereses creados, el favoritismo oficial, la disposición de fuertes capitales

que cuentan con poderosas organizaciones, el tácito acuerdo entre industrias o comerciantes para explotar al máximo a la clientela, son obstáculos insalvables en la sociedad actual.”⁵

Para el autor Francisco Vicent Chuliá, libre competencia es “el derecho subjetivo a la libertad de competencia legitima a cada competidor a perjudicar a los demás competidores arrebatándoles cliente, proveedores, distribuidores y empleados, que rompen sus contratos con ellos; hasta llevarles a la ruina, expulsándolos del mercado; y sin tener que indemnizarles. El derecho (objetivo) de la competencia, es la parte del ordenamiento jurídico que protege la libre competencia como institución jurídica en el marco de la economía del mercado.”⁶

Por su parte, la Asociación Interamericana de la Propiedad Industrial expresa que: “la libertad de competencia va de la mano con el concepto de libertad de trabajo, oficio o profesión y nos parece que se viene manteniendo como cimiento, apoyo y la base sólida del derecho en todos los países libres, en vista de que no se concibe más, en los días actuales, el trabajo manual sin una remuneración ecuánime o la esclavitud.”⁷

Para el diccionario de administración y finanzas la competencia es la “situación en la que un gran número de empresas abastece un gran número de consumidores, y en la que ninguna empresa puede demandar u ofrecer una cantidad suficientemente grande para alterar el precio del mercado.”⁸

⁵ Libre Competencia. Diccionario enciclopédico de derecho usual, Tomo V. Pág. 189.

⁶ Vicent Chuliá, Francisco. Introducción al Derecho Mercantil. 20ava. Edición. Págs. 705-711.

⁷ ASIPI (Asociación Interamericana de la Propiedad Industrial). Derechos Intelectuales. Págs. 136-137; 140-141.

⁸ Competencia. Diccionario de Administración y Finanzas. España. Pág 102.

El derecho subjetivo a la libre competencia asiste a todo ciudadano, persona física o jurídica, como una pretensión frente a los poderes públicos, tanto en la actividad empresarial como en la profesional. El ciudadano ejercita este derecho tanto si desarrolla una actividad permanente o profesional como si concurre en el mercado haciendo una oferta o demanda esporádica.

La libertad de competencia consiste entonces, en la libertad de producción, comercialización y distribución de los productos, sean éstos nacionales o extranjeros, por lo que se debe contar con un marco legal que la proteja y estimule, desde el punto de vista de los productores y comerciantes, así como también de los consumidores.

La libre competencia, como toda libertad, no es ilimitada; su ejercicio encuentra *límites* en los preceptos legales, que la reglamentan, y en los derechos de los otros competidores, presuponiendo un ejercicio legal y honesto del derecho propio, expresión de la integridad profesional; excedidos estos límites, surge la competencia desleal, que ningún precepto legal define y tampoco podría hacerlo, ya que es tal la variedad de actos que pueden constituirlo.

2.4 Regulación de la competencia

Fernando Sánchez Calero, expone: “La disciplina jurídica de la actividad empresarial, junto al aspecto relativo a la libre iniciativa económica en su vertiente de adquisición de la condición de empresario (que se concreta fundamentalmente en el derecho del libre

acceso al mercado como empresario, que, como se ha visto, aparece ahora condicionado), tiene otra vertiente de la que nos vamos a ocupar ahora, que es la regulación de la competencia entre empresarios.”⁹

La competencia, como fenómeno económico, tiene reflejos en el campo del Derecho. La libre competencia es un principio básico de la economía de mercado que tiene como presupuesto la libertad de la iniciativa económica de los particulares, y ya se sabe que esa libre iniciativa se considera un postulado esencial del Ordenamiento jurídico-constitucional. Admitido ese principio, el Ordenamiento jurídico ha de reconocer otro que deriva de él directamente: el de la libre competencia. A este principio no quedan sometidos únicamente los empresarios, en sentido estricto, sino que rige igualmente con respecto al ejercicio de las profesiones colegiadas.

Además, surgió el fenómeno de que si la libertad de iniciativa económica tenía como consecuencia la libre competencia, también derivaba de ella la autonomía de la voluntad en el aspecto contractual, que consintió que los competidores pudieran perder la agresividad que de ellos se esperaba y que establecieran acuerdos entre sí de no hacerse la competencia, con daño para los competidores que estaban al margen de esos acuerdos y, lo que es más grave, para los consumidores en general. Por esa razón el legislador ha debido intervenir para poner un freno a esas prácticas restrictivas de la competencia, en beneficio de los consumidores.

⁹ Sánchez Calero, Fernando. Principios de Derecho Mercantil. 6ta. Edición. Págs. 55-57

El ordenamiento jurídico también interviene aquí con una disciplina de la competencia ilícita o desleal, mediante la cual se quiere poner un freno a la libre competencia, de forma que la lucha económica no degenera y respete los principios de la lealtad entre competidores.

Tanto en los casos de la regulación de las prácticas restrictivas de la competencia como en los supuestos de competencia desleal, el Derecho desea tutelar los intereses de los competidores que participan o desean participar en esa lucha y los de quienes se benefician de ella, o sea, los consumidores o el público en general.

La consideración de la competencia como común objeto de tutela lleva una consideración unitaria del Derecho de la competencia, tanto desde la perspectiva “antitrust” como desde la competencia desleal. Mientras que la primera persigue favorecer que la competencia maneje libremente sus efectos dentro del mercado, la segunda se ocupa de que la actividad competitiva se ajuste a los criterios de lealtad o corrección.

2.5 La libertad de competencia y sus límites

A continuación se resume la división que el autor Francesco Galgano¹⁰, hace acerca de la libertad de competencia y sus límites:

¹⁰ Galgano, Francesco. Derecho Comercial (El Empresario). Pág. 22

a. Iniciativa económica y competencia: De la libertad de la iniciativa económica pueden gozar, en cuanto un mismo sector de actividad, varios empresarios, y, por principio general, una pluralidad ilimitada de empresarios.

La fuente jurídica de la libertad de competencia se encuentra en el mismo reconocimiento por el legislador de la libertad de iniciativa económica privada. La una es un aspecto de la otra, pues la libertad económica del particular se presenta, en relación con la iniciativa económica de los demás, como libertad de competencia.

b. Propiedad comercial: Del principio de la libre competencia se vincula el fenómeno antes observado, en virtud del cual el empresario que, de primero, haya tomado a su cargo determinada iniciativa, no goza de un derecho a su utilización exclusiva, pues quien haya introducido un nuevo sistema de organización del establecimiento no puede impedir que otros empresarios desarrollen, después de él, la misma iniciativa.

El empresario podrá impedir que otros empresarios se aprovechen de un determinado proceso de elaboración industrial o que lleven al comercio determinado producto, siempre y cuando se encuentren debidamente registrados.

c. Monopolios: Las aspiraciones naturales de todo empresario están orientadas hacia la conquista de posiciones de monopolio, que lo liberen de todos los riesgos y de todas las insidias de la competencia y que le aseguren, por la posibilidad de ser árbitro de los precios, mayores utilidades (las llamadas superutilidades monopolísticas).

Así se ha verificado el fenómeno en virtud del cual las empresas industriales de producción en gran escala ha llegado a ser cada vez más grandes, y, a un mismo tiempo, siempre menos numerosas, pues las empresas que podían invertir, en la producción en gran escala capitales mayores, lograban producir a costos inferiores, y, por lo mismo, vender a precios más bajos; de este modo ellas han podido sacar del mercado o relegar posiciones marginales, a las unidades de productos menores, conquistando en ésta forma posiciones de monopolio o de cuasimonopolio o de oligopolio, produciendo luego los efectos que son típicos del régimen monopolítico , esto es, limitación de la producción, alto nivel de precios y subocupación de los recursos naturales y humanos.

d. Nacionalización: La exigencia de que en la iniciativa privada se lleve a cabo un régimen de competencia, que establece que para la “utilidad general” la ley puede, transferir, mediante expropiación y salvo indemnización, al Estado, a entidades públicas o a comunidades obreras o de usuarios, determinadas empresas, que se refieran a situaciones de monopolio y que tengan carácter de preeminente interés general.

e. Abuso de posiciones monopolísticas: La explotación de modo abusivo por parte de una o varias empresas, de una posición dominante en el mercado común, o en una parte importante de este; se puede manifestar a través de prácticas, tales como:

-Imponer directa o indirectamente, precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas.

-Limitar la producción, los despachos y el desarrollo técnico, en perjuicio de los consumidores.

-Aplicar, en las relaciones comerciales con los otros contratantes, condiciones diferentes para prestaciones equivalentes, produciendo de este modo, para estos últimos, una desventaja en la competencia.

-Subordinar la conclusión de los contratos a la aceptación, por parte de otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza, o según los usos comerciales, no tengan ninguna relación con el objeto de esos mismos contratos.

Se entiende entonces, que la libertad de competencia, es una libertad a la cual los empresarios pueden *renunciar*, en amplia medida. En efecto, no está concebida como garantía para los consumidores o, de un modo más general, como garantía del progreso colectivo –lo que implicaría que sería *irrenunciable*, ya que el particular no puede disponer del interés colectivo –sino que se concibe como una libertad de la cual el individuo, que es titular de ella, puede disponer a su antojo.

f. Acuerdos: Son los comprendidos en diversos tipos de pactos de no competencia o, según el lenguaje común, de acuerdos entre empresarios:

- Puede ocurrir que un empresario se obligue, a cambio de una contraprestación de otro género, a no llevar a cabo una actividad competitiva en relación con otro empresario.

- Puede suceder también que dos o más empresarios se obliguen, unos en relación con otros, a no hacerse recíprocamente competencia, estableciendo para cada uno, un sector distinto de actividad, o una distinta zona de venta.

- Cáteles. Puede suceder que dos o más empresario se obliguen, antes de abstenerse de la competencia recíproca, a observar determinadas reglas comunes, estableciendo de este modo los llamados cáteles con los cuales se comprometen a mantener todos un mismo precio para determinado producto, o se comprometen a no producir, cada uno, más de determinada cantidad, o a establecer en los contratos con el público de los consumidores, las mismas condiciones generales.

Es así como se considera a los intereses relacionados con la libertad de competencia, como intereses totalmente privados de los empresarios y de los cuales estos, por lo tanto, pueden disponer.

Se puede mencionar que entre las actividades que impiden, restringen o falsean el juego de la competencia dentro del mercado común, se encuentran:

-Fijar directa o indirectamente los precios de compra o venta, o también otras condiciones de transacción.

-Limitar o controlar la producción, los despachos, el desarrollo técnico o las inversiones.

-Repartir los mercados o las fuentes de aprovisionamiento.

-Aplicar en las relaciones comerciales con las otras contratantes condiciones diferentes por prestaciones equivalentes, de modo que se produzcan para éstos últimos una desventaja en la competencia.

-Subordinar la conclusión de contratos a la aceptación, por parte de los demás contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o conforme a los usos comerciales, no tengan ningún nexo con el objeto de los mismos contratos.

Estos acuerdos están prohibidos por principio; pero sí admite que la prohibición se pueda considerar inaplicable, a los acuerdos que contribuían a mejorar la producción o la distribución de los productos, o a promover el progreso técnico o económico, aunque reservado para los que utilicen, una parte conveniente de la utilidad que de ello se deriva.

g. Límites legales a la competencia: De los límites contractuales, pasamos a los límites legales de la competencia. Ya hemos dicho que la competencia entre empresarios favorece a los consumidores y, en general, a la prosperidad colectiva; pero puede ocurrir, dándose determinadas circunstancias, que se transforme en perjuicio para la colectividad. La competencia debe llevarse a cabo de modo que no lesione los intereses de la economía nacional y dentro de los límites establecidos por la ley; por lo que observamos una doble limitación.

h. Reserva para el Estado y expropiación: La competencia puede ser limitada por la ley, a fin de impedir que atente contra los intereses colectivos. Un primer orden de límites se concreta en preclusiones, propiamente dichas, para los particulares, de llevar a cabo determinadas actividades económicas, que están reservadas, por ley, para el Estado, como por ejemplo, las que se refieran a servicios públicos esenciales o a fuentes de energía o a situaciones de monopolio y que tengan carácter de preeminente interés general.

i. Sometimiento a concesión: El Estado o las entidades públicas, a los cuales determinadas actividades de empresa hayan sido reservadas por ley, a su vez pueden conceder la explotación de tales empresas a los particulares.

j. Monopolio legal: En todos estos casos se habla de monopolio legal, figura que se presenta tanto en el caso del Estado o de una entidad pública monopolista, como en el del particular que, por concesión del Estado o de una entidad pública, explota una empresa en condiciones de monopolio.

k. Sometimiento a autorización: Un segundo límite de orden para la competencia, será el que la ley podrá determinar las categorías de empresas cuya explotación estará subordinada a concesión o autorización administrativa. Como por ejemplo, el caso de las actividades bancarias que pueden ser explotadas solo por entidades y empresas privadas, autorizadas con ese fin.

l. Precios: Un tercer orden de límites legales para la competencia se refiere, no al momento inicial del ingreso de los empresarios en el mercado, sino a las modalidades de la actividad de la empresa; los precios de los bienes y servicios, pueden ser establecidos por ley, y en este caso, quedan de derecho insertados en el contrato, inclusive en sustitución de las cláusulas diferentes introducidas por las partes.¹¹

¹¹ Galgano, Francesco. Derecho Comercial. Págs. 140-147

De lo anteriormente expuesto, se determina que la libertad de competencia va de la mano con la libertad de trabajo y de oficio o profesión, y que no se limita a un espacio territorial determinado, pues traspasa las fronteras regionales. Se afirma que la libertad de competencia equivale a hablar de un progreso económico, que se traduce en una libertad social, pues encuentra límites, en los preceptos legales que la regulan, así como también en los derechos de los otros competidores y aún va más allá al proteger de igual manera los derechos de los consumidores. Siendo el ámbito del Derecho Mercantil y Económico muy versátil, sería imposible regular todos los presupuestos que pudiesen llegar a acontecer, por lo que la buena fe y la ética profesional juegan un papel muy importante dentro del presente tema.

Se debe mencionar también, que no bastará la implementación de un marco legal que regule, promueva y proteja la libertad de competencia, es necesaria también la creación de los órganos o comisiones encargados de velar por el eficaz cumplimiento de los preceptos legales, y resolver las controversias que en determinado momento puedan surgir.

2.6 La competencia desleal

El diccionario de administración y finanzas define la competencia desleal como una “(unfair competition) serie de prácticas empleadas por un vendedor para aumentar beneficios mediante publicidad engañosa, vendiendo por debajo del coste (dumping) u otros mecanismos desleales respecto a sus competidores.”¹²

¹² Competencia Desleal. Diccionario de Administración y Finanzas. Pág. 102.

El diccionario jurídico Espasa expresa que, “es competencia desleal en el mercado, todo comportamiento empresarial que resulte contrario a la buena fe mercantil.”¹³

El autor Francis LeFebvre¹⁴ considera como competencia desleal, a “las prácticas o actos que infringen la leal competencia y que afectan negativamente al conjunto de los intereses de cuantos sujetos confluyen en el mercado:

-El interés privado de los empresarios.

-El interés colectivo de los consumidores.

-El propio interés público del Estado al mantenimiento de un orden concurrencial debidamente saneado.”¹⁵

Por su parte Guillermo Jiménez Sánchez, considera que la competencia desleal, “puede conceptuarse como aquella parte del derecho de la competencia que regula las concretas acciones de los empresarios, dirigidas a la captación de clientela en un mercado en que los otros empresarios operan, las cuales acciones no persiguen directamente la alteración de la estructura plural del mercado.”¹⁶

Se entiende entonces a la competencia desleal, como aquellos mecanismos contrarios a la buena fe mercantil que tienen por objeto aumentar los beneficios de un empresario en menoscabo de los que pueda adquirir su competidor, mediante actos desleales o contrarios a la ley.

¹³ Competencia Desleal. Diccionario Jurídico. Pág. 238.

¹⁴ LeFebvre, Francis. Contratos Mercantiles, Memento Práctico. Pág. 41

¹⁵ libid, Pág. 42

¹⁶ Jiménez Sánchez, Guillermo J. Derecho Mercantil Volumen I. Pág. 552

El autor Francis Lefevbre¹⁷ opina que, para que exista acto de competencia desleal basta con que se cumplan dos condiciones:

1) Que el acto o conducta se realice en el mercado, es decir, que se trate de un acto de trascendencia externa.

2) Que se lleve a cabo con fines concurrenciales, es decir, que tenga por finalidad promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero.

Se considera que no se requiere la concurrencia de ninguna otra condición, en particular:

1) No es necesario que los sujetos del acto sean necesariamente empresarios, sino que puede tratarse, también, de artesanos, agricultores, profesionales liberales, etc.

2) No se exige tampoco que entre dichos sujetos medie una relación de competencia.

a. Diferencia entre competencia desleal y competencia ilícita: Según el diccionario de derecho privado, se entiende por competencia desleal o ilícita, “toda tentativa de aprovecharse indebidamente de las ventajas de una reputación industrial o comercial adquirida por el esfuerzo de otro que tenga su propiedad; a primera vista podría parecer que se limita el ámbito de la competencia ilícita a los actos que atenten contra las modalidades de la propiedad industrial registradas.”¹⁸ Sin embargo, se llega a la conclusión de que los empresarios que no tengan registrados sus derechos también se encuentran amparados, si tomamos en cuenta los hechos constitutivos de la

¹⁷ Ibid, Pág. 553

¹⁸ Competencia Ilícita. Competencia Desleal. Legislación Represiva. Clasificación Delictiva. Diccionario de Derecho Privado Tomo I. Pág. 1017.

competencia ilícita entre los que se puede mencionar los del autor Rodrigo Uría:

- a) La imitación de muestras de rótulos o escaparates, fachadas, adornos o cualquier otro que puedan originar confusión con otro establecimiento de igual clase contiguo o muy cercano.
- b) La imitación de embalajes usados por una casa competidora, en forma tal que induzca confusión.
- c) Escoger como razón social un lema en el que esté incluido el nombre de una localidad conocida por la existencia de un reputado establecimiento, con objeto de aprovecharse ilícitamente de su renombre.
- d) Propagar, a sabiendas, falsas aseveraciones contra su rival con objeto de quitarle su clientela.
- e) Publicar anuncios, reclamos o artículos de periódico, que tiendan a depreciar la calidad de los productos de un contrincante.
- f) Anunciarse de un modo general y contrario a la realidad de los hechos como depositario de un producto nacional o extranjero.¹⁹

De estos preceptos se concluye que pueden existir actos de competencia ilícita que atenten contra derechos registrados (concepto restringido de competencia) y actos que sin violar esos derechos, impliquen también, competencia ilícita por ir dirigidos a aprovecharse indebidamente de las ventajas de la reputación industrial o comercial de otra empresa (concepto amplio o genérico de competencia).

¹⁹ Uría, Rodrigo. Derecho Mercantil. 4ta. Edición. Págs. 65-67

En este sentido se entiende por competencia ilícita toda la que en el ámbito de los negocios y actividades mercantiles se realice con infracción de cualquiera de las reglas, que limiten de algún modo la libertad comercial y se dividen en dos clases:

a) Competencia prohibida, la consistente en la infracción, bien de reglas contractuales o bien determinadas prohibiciones extracontractuales de concurrencia establecidas por la ley en ciertos casos concretos y en relación con algunas personas o empresas.

b) Competencia desleal, la que una persona o empresa practica contra otra u otras, no con infracción de ninguna prohibición contractual o legal expresa, sino con abuso de la libertad de competencia de que gozan.

b. Nacimiento de la legislación represiva: El diccionario de derecho privado considera que “la legislación represiva en materia de competencia ilícita nació de la libertad comercial e industrial proclamada triunfalmente por la Revolución Francesa. La Ley del 25 Germina, año XI fue promulgada con el objeto de imponer límites a una competencia que, siendo en principio muy hermosa se deformaba y corrompía en la práctica hasta extremos inadmisibles.”²⁰

c. Calificación delictiva: El diccionario de derecho privado apunta que “se cree que muchas y muy variadas eran las posibilidades de abuso, pero las más frecuentes y mejor definidas, eran las de uso desleal de los signos de todas clases que, los comerciantes e industriales empleaban para acreditar la procedencia y calidad de sus productos y conservar y aumentar clientela. Por eso, se considera que la primera manifestación positiva de la represión de la competencia ilícita se limitó a la creación

²⁰ Diccionario de Derecho Privado. *Op.cit* .Pág.1018.

de unas nuevas figuras delictivas que definían y castigaban la violación de los derechos adquiridos sobre el uso de tales signos distintivos, y que fueron incorporadas a los respectivos Códigos penales, al lado del repertorio clásico de los delitos ordinarios”.²¹

Sin embargo se observa que, quedaba fuera de régimen positivo, la posibilidad de perseguir y castigar todas las demás hipótesis de competencia desleal. Y por ello, los delitos ya definidos tendían a afirmarse como instituciones con vida propia e independiente de aquella genérica de la cual no eran sino manifestaciones de más urgente y más obvia regulación.

Son coincidentes todas las legislaciones en exigir el reconocimiento legal de tales modalidades del derecho de propiedad industrial, se debe implementar el cumplimiento de determinados requisitos administrativos, de los cuales el más importante es su inscripción en los registros oficiales creados al efecto, estos registros permiten una objetivación de los delitos para la mayor eficacia de la represión.

No obstante, ello resultaría ser una invitación a la realización de toda clase de competencia deshonesta y reprobable contra tales comerciantes e industriales que hubieran descuidado el registro de sus signos distintivos, y la doctrina y la jurisprudencia de todos los países se inclinaron desde el primer momento a buscarles defensa en los principios generales del derecho común, invocados asimismo para perseguir los demás actos de competencia ilícita no relacionados para nada con el empleo de tales signos.

²¹ *Ibid* .Pág. 1019.

Así pues, y según ha quedado indicado con anterioridad, la competencia ilícita es considerada como sinónimo de competencia desleal y excluyente, del concepto de competencia prohibida, por lo que, puede ser entendida en los dos sentidos siguientes, ambos válidos y utilizables en las legislaciones y la doctrina:

En sentido amplio o genérico será competencia ilícita, según el diccionario de derecho privado “toda la que una persona o empresa, sin infracción de las normas legales o contractuales determinantes de la llamada competencia prohibida, practica contra otra u otras, con o sin violación de los derechos de propiedad industrial que éstas puedan tener registrados”.²²

En sentido limitado o específico se concluye que se entenderá como competencia ilícita “la consistente en los actos desleales que con ánimo de ganarles la clientela realice una persona o empresa con otra u otras, siempre que tales actos no constituyan violación delictiva de derechos de propiedad industrial registrados a nombre de éstas.”²³

d. Conductas desleales: El autor Francis LeFebvre expresa que “en general es desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe, esta amplitud de la cláusula general no es óbice para que, con objeto de dotar de mayor certeza a la disciplina, la propia ley ofrezca un catálogo de actos y conductas que simplemente por incluirse en la citada relación, pueden ser calificadas como desleales en el ámbito de la competencia.”²⁴

²² *Loc. Cit.*

²³ *Loc. Cit.*

²⁴ LeFebvre, Francis. *Op. cit.* Págs. 41-43.

Se consideran como conductas desleales, las que generan en el consumidor las siguientes consecuencias:

Confusión. Se considera desleal todo comportamiento que resulte idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos.

Engaño. Bajo dicho término se comprenden tanto la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, como la omisión de las verdaderas, así como cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible para inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud en el empleo, calidad y cantidad de los productos y, en general, sobre las ventajas realmente ofrecidas.

Obsequios, primas y supuestos análogos. Que se ofrezcan con la intención de que se adquieran otros productos o servicios.

Denigración. Se estima desleal la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes.

Comparación. Se reputa desleal la comparación:

- a) Pública de la actividad, las prestaciones o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero, cuando se refiera a extremos que no sean análogos, relevantes ni comprobables.
- b) Engañosa o denigrante.

Imitación. Aunque, salvo que esté amparada por un derecho de exclusiva reconocida legalmente, la imitación de prestaciones e iniciativas empresariales ajenas es libre, se considera desleal la imitación:

- a) Cuando resulte idónea para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajenos, salvo de tales riesgos resulten inevitables.
- b) Sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales de un competidor cuando dicha estrategia se halle directamente encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado y exceda de lo que, según las circunstancias, puede reputarse una respuesta natural del mercado.

Explotación de la reputación ajena. Es desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado.

Violación de secretos. Siempre que se efectúe con ánimo de obtener provecho, propio o de un tercero, o de perjudicar a su legítimo titular, y con independencia de que se realice o no en el mercado con fines concurrenciales, se considera desleal:

a) La divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente a consecuencia de alguna infracción contractual.

b) La adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimiento análogo.

Inducción de la infracción contractual. La inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales que han contraído con los competidores, tiene la consideración de acto desleal.

Violación de Normas. Merece el juicio de desleal tanto prevalerse en el mercado de una ventaja sea significativa, como la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial.

Discriminación y dependencia económica. Bajo este enunciado se comprenden los siguientes actos desleales:

a) El tratamiento discriminatorio del consumidor en materia de precios y demás condiciones de venta, a no ser que medie causa justificada.

b) La explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse sus empresas o clientes o

c) proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad; circunstancia que se presume cuando un proveedor, además de los descuentos y condiciones habituales, deba conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares.

d) La ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida, sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de seis meses, salvo que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas o en caso de fuerza mayor.

e) La obtención, bajo amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, de precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en el contrato de suministro que se tenga pactado.

Venta a pérdida. Pese a que, salvo disposición contraria, la fijación de precios es libre, la venta realizada a bajo coste, o bajo precio de adquisición se considera desleal cuando:

a) Sea susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento.

b) Forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado.

De lo anteriormente expuesto, se concluye que las conductas desleales, son las que atentan contra los principios y la buena fe, no sólo afectan al competidor directo sino también al consumidor.

e. Buena fe y lealtad: Acerca de la buena fe y la lealtad indica Guillermo Jiménez Sánchez que “al no haberse tradicionalmente aplicado este estándar jurídico –la buena fe –al ámbito de las relaciones extracontractuales, sino exclusivamente a las contractuales, el concepto utilizado de modo no menos tradicional para calificar genéricamente la actuación empresarial en el mercado es la lealtad. De ahí que se hable de competencia leal y no de competencia en buena fe: la buena fe ha sido siempre contractual, la lealtad es extracontractual. En ambos casos, no obstante se está aludiendo a estándares jurídicos que en todo momento habrán de adecuarse a la sensibilidad jurídica de tiempo y lugar, sin embargo en varias legislaciones lealtad y buena fe son consagrados en términos de sinonimia y para uso indistinto tanto en ámbitos contractuales como extracontractuales.”²⁵

Se considera que la buena fe y la lealtad, van de la mano, y no podrían en términos de competencia, subsistir una sin la otra, pues la buena fe se circunscribe a las relaciones contractuales y la lealtad a las relaciones extracontractuales, que surjan entre los diversos tipos de empresas y empresarios.

Según apunta el autor Francis LeFebvre, considera que contra los efectos de competencia desleal pueden ejercerse las siguientes acciones:

- a) Declarativa de la deslealtad del acto.
- b) Cesación del acto, o de prohibición del mismo.
- c) Remoción de los efectos producidos por el acto.
- d) Rectificación de las informaciones, engañosas, incorrectas o falsas.

²⁵ Jiménez Sánchez, Guillermo, J. *Op. cit.* Pág.552.

e) Resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados por el acto, si ha intervenido dolo o culpa del agente.

f) Enriquecimiento injusto, que sólo procede cuando el acto lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico.²⁶

Se determina entonces que podrían ejercitar las acciones en contra de la competencia desleal:

a) Cualquier persona que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por el acto de competencia desleal, cuando se trate de las acciones declarativas, de cesación, de remoción, de rectificación y de resarcimiento de daños.

b) Al titular de la posición jurídica violada, cuando se trate de acción de enriquecimiento injusto.

f. **Ámbito de aplicación:** Se considera que la exposición de Guillermo J. Jiménez Sánchez²⁷, acerca del ámbito de aplicación de la competencia desleal es clara y se ajusta a cualquier legislación, por lo que a continuación se resume así: Se fundamenta la prohibición de la deslealtad competitiva en la defensa del interés de todos cuantos participan en el mercado –los restantes empresarios competidores que componen ordinariamente el lado de la oferta y los integrantes del lado de la demanda susceptibles de ser calificados jurídicamente como consumidores o como mera clientela sin mayores connotaciones tuitivas y protectoras -. Una conducta leal por parte de los

²⁶ LeFebvre, Francis. *Op.cit.* Pág. 43

²⁷ Jiménez Sánchez, Guillermo J. *Op. cit.* Pág. 553

intervinientes es beneficiosa para el interés general y en consecuencia, produce la prohibición de actos y situaciones desleales en el mercado. Se considera que ésta prohibición puede llevarse a cabo delimitando su campo de aplicación conforme los siguientes criterios:

a) **Objetivamente:** se aplica a los comportamientos competitivos de carácter desleal siempre que se realicen en el mercado y con la finalidad de competir en su seno. Los comportamientos pueden ser singulares con ocasión de un específico contrato u operación –lo que dará origen a un acto desleal –o permanentes y estructurales en la medida en que se vinculan con la actividad competitiva permanente y estructural –lo que dará origen a situaciones o estados de competencia desleal -. El carácter competitivo de los comportamientos es presumido por la ley cuando resulten objetivamente idóneos para la colocación o promoción de bienes o servicios en el propio mercado.

b) **Subjetivamente:** la prohibición de deslealtad se extiende a cualquier persona física o jurídica que participe en el mercado, empresarios propiamente dichos pero también entes o corporaciones públicos, fundaciones, etc.

c) **Territorialmente:** la prohibición de deslealtad es de aplicación a cualquier acto que produzca o pueda producir efectos sustanciales en el mercado de una nación. Consiguientemente, incluso actos realizados fuera de determinada nación pero con trascendencia para su propio mercado, podrían quedar sometidos a la prohibición legal.

Como se observa, todos los tipos enunciados de competencia desleal se dan dentro del ámbito jurídico, no sólo dentro del ámbito del Derecho Mercantil y Empresarial sino también dentro del ámbito del Derecho de la Propiedad Industrial. Se concluye afirmando que es la buena fe mercantil, el presupuesto de un criterio ético de conducta, en el desenvolvimiento de las actividades mercantiles y profesionales, por lo que la deslealtad se entiende entonces, como un delito en contra de la libertad, en donde la característica principal es la alteración maliciosa de la libertad de competencia.

CAPÍTULO III

3. Funciones y objetivos generales de las normas sobre competencia

3.1 Las funciones de las normas sobre competencia

Se debe diferenciar entre funciones y objetivos de las normas sobre competencia. Las funciones deben contener las finalidades últimas que se asignan a este tipo de normas, finalidades que pueden ser o deberían de ser comunes a todos los sistemas de economía de mercado. Esta unificación de la finalidad de las normas sobre competencia sería el mayor fundamento y apoyo que podría llegar a tener una normativa multilateral sobre política de competencia, que garantice realmente un sistema de competencia no afectado en el comercio internacional. La existencia de distintas normas con distintas finalidades o funciones distorsiona en gran medida el comercio internacional.

Por otra parte, los objetivos pueden variar en cada sistema jurídico, como consecuencia de la relación de estas normas con las normas constitucionales de cada País y de las medidas económicas que cada Estado soberano desee regular en sus normas sobre competencia.

3.2 Los objetivos de las leyes sobre competencia

Las leyes sobre competencia de la mayoría de los países que cuentan con este tipo de legislación comparten ciertos objetivos fundamentales. En el plano más esencial, uno

de los principales objetivos de la política de competencia es mantener una sana rivalidad entre las empresas en los mercados de bienes o servicios. Sin embargo en la mayor parte de los países el objetivo de mantener esa rivalidad está vinculado también a otros objetivos económicos y sociales más amplios, que a su vez influyen en la forma de aplicar las leyes en la materia y decidir los asuntos que surgen. Entre esos objetivos más amplios figuran los siguientes:

- Proteger a los consumidores contra el ejercicio abusivo del poder de mercado;
- Promover la eficiencia económica, tanto en sentido estático como dinámico.
- Promover el comercio y la integración en el ámbito de una unión económica o una zona de libre comercio;
- Facilitar la liberalización de la economía, incluidas la privatización, la desregulación y la reducción a las barreras a la entrada;
- Preservar y fomentar el desarrollo adecuado de una economía de mercado;
- Promover los valores democráticos, tales como el pluralismo económico y la dispersión del poder económico social;
- Garantizar la lealtad y la equidad en las operaciones del mercado;
- Proteger el "interés público", incluidas (en algunos casos) las consideraciones pertinentes a la competitividad y el empleo;
- Reducir al mínimo la necesidad de formas de regulación que conlleven a la injerencia política en una economía de libre mercado;
- Proteger las oportunidades para las empresas pequeñas y medianas.

La legislación, la jurisprudencia y la política de aplicación de la legislación en los países que cuentan con sistemas legales bien desarrollados en materia de competencia suelen incorporar varios de los objetivos antes mencionados.

En Latinoamérica se puede identificar coincidentemente que se ha dado, como objetivos principales a las leyes de competencia que se han implementado, la promoción y la protección de la libre competencia. La competencia se asume como el medio más eficiente de distribución de recursos y, en consecuencia, como el instrumento que garantiza mayores beneficios para los consumidores (quienes son los destinatarios finales de estas leyes) en términos de variedad, calidad y precio de bienes y servicios. En las distintas legislaciones de América Latina se pone énfasis en el concepto de eficiencia económica como el objetivo principal de estas normas. No obstante las leyes de la región persiguen otra serie de objetivos sociales y políticos colaterales como la promoción de la libertad de industria y comercio, la participación equitativa de las pequeñas y medianas empresas, la desconcentración de poder económico y la prevención de monopolios y abuso de posiciones dominantes por parte de las empresas más grandes.

Dentro del objetivo de eficiencia económica que persigue esta legislación, se determina cómo la agencia aplica la ley y, consecuentemente, lo que deben esperar los participantes en el mercado. No obstante, tradicionalmente las regulaciones sobre competencia se han asociado con el control de las prácticas monopolísticas de las empresas más poderosas en nuestros mercados, esto en virtud de las consideraciones

económicas que marcan que este tipo de prácticas resultan las más ineficientes en el sentido de que con la ausencia de los competidores, los precios y las condiciones para la producción son determinadas por un solo agente.

En cuanto al tratamiento que se le dará a las prácticas anticompetitivas, se han identificado dos objetivos dentro de las legislaciones latinoamericanas, basándose los mismos en dos sistemas sobre competencia que se han desarrollado a nivel comparado, siendo estos: 1) El primero basado en el concepto de poder de mercado y 2) Los sistemas basados en la posición de dominio.

3.3 Sistema basado en poder de mercado

Estos reciben su influencia en las leyes de los Estados Unidos de América. Este sistema se centra en la capacidad de una determinada empresa de reducir la producción e imponer mayores precios. Para ello se toma en consideración la participación en el mercado de la empresa, independientemente de su tamaño.

Conforme a estos sistemas el concepto de eficiencia se traduce en control del poder de mercado, siendo el bienestar del consumidor el bien último a proteger. En consecuencia, aquellas conductas o acuerdos que afecten a los consumidores en la forma de precios más elevados son considerados ilegales. Este sistema tiene como principal objetivo, evitar que mediante prácticas anticompetitivas exista un posicionamiento del mercado tal por parte de pocos actores económicos, que les permita actuar de forma monopólica y de esta forma afectar el mercado.

3.4 Los sistemas basados en la posición de dominio

Estos reciben su influencia de la normativa sobre competencia de la Unión Europea. Se centran en evitar la formación de empresas dominantes. Se entiende que el tamaño de una empresa es determinante en capacidad de reducir la producción y elevar los precios, toda vez que facilita anticipar el acceso al mercado y el desempeño de los competidores más pequeños. Para estos sistemas la eficiencia económica se traduce en controlar no la posición de dominio, sino en abuso de la misma, siendo la protección de las oportunidades de las empresas más pequeñas el objetivo último de estas leyes.

La aplicación de los dos sistemas anotados anteriormente y que son los más influyentes en las legislaciones sobre competencia en todo el mundo, han sido enormemente debatidos por la confusión que el uso de éstos trae si los sistemas referidos son vistos como opuestos el uno de otro. Por ejemplo, después de décadas de desarrollo en los países industrializados, se ha llegado a un consenso acerca de la ilegalidad absoluta de aquellos acuerdos entre competidores respecto de la formación de precios, ello con independencia del sistema que sea. Se ha considerado irrelevante que el acuerdo restrinja la competencia debido al poder de mercado o a la posición de dominio de las empresas participantes. Simplemente, existe consenso respecto a que este tipo de acuerdos no contribuye con los objetivos de la competencia.

La diferencia entre los dos sistemas más notable con relación al análisis de aquellos acuerdos donde los precios y la producción no son el objetivo principal de las normas sobre competencia, como por ejemplo, ciertos acuerdos entre productores y

distribuidores y aún más en los casos de prácticas monopolísticas y de concentraciones económicas. El análisis de estos acuerdos, y en consecuencia, la consecución de los objetivos asociados a la eficiencia económica, va a diferir dependiendo del sistema y tipo de estructura de análisis que privilegie cada ley.

Con excepción de México, las leyes dictadas en América Latina se alinean dentro de los sistemas basados en posición de dominio. La ley mexicana está más cercana al sistema estadounidense respecto del concepto de poder de mercado. Chile también ha seguido el modelo estadounidense, más que por la redacción de la ley, por la forma en que se ha implementado. El caso de Guatemala se analiza más adelante.

3.5 La economía de mercado y la política de competencia

Una economía de libre mercado será entonces un antecedente importante para entender o para justificar la necesidad de la política de competencia, en virtud de que al existir una economía o una política económica que dé libertad absoluta a los diferentes participantes en un mercado para que, su demanda y en el intercambio de sus productos se establezca o se creen las condiciones de libre mercado que marcarán todos los aspectos económicos que deben existir, como por ejemplo, los consumidores, la competencia, la competitividad, los precios, etc.

En términos generales la política de competencia solamente será un mecanismo útil o necesario dentro de una economía de libre mercado, (sin importar el tamaño del mercado) en virtud de que solamente en un mercado en donde exista una variedad de

productores, distintas necesidades y gustos de los consumidores dentro de dicho mercado y distintos grupos que participen en el comercio de bienes y servicios, donde se verá el Estado en la necesidad de crear lineamientos y políticas que rijan este modelo económico para que se salvaguarden los intereses del "bien común" y se garanticen los principios de libertad de comercio, industria y trabajo que en nuestro caso constitucionalmente es necesario mantener para que el sistema económico que se pretende se logre.

3.6 La economía de mercado y la intervención pública en la economía

Los sistemas jurídicos de los Estados que forman el mundo occidental, son parte de la corriente que proclama la libertad, la igualdad de los individuos como ostentadores de derechos subjetivos. Dicho pensamiento tiene sus orígenes en la Revolución Burguesa de los siglos XVIII y XIX y adquirieron mayor fuerza después de la II Guerra Mundial, mediante la reafirmación de dicha igualdad frente a los demás y frente a los poderes públicos que, mediante su actuación, pueden poner en peligro dichos principios. Estos principios de libertad e igualdad no son absolutos, en primer lugar porque la igualdad es una aspiración que se encuentra en el subconsciente del hombre y la libertad se encuentra limitada por la propia libertad de los demás, por lo que un sistema de libertad absoluta generaría mayor desigualdad.

Por lo relativo de estos principios reconocidos relativamente por los Estados, han provocado la intervención de los poderes públicos en ámbito de dichos derechos. Recientemente la intervención del Estado ha originado una disciplina jurídica o rama del

derecho denominada "Derecho Económico", rama del derecho público a la que corresponde la política de competencia. El derecho económico lo integran todas aquellas materias que se utilizan para el ordenamiento de la economía de un Estado o de una región económica.

En las políticas económicas que se han utilizado en la historia reciente en el mundo occidental, tanto en el proceso de producción como en el de distribución, se han fundamentado dichas políticas en el derecho subjetivo de propiedad privada sobre los medios de producción y consiguientemente en la libertad de utilización de estos derechos. Sin embargo, ha sido fundamentalmente tanto en el campo de la economía como en el campo del derecho, la intervención de los poderes públicos en la economía, utilizando la facultad de intervenir en la misma, ya sea para garantizar la propia libertad, o bien para promover la igualdad de los hombres. Actualmente la intervención del Estado en la economía se da cada vez de forma más esporádica, solamente para atender situaciones coyunturales, y lo más importante es que dicha intervención se da mediante un sistema institucionalizado.

La intervención que se da actualmente se origina de una serie de situaciones históricas diferentes que el derecho no ha hecho más que cristalizar en normas, por lo que consideramos necesario hacer una breve reseña de las etapas más importantes, siendo éstas:

A) El mercantilismo: Este fue el sistema económico utilizado en los siglos XV y XVIII, en el cual los grandes mercaderes influían en el gobierno, tanto que como menciona

Galbraith, en su libro "El capitalismo americano", "los mercaderes no sólo influían en el gobiernos, sino que ellos mismos eran el gobierno²⁸."

Por esta situación, el intervencionismo estatal en esta época se orientó a eliminar la competencia, mediante la concesión de monopolios en la explotación de productos o regiones; de esta época se originan monopolios como la "Marchant Adventurers" y la "East India Company. Un ejemplo del funcionamiento de empresas como estas con la ayuda o intervención del Estado, es cuando el Estado promocionaba la utilización de la flota nacional para el transporte de las mercancías frente a las flotas extranjeras. En esta época hubo una marcada protección arancelaria, el subsidio y promoción de los monopolios.

B) Las escuelas fisiocráticas y clásica. Estas son consideradas las dos doctrinas económicas más importantes de la historia, y tienen su origen en el siglo XVIII. La escuela fisiocrática, de gran implementación en Francia, y representada principalmente por Quesnay y Turgot. Estos identificaban la existencia de un solo bien productivo, y lo encontraban en el sector agrícola. Teóricamente fundamentaban tal afirmación expresando que en el sector agrícola los individuos persiguen su propio fin trabajando para el bien de los demás, por lo que, según (*laissez faire* y *laissez passer*), el individualismo económico genera el máximo beneficio. Estos principios no fueron más que teóricos y los impulsores de la escuela fisiócrata apoyaron la regulación para restringir las exportaciones de manufacturas, que eran vistas como causas de

²⁸ Galgano, Francesco. Derecho Comercial (El Empresario). Pág. 32

empobrecimiento, y la fijación de precios mínimos agrícolas como método de favorecer la producción agrícola.

La escuela clásica se inicia con la obra escrita en 1776 por Adam Smith "La riqueza de las naciones", con la que se marca el inicio de la escuela clásica, con exponentes anglosajones. Es en este momento cuando se puede hablar por primera vez de un mercado autoregulado por medio de la competencia. La hipótesis de esta escuela se basa en mencionar que los particulares, buscando su interés particular y compitiendo con los demás por su progreso económico y social, alcanzan el progreso de la sociedad en su conjunto. Como consecuencia del sentimiento de simpatía, Smith²⁹ considera que la búsqueda del propio beneficio debe realizarse mediante la actuación leal, o dentro del fair play (juego justo). Sin embargo el propio Smith defensor del sistema de mercado competitivo, señalaba las imperfecciones de éste.

Para este autor, "...el interés de los traficantes en cualquier rama del comercio o de la industria es siempre en cierto modo diferente, o incluso opuesto, al interés público. El interés de la competencia es siempre ampliar mercado y reducir la competencia." Este mismo autor expresa que "...si la ley no pueden impedir que las gentes de un mismo oficio o profesión se congreguen ocasionalmente, no debe hacer nada que facilite dichas asambleas, y mucho menos que las vuelva necesarias.", indicando a la vez que los comerciantes son partidarios del monopolio." Aunque Smith y otros autores resaltan estos defectos, se reconoce mediante este sistema que la economía de mercado contribuye en gran medida al advenimiento de un sistema político-económico en el que

²⁹ Ibid, pág. 32

la libertad sea el máximo exponente, y la finalidad de este sistema la eliminación del sistema feudal.

El sistema feudal colapsó principalmente por la Ley de Say, la cual manifestó que la producción crea su propia demanda, por lo que la superproducción solamente es posible en ocasiones muy particulares. Por otra parte el surgimiento de los sindicatos que se establecen plenamente con la Ley de Bronce, y por último con la existencia inevitable del monopolio que es la negación de toda competencia.

Dado que los monopolios fueron una de las principales causas de rompimiento de la escuela clásica, los defensores de esta tuvieron que optar por apoyar la intervención pública para combatir los monopolios. Por lo anterior y pese a que la evolución de los pensamientos expuestos brevemente con anterioridad eran provenientes del viejo continente, fue en los Estados Unidos de América donde surgieron las leyes antimonopolio o antitrust, las cuales muy posteriormente fueron exportadas a Europa.

El sistema clásico partía del hecho teórico que la existencia de mercados en competencia perfecta donde una multiplicidad de empresarios y consumidores sin poder para fijar los precios, se subastaban los productos, siendo el mercado el que determinaba el precio, dependiendo de la oferta y la demanda. Por eso el monopolio era considerado también en aquellos tiempos como una ineficiencia que destruía el sistema.

La breve exposición de las escuelas económicas más famosas e influyentes en el mundo occidental, nos dan la referencia de la necesidad o por lo menos la justificación encontrada en las situaciones económicas de los países, para la intervención de los poderes públicos, requiriéndose dicha intervención muchas veces por el incurrimento de los comerciantes en actos monopólicos que han desvirtuado hasta las creencias más profundas de libertad económica, como se manifestó en la exposición de la escuela clásica. Estos hechos dieron como resultado el origen de las normas antimonopolio (antitrust) en Estados Unidos como forma de intervenir de los poderes públicos en la economía.

CAPÍTULO IV

4. Antecedentes extranjeros de la ley de defensa de la competencia

4.1 La legislación anti-monopolio (Antitrust) en Estados Unidos

Las normas anti-monopolio (antitrust) estadounidenses se caracterizan por ser amplias y, hasta cierto punto, vagas, y han tenido que apoyar su aplicación y su elaboración judicial en consideraciones ajenas a los textos legales, enfocadas en el análisis económico y en el funcionamiento de los mercados. Los aspectos sustantivos de la legislación antitrust en los Estados Unidos de América se encuentran incluidos, principalmente, en tres cuerpos legales que son la Ley Sherman, la Ley Clayton y la Ley de la Comisión Federal de Comercio.

La Ley Sherman de 1890 es la ley que se conoce como el primer cuerpo legal que regula las prácticas anticompetitivas y los monopolios en el mundo, llamada así por el congresista estadounidense que la propuso, tipifica dos delitos que son: a) los contratos y combinaciones que restrinjan el comercio; y b) la monopolización (actos que pretendan el abuso de posición de dominio en el mercado.)

La Ley Clayton, posterior a la Ley Sherman, regula y prohíbe cuatro tipos de prácticas restrictivas o "antitrust", como se llamaron en los Estados Unidos de América, que son: a) la discriminación de precios; b) los contratos de exclusividad y las cláusulas atadas; c) la adquisición de empresas competidoras y d) los directorios vinculados.

La Ley de la Comisión Federal de Comercio regula, por su parte, la competencia desleal y las prácticas comerciales engañosas.

Con respecto a la aplicación de las normas antitrust en Estados Unidos de América, la Comisión Federal, para combatir las prácticas consideradas prohibidas o perjudiciales, utiliza el criterio de aplicación o consideración de la práctica per se (por sí misma considerada o por el solo hecho de incurrir en la práctica), a diferencia de otras legislaciones que permiten la utilización de la "regla de la razón", para la consideración de la práctica; es decir, hacen una consideración más analítica de lo que sucede en el mercado como efecto de la práctica y los motivos que llevaron a realizarla.

En los Estados Unidos de América se considera que existe una infracción a la ley per se cuando, demostrados los extremos que incriminan a las partes sujetas a investigación, por ejemplo el haber efectuado un acuerdo para fijar precios o para dividir mercados, no es necesario para la Comisión Federal hacer consideraciones sobre el origen o motivo de la conducta, ni los fines que persigue para determinar que es ilícita, sino simplemente con comprobar la participación de determinada empresa en una de las prácticas reguladas, se procede a sancionar a la misma por la realización de determinada práctica.

La regla de la razón no se utiliza en los Estados Unidos, por el hecho de que los casos planteados ante las cortes se resuelvan dentro de un marco basado en los antecedentes de casos anteriores, en virtud de que el sistema jurídico estadounidense

se basa en la regla del precedente, influyendo así en las resoluciones emitidas en un caso y en las decisiones que se tomen en otros casos similares subsiguientes. Por lo expuesto, los fallos que resuelven sobre la comisión o no de una práctica anticompetitiva por parte de una empresa en un caso determinado, deben incidir sobre los fallos o resoluciones que se adopten en el futuro frente a supuestos semejantes. Esta es la principal razón por la que no se utiliza en el sistema estado, la regla de la razón como criterio dentro de una investigación antimonopolio (antitrust).

De esta forma las prácticas reguladas en la legislación estadounidense se aplican o se juzgan de acuerdo a una interpretación per se de la práctica demandada, haciendo de esta forma que la aplicación de las normas estadounidenses sean extremadamente rígidas y sujetas a sanciones igualmente rígidas por la participación de la práctica prohibida por una empresa, sin que la Comisión Federal realice consideración alguna en lo relativo a análisis de lo expuesto por las empresas que justifiquen el motivo y los fines de la práctica, sino más bien deben demostrar su no participación en la misma. Por ser este sistema el pionero en la aplicación de sanciones en contra de las prácticas anticompetitivas, el nivel de cultura creada en aquella economía da lugar a sancionar drásticamente las prácticas que se identifican en la legislación, creando normas claras que den herramientas a la Comisión Federal a salvaguardar la libre competencia en el mercado más grande del mundo.

4.2 Legislación Francesa sobre la competencia

Las normas francesas han influenciado fuertemente el sistema antimonopolio (antitrust) europeo, y se encuentran dispersas en diversas leyes, decretos y ordenanzas, de acuerdo a su sistema jurídico propio, entre las que cabe la mención de las siguientes:

a) El Artículo 429 del Código Penal, en donde se sancionan las maniobras fraudulentas o las alteraciones en el juego natural de la oferta y la demanda, mediante acciones individuales o conjuntas, que produzcan un alza o baja artificial en los precios.

b) La Ordenanza 45-1483 del 30 de junio de 1945, la cual contiene normas de diversa especie relativas a la libre competencia a los mercados. En esta ordenanza se permite a los productores fijar los precios para los productos en etapas subsiguientes de la comercialización. Prohíbe las negativas a vender o satisfacer pedidos formales en condiciones o situaciones normales de mercado, las cláusulas atadas y la fijación de precios mínimos, mediante prácticas concertadas u otros medios. Incluye una norma que prohíbe y anula las acciones concertadas, acuerdos, convenios expresos o tácitos y coalicionales, que impidan, que restrinjan o falseen la competencia, y las actividades de quienes ocupen una posición dominante la cual se caracterice de una situación de monopolio o una concentración manifiesta de poder económico siempre que estas impidan o dificulten el funcionamiento normal del mercado. Se excluye de estos acuerdos o prácticas si estas "resulten de la aplicación de un texto legislativo o reglamentario", o que "tengan por efecto el desarrollo del progreso económico, especialmente mediante el crecimiento de la productividad."

c) La Ordenanza 45-1484, del 30 de junio de 1945, regula la aplicación de normas sobre concurrencia. Estas disposiciones incentivan la concurrencia de nuevos agentes económicos al mercado, mediante la creación de normas que prohíban acuerdos atados que intenten el fortalecimiento de la posición de dominio en determinado sector por una o varias empresas y que tiendan a volver cada vez menos atractivo la incursión de nuevos agentes al mercado.

d) La Ley 63-628, del 2 de julio de 1963, prohíbe las ventas a pérdida y los descuentos que tengan efectos similares. Estas normas no permiten el dumping local, prohibiendo que las empresas intenten posicionarse del mercado realizando ventas por debajo del valor normal de producción de determinados bienes.

e) La Ley 73-1193, del 27 de diciembre de 1973, prohíbe las ventas u otras operaciones a precios o condiciones de venta discriminatorias. Limita asimismo las prestaciones a título gratuito realizadas a favor de los consumidores o usuarios de bienes o servicios. Sanciona también la publicidad engañosa.

f) La ley 77-806, del 19 de julio de 1977, crea una comisión de la concurrencia, que regula la concentración económica y actúa conjuntamente con el Ministerio de Economía y otros Ministerios competentes en el área de la producción y comercialización, a fin de establecer las medidas necesarias para la debida concurrencia.

La legislación francesa sobre competencia no ha alcanzado el desarrollo que sistemas normativos con fines similares han tenido en otros países europeos, particularmente Alemania y Gran Bretaña; sin embargo, sus normas han creado uno de los mercados de mayor inversión en nuevas ramas de producción, logrado gracias a la creación de una fuerte cultura de libre competencia adquirida desde la Revolución Francesa.

4.3 Marco jurídico centroamericano en materia de competencia

a. Guatemala: A partir de los años noventa se ha tratado el tema de Competencia.

a.1 Situación de Guatemala en relación a sus vecinos: En Guatemala, desde el año 1997, durante los últimos gobiernos, el Ministerio de Economía ha venido desarrollando un anteproyecto de Ley de Competencia, que incorpora las últimas políticas y el marco regulatorio internacional en este tema. Se ha contado con la participación de expertos internacionales y nacionales en su desarrollo y revisión, quedando únicamente pendiente el apoyo político, el cual muchas veces no se logra en primer lugar por desconocimiento del tema, o por una mala interpretación de la política de competencia, desde el punto de vista de que los monopolios deben ser erradicados, cueste lo que cueste, concepción que ha cambiado radicalmente con la doctrina moderna de la competencia, en la cual los monopolios no deben de ser destruidos por el mismo hecho de ser monopolios, sino únicamente sancionados cuando abusen de su posición de dominio de mercado.

a.2 ¿Por qué una Ley de Competencia para Guatemala?: El tema de la regulación de monopolios en Guatemala no es nuevo, ya ha sido regulado a nivel constitucional y en leyes ordinarias generales y leyes especiales desde hace algunas décadas.

El marco jurídico guatemalteco actualmente en materia de competencia es:

- a) Constitución Política de la República de Guatemala
- b) Código de Comercio
- c) Código Penal
- d) Ley de Comercialización de Hidrocarburos
- e) Ley General de Telecomunicaciones
- f) Ley de Bancos
- g) Ley de la Propiedad Industrial

a) Constitución Política de la República de Guatemala: La Constitución Política de la República que data del año 1985 en el Artículo 130 expresamente prohíbe los monopolios y privilegios, el cual dice así: “Artículo 130. Prohibición de Monopolios. Se prohíben los monopolios y privilegios. El Estado limitará el funcionamiento de las empresas que absorban o tiendan a absorber, en perjuicio de la economía nacional, la producción en uno o más ramos industriales o de una misma actividad comercial o agropecuaria. Las leyes determinarán lo relativo a esta materia. El Estado protegerá la economía de mercado e impedirá las asociaciones que tiendan a restringir la libertad del mercado o perjudicar a los consumidores.”

A la norma constitucional citada, se le debe hacer un análisis detenido, pues no sólo se limita a prohibir los monopolios en forma *per se* sino también los privilegios.

En el mismo texto establece como deber del Estado la siguiente:

- Limitar el funcionamiento de empresas que absorban o tienden a absorber la producción de uno o más ramos industriales o de una actividad comercial o agropecuaria, en perjuicio de la economía nacional. Para poder cumplir con este deber de acuerdo al mismo artículo constitucional, será en las demás leyes que regulen todo lo relativo a la prohibición de monopolios y privilegios.

-Proteger la economía de mercado.

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

De acuerdo a esta norma constitucional el sistema jurídico guatemalteco debe desarrollar los principios que informan el derecho de competencia, pues en su contenido se evidencia que sus fines son:

-Preservar y promover la libre competencia.

-Incrementar la eficiencia económica y el bienestar del consumidor.

-El control de los actos de concentración económica, los acuerdos restrictivos o los arreglos entre empresas, fusiones o adquisiciones.

-El abuso de la posición de mercado dominante, que limiten el acceso a los mercados o de cualquier forma restrinjan indebidamente la competencia, afectando de forma adversa el comercio nacional, internacional o el desarrollo económico.

-Impedir el funcionamiento de prácticas excesivas que conduzcan a la concentración de bienes y medios de producción en detrimento de la colectividad; y prohibir las prácticas monopólicas y privilegios.

Asimismo la Constitución Política establece como obligaciones del Estado según el Artículo 119: “Obligaciones del Estado entre otras las siguientes: h) Impedir el funcionamiento de prácticas excesivas que conduzcan a la concentración de bienes y medios de producción en detrimento de la colectividad;”

Con base a esta norma el Estado de Guatemala debe impedir el funcionamiento de prácticas excesivas como lo son los acuerdos restrictivos, carteles y los abusos de posición de dominio.

“i) La defensa de consumidores y usuarios en cuanto a la preservación de la calidad de los productos de consumo interno y de exportación para garantizarles su salud, seguridad y legítimos intereses económicos.”

La defensa de los intereses económicos del Consumidor es obligación del Estado, y al promover la competencia en el mercado, para que esto ocasione productos de mejor calidad a un precio más competitivo, en beneficio del consumidor.

“l) Promover el desarrollo ordenado y eficiente el comercio interior y exterior del país, fomentando mercados para los productos nacionales;”

Otra obligación del Estado es el fomento de los mercados, y qué mejor forma de fomentarlos que eliminar las barreras de entrada o de salida de los mismos para que los agentes económicos puedan desarrollar sus actividades sin ninguna restricción artificial.

“n) Crear las condiciones adecuadas para promover la inversión de capitales nacionales y extranjeros.”

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

En las normas constitucionales enunciadas se encuentra la base sólida para el desarrollo de una política de competencia por medio de la cual se proteja el mercado, se brinde eficiencia económica, se impidan las asociaciones que restrinjan la libertad de competir y se protegen los intereses económicos del consumidor.

b) Código de Comercio: El Código de Comercio Decreto 2-70 del Congreso de la República, en el Artículo 361 establece: Prohibición de Monopolios. “Todas las empresas, tienen la obligación de contratar con cualquiera que solicite los productos o servicios que prestan, observando igualdad de trato entre las diversas categorías de consumidores.”

El epígrafe de esta norma no coincide con el texto del artículo, porque no prohíbe el monopolio pero si impone la obligación de los comerciantes de no discriminación, norma que está relacionada con la competencia y establece la obligación de trato igual a las diversas clases de consumidores, propia de una ley moderna de defensa del consumidor.

En el Artículo 365 del Código de Comercio establece que: “Efectos de la existencia de competencia desleal. La resolución que declare la existencia de actos de competencia desleal, dispondrá la suspensión de dichos actos, las medidas necesarias para impedir sus consecuencias y para evitar su repetición y resarcimiento de daños y perjuicios cuando sea procedente.

En caso que se determine que los actos de competencia desleal se realizaron por dolo o culpa del infractor, el Tribunal podrá disponer la publicación de la sentencia por cuenta de aquél.”

c) Código Penal: En una regulación diferente a la establecida en la Constitución Política y en el Código de Comercio, el Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República, que está vigente desde 1973, tipifica ciertas figuras o conductas en los Artículos 340 y 341, dando especial trato al acaparamiento de bienes con el fin de ocasionar escasez y subir precios.

“Artículo 340. (Monopolio). Quien, con propósitos ilícitos, realizare actos con evidente perjuicio para la economía nacional, absorbiendo la producción de uno o más ramos

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

Al igual que el Código de Comercio, el epígrafe del artículo no define claramente según la doctrina moderna, qué es un monopolio u oligopolio, además agrega el elemento de tener un propósito ilícito, el cual se puede interpretar como un dolo, algo que dista mucho de la realidad y de las condiciones de un mercado. Además la sanción que establece es sumamente baja en cuanto a la multa y por el plazo de la prisión ésta es conmutable, y sí se analiza detenidamente esta norma no fomenta por ningún lado la eficiencia económica ni el bienestar del consumidor.

“Artículo 341. (Otras formas de monopolio). Se consideran, también actos de monopolio contrarios a la economía pública y el interés social. El acaparamiento o sustracción al consumo de artículos de primera necesidad, con el propósito de provocar el alza de los precios en el mercado interno; Todo acto o procedimiento que impida o se proponga impedir la libre concurrencia en la producción o en el comercio; los convenios o pactos celebrados sin previa autorización gubernativa encaminados a limitar la producción o elaboración de algún artículo, con el propósito de establecer o sostener privilegios y lucrar con ellos; la venta de bienes de cualquier naturaleza, por debajo del precio del

costo, que tenga por objeto impedir la libre competencia en el mercado interno; la exportación de artículos de primera necesidad sin permiso de la autoridad competente cuando se requiera, si con ello puede producirse escasez o carestía. El responsable de alguno de los hechos enumerados anteriormente será sancionado con: prisión de seis meses a tres años y multa de doscientos a mil quetzales.”

“Artículo 358. (Competencia Desleal). Quien, mediante maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier medio de propaganda desleal, tratare de desviar en beneficio propio o de un tercero, la clientela de un establecimiento industrial o comercial, será sancionado con multa de doscientos a dos mil quetzales, si el hecho no constituyere otro delito más grave.”

Estas normas hacen una regulación más puntual sobre conductas y actos sancionados con prisión y multa, pero al igual que la anterior las sanciones son leves y no buscan la eficiencia económica en el mercado ni el beneficio del consumidor, elementos esenciales de una política de competencia moderna.

d) Ley para la comercialización de hidrocarburos: Se ha tocado el tema muy superficialmente en leyes más modernas a partir de 1996, como lo son la Ley de Comercialización de Hidrocarburos, en la que se regula ciertas pero no se establecen medidas correctivas o sancionatorias. Esta ley no le da al ente regulador cuáles de los hidrocarburos los elementos legales necesarios para sancionar todas aquellas conductas que atenten contra la libre competencia.

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

e) Ley General de Telecomunicaciones: La Ley General de Telecomunicaciones, del año 1996, es el resultado de la privatización del mercado de las telecomunicaciones que pasó de ser un monopolio estatal a una apertura de mercado total, en el que cualquier interesado puede participar y donde las contrataciones, la fijación de precios, son libremente pactados entre las partes contratantes.

“Artículo 22. Libertad de competencia. Las condiciones contractuales, así como los precios, para la prestación de toda clase de servicios comerciales de telecomunicaciones, serán libremente estipulados entre las partes y no estarán sujetos a regulación ni aprobación por autoridad estatal, excepto por lo que se relaciona con el acceso a recursos esenciales lo cual queda sujeto a lo prescrito en esta ley.”

Esta ley representa un paso significativo para la apertura de los mercados y la modernización de la economía guatemalteca, se dio una invitación a la inversión nacional y extranjera para el desarrollo del mercado, se desmonopolizó el mismo con todos los beneficios directos para los consumidores y usuarios, no obstante que todavía se señalan ciertas irregularidades en el proceso de privatización de la empresa estatal, lo cual desde la perspectiva del consumidor poco importa, pues el Estado dejó de prestar un servicio que poco satisfacía y lo traspasó al sector privado, donde quizás no

es perfecto pero es mucho mejor de lo que teníamos hace 30 años, cuando tener un teléfono en Guatemala, era un lujo.

Ahora bien, al aperturar el mercado de las telecomunicaciones se apostó que el mercado se regularía por sí mismo a través de la competencia perfecta, lo cual hay que tener cuidado ya que si se pregunta a los agentes económicos, se dan los abusos de posición de dominio del agente económico con mayor participación en el mercado, y la ley de la materia no obstante que establece una libertad en el mercado no le otorga al ente regulador las facultades para sancionar la concentración en un mismo proveedor de los servicios de telecomunicaciones que actualmente no se limitan propiamente a telefonía fija.

Es necesario contar con un conjunto de normas que promuevan la libre competencia, para que el mercado de las telecomunicaciones siga trasladando al consumidor precios más bajos, mejor servicio y diversidad de opciones.

f) Ley de la Propiedad Industrial: El Artículo 173 de la Ley de Propiedad Industrial, regula los casos específicos que se aplican para tipificar la comisión del delito de competencia desleal.

Es de hacer notar que de conformidad con el Artículo 21 de la Ley en los incisos a) al h), se delimita minuciosamente los casos en que debido a la existencia de derechos adquiridos de terceros sobre signos distintivos registrados, dicha forma de competencia desleal es inadmisibles e ilegal.

g) Leyes que regulan las fusiones o concentraciones económicas: Las concentraciones económicas son una de las formas en que se pueden crear concentraciones de actividades económicas en un pequeño grupo de agentes económicos en un mercado particular, lo que puede conllevar a la cartelización del mercado, al abuso de poder del agente económico dominante y a la aparición de restricciones verticales u horizontales.

Ahora bien, dentro del marco jurídico guatemalteco, el Código de Comercio establece los requisitos legales para la fusión de empresas y sociedades, lo cual puede ser por transformación o absorción, pero únicamente se limita a regular lo estrictamente formal, sin tomar en cuenta la posición de mercado que una empresa puede adquirir al concentrarse o fusionarse, es simplemente estructural.

En ese orden el Artículo 256 del Código de Comercio establece que: “la fusión de varias sociedades puede llevarse a cabo en cualquiera de estas formas: 1- Por la creación de una nueva sociedad y la disolución de todas las anteriores que se integren en la nueva; 2- Por la absorción de una o varias sociedades por otra, lo que produce la disolución de aquellas.”

En todo caso, la nueva sociedad o aquella que ha absorbido a las otras, adquiere los derechos y las obligaciones de las sociedades disueltas.

h) Ley de Bancos: La Ley de Bancos Decreto del Congreso 19-2002, del Congreso de la República, regula en el Artículo 11, la fusión, absorción y adquisición de bancos y

establece que las mismas, serán autorizadas o no por la Junta Monetaria, la cual deberá reglamentarlo.

La Junta Monetaria emitió la resolución JM-90-2003 por lo que crea el reglamento para la autorización de fusión de entidades bancarias, la adquisición de acciones de una entidad bancaria por otra de similar naturaleza, así como la cesión de una parte sustancial del balance de una entidad bancaria.

El reglamento regula como formalizar la fusión o absorción entre dos o más entidades bancarias, únicamente velando por que se cumplan los requisitos formales y que la institución tenga solidez económica para operar en el mercado, sin tomar en cuenta aspectos tan importantes para la economía como cuál va a ser su nueva cuota de mercado de las empresas fusionadas, cómo será afectada la eficiencia económica del mercado bancario, qué abusos de posición de dominio puede ejercer este nuevo agente económico ahora que tiene mayor participación del mercado o poder económico. Ante estas omisiones la Ley de Bancos, no es satisfactoria.

i) Anteproyecto de Ley de Competencia: Guatemala es un país en desarrollo y su economía necesita contar con las políticas e instrumentos legales que sirvan de base para el desarrollo de la eficiencia económica y todo como destinatario indirecto el consumidor.

Ahora bien, ¿cómo se puede lograr? Se puede alcanzar con la implementación de una política de competencia como política de Estado, instrumento que puede ayudar a mejorar el clima de negocios en Guatemala y atraer inversión extranjera y el fortalecer de los mercados.

¿Qué conlleva una política de competencia? Una política de competencia debe establecer un marco jurídico que permita eliminar del mercado, aquellos obstáculos para el inversionista nacional y extranjero, que lo limite en participar de un mercado libre de barreras, legales, barreras técnicas, restricciones derivadas de conductas y acuerdos verticales y horizontales.

Ahora bien, la política de competencia como tal, a través del principio de la abogacía en competencia va a buscar procurar la eliminación de todas aquellas barreras legales que se han venido insertando en el marco jurídico guatemalteco, en el que se crea una serie de privilegios en beneficio de ciertos agentes económicos y dejando fuera a otros posibles competidores, en perjuicio de la eficacia económica y del consumidor como un beneficiario indirecto de una política de competencia.

Para su implementación se debe hacer un proceso de desregulación de la economía, y ésta solo puede ser ejecutada por el Estado, como el principal proveedor de barreras legales en la economía.

a.3 Barreras legales: Se consideran barreras de este tipo a las normas que impone el gobierno de un país para permitir el acceso a su mercado interno de mercancías.

a) Mercado de telecomunicaciones: Actualmente el mercado de los servicios de telecomunicaciones está regulado por la Ley General de Telecomunicaciones, Decreto 94-96 del Congreso de la República, la cual establece en el Artículo 1 que el objeto de la ley entre otros, es fomentar la competencia entre los diferentes prestadores de servicios de telecomunicaciones. La misma ley establece en el Artículo 22 que las condiciones contractuales así como los precios para la prestación de toda clase de servicios comerciales de telecomunicaciones, serán libremente estipulados entre las partes y no estarán sujetos a regulación ni aprobación por autoridad estatal.

El Artículo 100 y el Artículo 1520 del Código Civil, Decreto Ley 106, le otorga al ejecutivo la facultad de revisar las normas y las tarifas de los contratos de adhesión. Estas normas por sí mismas no pueden garantizar la libre entrada al mercado de los agentes económicos, ni sancionar los abusos en que el agente económico que compró el monopolio estatal puede incurrir, ya que no existe un marco legal que promueva la competencia y que proteja al mercado. La Superintendencia de Telecomunicaciones, como ente regulador, actualmente, no puede sancionar los abusos de posición de dominio que esta haga.

El Congreso reformó el Código Civil y puso en vigencia de nuevo el Artículo 1520 de dicho Código. El fin es proteger los intereses de los consumidores. Esta norma provoca

un obstáculo de acceso al mercado, ya que se contrapone al texto del Artículo 22 de la Ley de Telecomunicaciones y crea una nueva barrera, la cual es la autorización del Ejecutivo de las tarifas y contratos para la prestación de éstos servicios.

Se considera que no es a través de este tipo de normas que se protege el mercado y menos a los consumidores, es a través de una legislación que prohíba conductas restrictivas, los abusos de posición de dominio, los carteles y sancione los abusos en que incurran los agentes económicos.

b) Mercadeo de energía eléctrica: Este mercado está regulado por la Ley General de Electricidad, Decreto 93-96 del Congreso de la República. Al igual que el mercado de las telecomunicaciones cuenta con un ordenamiento jurídico que crea un órgano administrativo para la aplicación de la ley, que es eminentemente técnica. Esta y la Ley General de Telecomunicaciones Decreto Número 94-96, en cuanto a la protección del mercado, no contienen los instrumentos ni la capacidad técnica para corregir cualquier abuso de posición de dominio, cartel o medida restrictiva que se den en el mercado por parte de los agentes económicos.

Establece el Artículo 1 de la Ley General de Electricidad en términos generales que es libre la generación de electricidad, el transporte, el servicio distribución y los precios, pero la prestación del servicio de electricidad con la excepción de los servicios de transporte y distribución se encuentran sujetos a autorización. En términos generales, esta ley elimina cualquier barrera de entrada al mercado.

Sin embargo, con la reforma del Artículo 1520 del Código Civil, que faculta al Ejecutivo para autorizar las tarifas y revisar los contratos, ya no podemos hablar de una libre competencia en las tarifas sino que aprueba la arbitrariedad del Ejecutivo lo que termina de desalentar la inversión en el sector.

No obstante la literal b) del Artículo 4, la Comisión debe únicamente limitarse a ver cuestiones de índole eminentemente técnica, para lo cual cuentan con un buen marco legal. Lo que se refiere a cuestiones eminentemente de protección de la libre competencia, a través de la prohibición de conductas o estructuras que puedan obstaculizar la entrada y salida del mercado, deberá de regularse en una ley específica, aplicada por un órgano autónomo, con capacidad técnica y financiera para estudiar el mercado y corregir sus imperfecciones.

c) Mercado de la salud: El mercado de la salud está conformado por una serie de instituciones públicas centralizadas y descentralizadas, autónomas y semiautónomas, municipalidades e instituciones privadas cuya competencia u objeto es la administración de acciones de salud.

Establece la Constitución Política de la República en el Artículo 93 que la salud es un derecho fundamental del ser humano, sin discriminación alguna. En el Artículo 94 del mismo cuerpo legal, establece que el Estado velará por la salud y la asistencia social de todos los habitantes.

En el Artículo 100 establece que el Estado reconoce y garantiza el derecho a la seguridad social para beneficio de los habitantes de la nación. Asimismo establece el citado artículo que la aplicación del régimen de seguridad social corresponde al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social.

Después de analizar las normas citadas, se puede concluir que es aquí donde se establece a nivel constitucional un obstáculo a la entrada a la prestación de servicios de seguridad social en el mercado de la salud, al establecer por disposición de la ley un monopolio en esta rama de la actividad, lo cual como se ha comprobado deja afuera a buena parte de los habitantes de la nación, en violación de lo establecido el Artículo 93 citado.

A lo largo de la historia, la institución cuenta con déficit en virtud que en violación del Artículo 100 segundo párrafo, tanto Estado, empleadores y empleados tienen la obligación de contribuir, siendo a la fecha el Estado el mayor deudor del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social.

d) Mercado de transporte: En el Artículo 131 la Constitución Política establece quizá una de las primeras barreras de entrada a un mercado que de conformidad con dicho artículo goza de la protección del Estado y para la instalación y explotación de cualquier servicio de transporte nacional o internacional, es necesaria la autorización gubernamental. Aquí se establecen dos barreras en este mercado, la primera es que se goce de la protección del Estado, a pesar de que no es función de este estar

protegiendo los agentes económicos, sino promoviendo la competencia entre los mismos. Segundo, es a nivel constitucional donde se establece la autorización para operar en dicho mercado, constituyendo esto una barrera de entrada para operadores nacionales e internacionales.

Esto es otro ejemplo, de cómo a nivel constitucional hay sectores del mercado que gozan de una protección indebida del Estado, teniendo como resultado servicios de mala calidad, a precios altos en perjuicio del consumidor, al cual estas normas, deben de beneficiar y proteger, y no a los agentes económicos que participan en el mercado.

e) Mercado de la educación superior: En la Constitución Política de la República de Guatemala, en el Artículo 87, se encuentra un obstáculo de entrada al mercado de los servicios profesionales. Establece el artículo en mención, que sólo serán reconocidos en Guatemala, los grados, títulos y diplomas otorgados por las universidades legalmente autorizadas y organizadas para funcionar en el país.

Así mismo establece que es la Universidad de San Carlos la única facultada para resolver la incorporación de profesionales egresados de universidades extranjeras y para fijar los requisitos previos que al efecto hayan de llenarse. Los profesionales que adquieren una educación superior fuera de Guatemala, haciendo una inversión económica alta en su educación, son premiados en primer lugar por el Estado, no reconociendo sus títulos y por lo tanto en principio vedándoles el derecho a ejercer su profesión. Para ejercer tienen que someterse a una serie de pruebas para que sus

títulos sean reconocidos y poder incorporarse y colegiarse, para así poder participar de la vida económica nacional. Todo esto también constituye una limitación a la libertad de trabajo que la misma Constitución establece.

Como parte de este tema, se puede mencionar como ejemplo el arancel de abogados, procuradores, mandatarios judiciales, expertos, interventores y depositarios, el cual limita la libre competencia entre los agentes económicos; estableciendo un arancel del cual no podrán cobrar menos de lo ahí estipulado. Protegiendo la ley al agente económico y no al mercado ni a los consumidores.

De la misma manera, las barreras técnicas son establecidas a través de reglamentos y leyes, por medio de los cuales en nombre de la protección al consumidor se establecen regulaciones que lo único que hacen es servir de barrera técnica a la entrada del mercado de otros agentes económicos y protegen a los agentes económicos existentes, en lugar de promover la competencia entre ellos.

a.4 Anteproyecto de Ley Ministerio de Economía –MINECO–: El Ministerio de Economía, a través de un largo proceso de investigación, estudio, comparación, contratación de asesores nacionales e internacionales, ha elaborado un anteproyecto de Ley de Libre Competencia, para darle cumplimiento al Artículo 130 de la Constitución Política de la República, proyecto que elimina aquellos actos, conductas o acuerdos entre agentes económicos competidores y no competidores, que atenten contra la libertad de mercado y los legítimos intereses económicos del consumidor.

Dicho anteproyecto ha sido inspirado entre otros en la ley marco de UNCTAD (Conferencia de Naciones Unidas para el Desarrollo y el Comercio).

Se considera que Guatemala emprendió su proceso de reforma económica más lentamente que el resto de los países centroamericanos. Se partió de la premisa de que era necesario sentar las bases de una economía competitiva y moderna que contara, entre otras cosas, con los elementos básicos de una política de competencia. Diversos estudios realizados en el país concluyeron que la estrategia de competitividad requerida debería concentrarse en la creación o desarrollo de un aparato productivo con posibilidades reales de insertarse eficientemente en mercados internacionales, así como de un conjunto de instituciones que apoyaran el proceso de atracción de inversiones y de adopción y adaptación de nuevas tecnologías. Por último, se planteaba mejorar las condiciones de competencia a fin de elevar la eficiencia empresarial y el bienestar del consumidor. Desde 1996 muchos de los esfuerzos nacionales se orientaron a alcanzar objetivos, lo que se tradujo en la reducción de aranceles, en sustanciales esfuerzos de simplificación administrativa y de supresión de restricciones a las importaciones e inversiones extranjeras, y en la eliminación de monopolios en industrias estratégicas del país.

a.5 Marco institucional y legal: Se resume entonces que la Constitución Política guatemalteca favorece la libertad de comercio y obliga al Estado a impedir las prácticas excesivas que conlleven a una concentración de bienes. Asimismo, en el Artículo 119 se refiere a la protección del consumidor y más adelante, en el 130, prohíbe los

monopolios y los privilegios. Adicionalmente, se cuenta con un Código de Comercio, un Código Penal y una Ley de Protección al Consumidor. La prohibición de monopolios, cárteles y otras formas de monopolios están contempladas en el Código Penal, y el tratamiento de fusiones, prohibición de monopolios y actos desleales están previstos en el Código de Comercio. En cambio, no existe en el país una legislación específica de competencia o antimonopolio, aunque un proyecto de ley está en proceso de discusión y análisis en la Comisión de economía y del consumidor del Congreso. El proyecto se ajusta a los modelos básicos sugeridos por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD).

El proyecto de ley de promoción de la competencia presentado al Congreso en septiembre de 2000 tiene por objeto, preservar y promover la libre competencia, mediante el control de los actos de concentración económica, los acuerdos restrictivos o los arreglos entre empresas, las fusiones o adquisiciones, el abuso de la posición del mercado dominante, que limiten el acceso a los mercados o de cualquier forma restrinjan indebidamente la competencia, afectando de forma adversa el comercio nacional, internacional o el desarrollo económico. Impidiendo el funcionamiento de prácticas excesivas que conduzcan a la concentración de bienes y medio de producción en detrimento de la colectividad; y prohibiendo las prácticas monopólicas y privilegios.

En términos generales, el proyecto busca elevar la eficiencia y por ende la competitividad. El proyecto fue analizado en dos ocasiones por el gabinete económico y ha sido consensuado con los entes privados del país. Actualmente, la discusión es aún

de tipo técnico, ya que no existen estudios sectoriales completos que permitan conocer con claridad qué barreras de entrada y salida existen, ni el tipo de colusiones y concentraciones o los acuerdos verticales y horizontales predominantes en los sectores estratégicos. En el enfoque utilizado predomina el esquema europeo de competencia y la distinción entre acuerdos restrictivos de comercio y abuso de posición dominante de mercado. El proyecto de ley se compone de cinco títulos. El primero se refiere a las disposiciones generales, el segundo a los acuerdos y prácticas contrarias a la competencia e incluye cinco capítulos: acuerdos horizontales, verticales, abuso de posición de dominio, concentraciones y fusiones y acuerdos verticales. El tercer título se refiere a la comisión para la promoción de la competencia, con un capítulo único de disposiciones generales; el cuarto aborda los procedimientos administrativos y el último, las disposiciones transitorias y reformas.

Tras un extenso período de debate y discusión se cuenta actualmente con proyectos de ley formulados para proteger al consumidor, la competencia, la propiedad intelectual y la calidad (en sus áreas de normalización, acreditación, metrología e información). En temas relacionados con la competencia, existe una Ley General de Electricidad, Ley General de Telecomunicaciones, Ley de Comercialización de Hidrocarburos, Ley de Propiedad Intelectual, Ley de Inversión Extranjera y Ley de Bancos, que ya fueron analizadas individualmente con anterioridad en el presente trabajo.

En el plano institucional sobresale el Programa Nacional de Competitividad (PRONACOM), instaurado en 1998 y coordinado por el Ministerio de Economía. El

PRONACOM nace del proyecto regional de competitividad bajo el cual se creó el Centro Latinoamericano para la Competitividad y Desarrollo Sostenible, (CLACDS) con un programa concentrado en tres áreas: *clusters*, mejoramiento del clima de negocios y divulgación del programa. Adicionalmente, el Ministerio de Economía cuenta con un Viceministerio de Inversión y Competencia en el que opera una dirección de protección al consumidor, un sistema nacional de calidad, una dirección de competencia y una unidad de servicio al comercio y a la inversión.

En adición al proyecto de ley de promoción de la competencia, el PRONACOM ha promovido estudios y evaluaciones en algunos sectores de la economía, y ha concluido que es necesario definir una política de competencia mucho más amplia que conduzca a mejorar el acceso a mercados, la efectividad y la calidad de las regulaciones, los incentivos para atraer nuevas inversiones y, en general, para mejorar el bienestar del consumidor. Se sugiere impulsar un conjunto de reformas que modernicen y racionalicen los mecanismos de la regulación de la actividad económica siguiendo criterios y principios de eficiencia, bienestar de los consumidores y competitividad industrial, de modo que se incida en las relaciones de los agentes económicos públicos y privados que participan en los mercados, con un criterio de impulsar la competencia en lugar de reprimir la actividad de los agentes privados.

Algunos casos que se pueden mencionar dentro de la economía guatemalteca son los que se relacionan con los costos generados por el Estado en los mercados en cuanto restringe la entrada o salida de un agente. De esta manera, se han analizado las

condiciones de competencia en el sector de telecomunicaciones e hidrocarburos. Asimismo, la dirección de competencia ha identificado mercados con rasgos monopolísticos en la producción, importación y distribución de cerveza, en la producción de cemento, bebidas alcohólicas, azúcar, supermercados, arroz y trigo.

a.6 Regulación y privatización: En 1991 se inició un proceso poco exitoso de privatización y reforma económica en Guatemala, orientado a programas de desmonopolización que pretendían aportar mayor eficiencia a los mercados, atraer mayores flujos de inversión extranjera y financiar inversiones sociales en los sectores de salud y educación. En 1993 comenzó un proceso selectivo de venta de activos estatales de baja utilización y rendimiento con objeto de financiar programas de interés social. De hecho, el elemento más distintivo de la reforma económica en el período 1981-1996 fue la venta de activos estatales para financiar la brecha fiscal y obtener recursos frescos para actividades y programas de la agenda social.

Los objetivos de eficiencia económica no fueron planteados con el mismo énfasis, y al final el proceso no contó con el respaldo político necesario ni con la credibilidad institucional para impulsar una reforma de esa profundidad y alcance. En 1998 concluyó la parte más importante del proceso con el programa de desincorporación de activos y la privatización de la Empresa Eléctrica de Guatemala (EEGSA) y las empresas distribuidoras del Instituto Nacional de Electrificación (INDE) y Telecomunicaciones de Guatemala (TELGUA). Asimismo se completó el contrato administrativo con la empresa de correos y el de usufructo con la de ferrocarriles.

a.7 Leyes antidumping y otras medidas compensatorias: Guatemala adoptó el Acuerdo de la Ronda Uruguay por Decreto Ejecutivo 37-95 en junio de 1995. Asimismo es miembro signatario del Consejo de Ministros responsables de integración económica y desarrollo regional sobre prácticas de comercio desleal desde diciembre de 1995. Este acuerdo es compatible con los acuerdos de la Organización Mundial de Comercio (OMC). El organismo responsable de la aplicación de antidumping y medidas compensatorias es la Dirección de Integración Económica del Ministerio de Economía, entidad que conduce las investigaciones concernientes a las prácticas de comercio desleal en Guatemala. Sin embargo, de forma oficial no se han implementado lineamientos que describan los procedimientos administrativos a seguir o las medidas correctivas a aplicar cuando se detecten casos de prácticas de comercio desleal.

b. Honduras: Las reformas económicas emprendidas por Honduras a fines de la década de 1980 consistieron en desregular el tipo de cambio y las tasas de interés, liberar los precios de una serie de bienes usualmente controlados, además de reducir aranceles y eliminar barreras no arancelarias al comercio, entre otras medidas. La intención de estas reformas era transferir del Estado al mercado la determinación de una serie de variables económicas. Además, también procuró sanear las finanzas públicas mediante el alza de los impuestos y las tarifas de servicios públicos y, por medio de la Ley de Ordenamiento Estructural de la Economía, derogar una serie de exoneraciones al arancel de importaciones, así como elevar el impuesto a la renta y a las ventas.

Si bien las medidas señaladas dieron una serie de resultados económicos positivos, el país sigue adoleciendo de fuertes problemas relacionados con las condiciones de competencia inadecuadas. En este sentido, Honduras tiene la calificación más baja en materia de apertura comercial, en infraestructura y en calidad de las instituciones, ya que es el penúltimo en Centroamérica, según la evaluación que realiza el Instituto Centroamericano de Administración de Empresas (INCAE) en su índice de competitividad³⁰. Honduras también ocupa el último lugar en cuanto a competitividad microeconómica, en todas las categorías de este índice, incluyendo aquella de - industrias afines-, que mide la capacidad de las empresas de abastecerse localmente y de la competencia que deben hacer frente en el mercado doméstico.

b.1 Marco Institucional y Legal: Las condiciones de competencia en sentido amplio abarcan un rango variado de aspectos cuyo desarrollo ha sido heterogéneo en Honduras. Así, se ha avanzado poco en materia de ley antimonopolio. Existe un Código de Comercio que data de 1950 y que rige los casos de prácticas monopolísticas entre empresas. Las demandas que surgen en este ámbito son competencia de los juzgados de lo civil o de lo criminal, según sea el caso. En el año 2006, se aprobó finalmente la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia, que contiene: en el Título I. objetivos de la ley; Título II. Conceptos y definiciones; Título III. Ámbito de aplicación de validez espacial de la ley; Título IV. De la competencia: Capítulo I. Las prácticas y conductas prohibidas. Capítulo II. De las concentraciones económicas; Título V. De la comisión para la defensa y la promoción de la competencia: Capítulo I. Disposiciones

³⁰ “La calificación sobre infraestructura mide la calidad del sistema de transporte, las telecomunicaciones, la electricidad, las instalaciones portuarias, etc. La calidad de las instituciones se refiere a los servicios institucionales jurídicos y sociales, el estado de derecho, los derechos de propiedad intelectual, la corrupción y la tolerancia de la delincuencia.” (INCAE 1999)

generales. Capítulo II. De la organización de la comisión. Capítulo III. De las funciones de la comisión; Título VI. De las sanciones y otras medidas; Título VII. Del procedimiento administrativo: Capítulo I. El procedimiento para exigir información. Capítulo II. El procedimiento para sancionar las prácticas, actos y conductas prohibidas. Capítulo III. El procedimiento relativo a las concentraciones económicas. Capítulo IV. Del procedimiento relativo a las medidas provisionales. Capítulo V. Régimen de publicidad; Título VIII. Disposiciones finales: Capítulo I. Disposiciones generales. Capítulo II. Entrada en vigencia y disposiciones transitorias. Para la elaboración de la ley antes mencionada, se realizó un estudio comparativo de las leyes de competencia de Costa Rica, Panamá y Venezuela, entre otras, y se creó la propuesta acorde con las características de Honduras.

A pesar de que aún no existe una ley antimonopolio, se ha avanzado considerablemente en sentar las bases para mejorar las condiciones de competencia. Por ejemplo, la Ley de Protección al Consumidor de 1989 ha sido muy importante para poner fin a muchos abusos sufridos por los consumidores en el mercado y frente a los cuales tenían muy pocas posibilidades de defenderse. Esta ley está siendo sometida a revisión para mejorarla, y varias propuestas de anteproyecto intentan sustituirla con el fin de adecuarla a las condiciones económicas actuales y definir más precisamente algunas de las responsabilidades de los actores en el mercado. Uno de los cambios necesarios es adecuar la ley a la situación actual de desregulación, en el que el poder ejecutivo en la práctica ya no ejerce controles de precios. Asimismo, un anteproyecto amplía la parte de la ley que atañe a los proveedores con el objeto de especificar los

actores responsables frente a los consumidores. Finalmente, se extiende la ley a los servicios (excepto servicios de particulares), los cuales estaban originalmente considerados en forma muy marginal.

Se ha avanzado también en la administración de la justicia en materia de los derechos del consumidor. Los delitos en ésta área se dividen en penales y administrativos. Anteriormente, los casos penales estaban a cargo de los jueces en los juzgados, mientras que ahora los atiende un fiscal especial. De hecho con el fin de dar curso a estos procedimientos penales se creó la Fiscalía Especial del Consumidor en 1997, adscrita al Ministerio Público. Esta institución ha mejorado mucho la administración de la justicia en este campo, ya que alrededor del 99% de las citaciones son atendidas. Asimismo, los delitos administrativos los maneja la Dirección General de Producción y Consumo de la Secretaría de Industria y Comercio. Desde la creación de este último organismo se han logrado alrededor de 800 conciliaciones.

Otra área donde ha habido cambios en el funcionamiento de los mercados ha sido aquella destinada a propiciar la mayor participación del sector privado nacional y extranjero en la oferta de servicios públicos que tradicionalmente habían sido exclusivos del Estado. A principios del decenio de 1990 se había acumulado un rezago tecnológico muy significativo y una profunda ineficiencia en esta área. La Ley de Promoción de Desarrollo de Infraestructura y Obras Públicas (conocida como Ley de Concesiones) de 1998 define con claridad las condiciones para el otorgamiento de concesiones, licencias y permisos para la construcción, mantenimiento de obras, instalaciones y servicios públicos.

Esta ley se hizo indispensable después del huracán Mitch, cuando era necesaria una reconstrucción rápida y generalizada de infraestructura dañada, ya que el Estado no tenía la capacidad suficiente para ejecutar grandes proyectos de infraestructura y se requería del sector privado nacional y extranjero para llevar a cabo esta tarea. En este marco se concesionaron los servicios aeroportuarios y se están otorgando contratos municipales para la prestación privada o mixta independiente de servicios de agua potable y saneamiento. La regulación de lo normado por esta ley es responsabilidad de la Superintendencia de Concesiones y Licencias, reglamentada por la Contraloría de la República, donde está adscrita.

Una serie de leyes han coadyuvado a mejorar las condiciones de competencia de los mercados para los inversionistas extranjeros. Entre éstas se encuentran, La Ley de Inversiones de junio de 1992 (considerada una ley modelo por el FIAS por su “contenido, claridad y concisión) y en el año 2000 se adecuó la Ley de Propiedad Intelectual a los Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) de la OMC (nueva Ley de los Derechos de Autor y nueva Ley de los Derechos Industriales).

Se puede agregar también la Ley de Estímulo de la Producción, a la Competitividad y Apoyo al Desarrollo Humano (N 131-98) de 1998 que, entre otras cosas, redujo significativamente el impuesto sobre la renta y el activo neto. La Ley de Reforma Tributaria de 1998, por su parte hizo descender la tasa de impuesto sobre la renta del 42% al 27%, con lo cual quedó al mismo nivel de las demás naciones de la región. Otro cambio favorable para las empresas fue la eliminación gradual sobre activos netos y

las exportaciones y una marcada reducción de aranceles sobre importación de materias primas, y maquinaria y equipos industriales. Además, la Ley de Conciliación y Arbitraje, que sustituyó el procedimiento arbitral de 1906, abrió la posibilidad que el Estado se sometiera a arbitraje con los particulares. Actualmente se encuentra aprobada la Ley de Simplificación Administrativa, cuyo propósito es eliminar trabas burocráticas del Código de Comercio para crear empresas.

b.2 Leyes antidumping y otras medidas compensatorias: Honduras, como miembro de la OMC desde 1994 se ha adherido al acuerdo antidumping y al acuerdo sobre subsidios y medidas compensatorias.

Asimismo, Honduras se rige por el Reglamento Centroamericano de Prácticas Desleales de Comercio (Resolución No. 12-95 del Consejo de Ministros Responsables de la Integración Económica y Desarrollo Regional, 1995). Sin embargo, prácticamente no ha habido disputas. Se registró un caso de conflicto con Nicaragua sobre las importaciones de confites que ganó Honduras. El organismo encargado de llevar a cabo las investigaciones ante denuncias de competencia desleal o dumping es la Dirección de Integración Económica del Ministerio de Economía; para los casos que puedan surgir en el comercio centroamericano, es la Secretaría Permanente del Tratado General de Integración Económica Centroamericana (SIECA).

c. Nicaragua: El país emprendió su proceso de reforma económica tardíamente y con características muy propias, dado el contexto económico, político y social en el que se desarrollaron. Desde principios de la década de los noventa, el objetivo planteado fue el de implementar una legislación de competencia orientada a facilitar el acceso a los mercados de los agentes económicos, elevar la eficiencia económica y la transparencia y reducir la tendencia de prácticas comerciales que limitan la libre competencia, a la vez que disminuyen el bienestar del consumidor.

A partir de diversos estudios y eventos organizados por el Ministerio de Fomento, Industria y Comercio (MIFIC) con el apoyo de la Sociedad Alemana de Cooperación Técnica (GTZ), se emprendieron acciones de divulgación y discusión sobre el derecho de competencia y libre competencia que culminaron en el desarrollo de un anteproyecto de ley. Hasta la fecha de la elaboración de este informe, los esfuerzos por contar con una ley de libre competencia en Nicaragua no ha prosperado, y para muchos las perspectivas de que se apruebe en corto plazo no son alentadoras, particularmente por la falta de acuerdos y consensos tanto de los agentes económicos como de las estructuras de decisión política. En este informe se sostiene que la legislación de competencia es solamente un instrumento de la política de competencia que debe complementarse con un desarrollo institucional y de recursos humanos, además de compatibilizarse con la tendencia y orientación política comercial.

c.1 Marco institucional y legal: Los Artículos 99, 104 y 105 de la Constitución Política de Nicaragua se refieren a las prácticas anticompetitivas y a la necesidad de defender el concepto de eficiencia en la asignación de recursos y mayores beneficios al consumidor, garantizar la libertad de empresa y la igualdad de éstas ante la ley y las políticas económicas del Estado. En Nicaragua existe una clara conciencia entre los agentes económicos y las autoridades nacionales sobre la imperiosa necesidad de elevar su productividad y competitividad; sin embargo, el papel de una ley política de competencia no siempre resulta tan evidente, especialmente cuando se plantea que las empresas y los productores no están continuamente expuestos a una competencia efectiva. Nicaragua inició en la década de los noventa un esfuerzo de modernización económica con el propósito de profundizar la libertad económica y elevar la inversión extranjera directa, siguiendo la premisa de promoción de la competencia como principio fundamental del modelo económico. En este sentido, se concibió que una ley de promoción de competencia era el primer instrumento para ofrecer un marco regulatorio estable y transparente que minimizara y/o evitará las prácticas comerciales anticompetitivas.

Nicaragua, al igual que Guatemala, carece de una legislación de competencia; aún así, cuenta con leyes sectoriales para los mercados de energía eléctrica, telecomunicaciones, hidrocarburos y mercados financieros, algunas de las leyes más importantes en esta materia son: la Ley de Creación de la Superintendencia de Bancos y de otras Instituciones (No. 125 del 10 de abril de 1991); la Ley General de Telecomunicaciones y Servicios Postales (No. 200 del 18 de agosto de 1995); la Ley de

Suministro de Hidrocarburos y el capítulo VI sobre promoción de la competencia (No. 277/6 de febrero de 1998); la Ley de la Industria Eléctrica (No. 272 del 23 de abril de 1998) y la Ley Reforma a la Ley Orgánica del Instituto Nicaragüense de Energía (INE) (No. 271 del 1 de abril de 1998).

Un anteproyecto de ley de promoción de la competencia de fecha 21 de noviembre de 2000, plantea como objetivo central promover la libertad económica, la eficiencia económica y el bienestar del consumidor. Asimismo, establece la prohibición de prácticas anticompetitivas y propone mecanismos de desregulación y readecuación de los marcos regulatorios y del comercio y de la economía. Uno de los aspectos sobresalientes de este anteproyecto de ley es la definición específica que hace de conceptos como posición dominante de mercado, mercado relevante, agentes económicos, concentración y eficiencia económica. El anteproyecto contiene nueve capítulos. El primero expone las disposiciones generales, el objeto; las definiciones y el ámbito de aplicación; el segundo se refiere a las prácticas monopolísticas, el tercero al mercado relevante; el cuarto a las concentraciones; el quinto versa sobre la autoridad nacional de la promoción de la competencia y se propone crear la Comisión Nacional de Promoción de la Competencia, como organismo descentralizado del poder ejecutivo, pero vinculado orgánicamente al MIFIC. El sexto capítulo especifica las sanciones y medidas cautelares; el séptimo aspectos de procedimiento de las investigaciones; el octavo contiene disposiciones finales y el último disposiciones transitorias.

En materia institucional, se han logrado avances en los organismos de supervisión y regulación de las empresas estatales privatizadas. En aspectos normativos, mediante la Ley No. 290 y su reglamento, se creó el 1 de septiembre de 1998 la Dirección General de Competencia y Transparencia de Mercados con el objetivo de promover la libre competencia, la eficacia y defender los derechos del consumidor en todos los mercados internos de bienes y servicios. Adicionalmente cumple funciones de organización, dirección y supervisión de los sistemas nacionales de normalización y metrología, y se compone de cuatro direcciones: a) la Dirección de Promoción de la Competencia y Desregularización, que desarrolla el marco regulatorio y acciones puntuales de competencia, b) la Dirección de Defensa al Consumidor, c) la Dirección de Tecnología, Normalización y Metrología, y d) la Dirección de la Propiedad Intelectual, con actividades en marcas, patentes y derechos de autor.

Si bien no se cuenta con una legislación en materia de competencia, la Dirección General de Competencia y Transparencia de Mercados busca con todas las limitaciones de presupuesto y de personal del caso, proteger al consumidor, dotándolo de mecanismos de información que mejoren sus decisiones de compra y protejan su bienestar. Recientemente se ha impulsado importantes esfuerzos para reducir trámites innecesarios y promover mejores alternativas gubernamentales, con algunos esfuerzos notables en materia de propiedad intelectual. En este último aspecto, en Nicaragua se encuentran protegidas más de 70,000 marcas y otros signos distintivos; se han mejorado los tiempos de servicio del Registro de la Propiedad Intelectual (RPI) y existe una legislación moderna en la materia.

Por lo que se refiere a normalización, se registran esfuerzos conjuntos entre las universidades, la empresa privada y el gobierno, y se cuenta con la Comisión Nacional de Normalización Técnica y de Calidad y con la Comisión Nacional de Metrología. En metrología se ha iniciado el establecimiento definitivo del sistema internacional de unidades y ya funciona un laboratorio nacional de metrología. A su vez, la Oficina Nacional de Acreditación (ONA) desarrolla todas las tareas de reconocimiento formal a un organismo o persona para que desempeñe funciones de inspección, ensayos y calibraciones y certificación.

En otros aspectos de avance institucional tendientes a mejorar las condiciones de competencia del país, se aprobó la ventanilla única para la industria de la construcción y un comité de trabajo para la creación de la ventanilla única de inversiones.

Finalmente en materia de defensa del consumidor (Ley No 182), el MIFIC, a través de la Dirección de Defensa del Consumidor, ha resuelto más de 260 casos y ha desarrollado una labor intensa para crear y fomentar los derechos de los consumidores.

d. El Salvador: El país impulsó durante la década de los noventa un proceso de profundas reformas económicas, precedido por una reforma agraria y por la nacionalización del sistema financiero y del comercio exterior del café y del azúcar.

Durante los noventa, el proceso de reforma económica se sustentó fundamentalmente en los preceptos del “Consenso de Washington”. En su primera fase se centró en

medidas de privatización; luego en la desregulación, que incluyó la liberación de precios y la reducción del papel intervencionista del Estado; y por último, en la disminución de protecciones arancelarias o en la liberalización comercial. En algunos casos se obtuvo un relativo éxito, otros fueron menos exitosos y otros altamente cuestionados por la forma en que se implementaron. Sin embargo, es posible sostener que sobre la base de los rasgos estructurales del nuevo modelo económico (NME), se sentaron en El Salvador las bases de una economía más abierta, desregulada y privatizada, y se lograron, al mismo tiempo, mayores niveles de eficiencia productiva y mejores condiciones de competencia en algunos sectores; los cuales estuvieron acompañados a su vez de efectos adversos sobre el bienestar y la equidad.

Buena parte de los efectos adversos del proceso de reforma económica se explican por el descuido –o quizás indiferencia –por los procesos de “consolidación” de las reformas, las cuales si bien siguen siendo muy debatidas, resulta claro que eran esenciales para países como El Salvador, donde era necesario emprender las acciones tendientes a modernizar el Estado y la administración pública, y en general a formar y capacitar recursos humanos y fortalecer a todo aparato institucional y de promoción, supervisión y vigilancia de estos nuevos procesos. Sin duda alguna, la reforma laboral y las condiciones de competencia efectiva quedaron relegadas del debate y del posterior diseño de la política pública.

El Salvador reconoce la necesidad de contar con un marco internacional de reglas y normas de competencia que beneficien el comercio internacional y con una política de

competencia que incluya al menos tres áreas fundamentales: la prohibición de acuerdos, la prohibición del abuso de una posición dominante en el mercado y el control de las fusiones y adquisiciones. En el país se están haciendo esfuerzos por alcanzar estos objetivos, y la existencia de una ley de libre competencia, refleja el grado de relevancia que tiene una legislación y una política de libre competencia para el desarrollo de accesos a mercados, de incentivos para la inversión nacional y extranjera, de mejora del clima de negocios y de mayor eficiencia del aparato productivo en su conjunto.

d.1 Marco institucional y legal: En El Salvador, desde principios de la década de los noventa se venía discutiendo acerca de la Ley de la Competencia, en los últimos años el debate resurgió con más fuerza, al formarse una Comisión de Fomento de la Competencia, dentro de la Asamblea Legislativa que analizó cinco anteproyectos de ley, elaborados por distintas instituciones: el Ministerio de Economía, el Partido Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN), el Centro de Defensa del Consumidor (CDC), el Partido de Conciliación Nacional (PCN) y algunos integrantes de la Comisión de Fomento a la Libre Competencia. Finalmente en el año 2004, se decreta la Ley de Competencia, que se divide en: Título I: Capítulo Único. Disposiciones Generales; Título II: Capítulo I. De la Superintendencia de Competencia. Capítulo II. Del Personal. Capítulo III. Del Patrimonio Presupuestario; Título III. De las Prácticas Anticompetitivas: Capítulo I. De los Acuerdos entre Competidores. Capítulo II. De las Prácticas Anticompetitivas entre No Competidores. Capítulo III. Del Abuso de la Posición Dominante. Capítulo IV. De las Concentraciones; Título IV. Infracciones,

Sanciones, Procedimientos y Recursos: Capítulo I. De las Infracciones y Sanciones. Capítulo II. De los Procedimientos y Recursos; Título V: Capítulo Único. Disposiciones Finales, Transitorias, Derogatorias y Vigencia.

Además existe un conjunto de normas vinculadas a la competencia económica que regulan la protección y defensa del consumidor y sectores como el de electricidad, hidrocarburos y telecomunicaciones, en los cuales actúan sus respectivos entes de supervisión y regulación.

Por otra parte, los Artículos 101, 102 y 110 de la Constitución Política de El Salvador favorecen la libertad política y establecen la prohibición de prácticas monopolísticas. Adicionalmente, el Código Penal en el Artículo 232 preveía sanciones sobre delitos relativos al mercado, la libre competencia y la protección al consumidor, pero en el año 2004 fue derogado, con la entrada en vigencia de la Ley de Competencia.

d.2 Regulación y privatización: El proceso de reforma económica en El Salvador se inició con el saneamiento de algunos bancos y posteriormente con su venta. Luego continuó con la venta de hoteles, ingenios, zonas francas y la empresa de cemento del país, así como la liberalización del comercio exterior del café y del azúcar. En una segunda etapa del proceso se privatizó la mayor parte de los servicios públicos, incluyendo las empresas distribuidoras de energía eléctrica y telecomunicaciones. Un aspecto de esta misma etapa fue la transformación del sistema de seguridad social a un sistema de pensiones basado en la capitalización individual y en la gestión privada.

Por otra parte, el proceso de reforma regulatoria adoptó la forma de desregulación y se tradujo en la eliminación de controles de precios y en el ajuste de las tarifas de agua potable, energía eléctrica y transporte público de pasajeros. En 1980 también se liberó la tasa de interés y se estableció un sistema de tipo de cambio libre. Posteriormente, ante el riesgo de que el tipo de cambio se apreciara más como consecuencia del flujo abundante de remesas familiares, se tomó la decisión de volver a un sistema de cambio fijo. En el caso de algunos productos agrícolas de consumo básico se introdujo un mecanismo de aranceles variables, denominado de bandas de precios, con el propósito de proteger al consumidor y al productor de la enorme inestabilidad que caracteriza los precios de esos productos en los mercados internacionales, pero posteriormente fue eliminado.

Luego y de forma gradual, el proceso de reforma se extendió a la apertura y liberalización comercial, que incluyó los mecanismos convencionales de reducción gradual y eliminación de aranceles de las importaciones y a las barreras no arancelarias, en particular la eliminación del impuesto aplicado a la exportación del café.

Actualmente, el país cuenta con un grupo de organismos fiscalizadores encargados de realizar actividades de supervisión y vigilancia en los diferentes sectores de la economía que influyen de manera decisiva en las condiciones de competencia del país. Entre los más importantes se cuentan las superintendencias del sistema financiero, de valores, de pensiones y de energía y de telecomunicaciones.

d.3 Leyes antidumping y otras medidas compensatorias: El Acuerdo Antidumping de la Organización Mundial del Comercio (OMC) se convirtió en la ley de la República en 1995 a través del Decreto Ejecutivo No. 167 y fue ratificado por la Asamblea Legislativa en ese mismo año. Asimismo, El Salvador firmó, también en ese año, la Resolución 12-95 del Consejo de Ministros Responsables de la Integración Económica y Desarrollo Regional, mediante la cual se aprobaban las regulaciones centroamericanas sobre prácticas de comercio desleal, que son totalmente compatibles con los acuerdos de la OMC.

El país cuenta desde 1996 con una guía sobre cómo iniciar casos de investigación de dumping y se trabaja en otra relacionada con los casos de subsidios. En el plano institucional, la Dirección de Política Comercial del Ministerio de Economía es la unidad responsable de conducir estas investigaciones y determinar las posibles consecuencias de las prácticas de comercio desleal.

e. Costa Rica: En Costa Rica se han implementado reformas económicas importantes a partir de la primera mitad de los años ochenta, entre las que destacan la apertura del mercado externo, la eliminación de la mayor parte de los controles de precios, la desregularización del sector financiero a fines de los años ochenta, la libertad de los exportadores de disponer de las divisas ganadas a través de sus exportaciones, e incluso la privatización de una serie de empresas del sector público. La liberalización comercial hizo descender el arancel promedio de más de 50% en 1985 a alrededor de 11% en 2000, y se han liberado casi la totalidad de los precios (muchos precios agrícolas estaban controlados).

Asimismo, se tendieron a eliminar los subsidios, aunque se crearon incentivos a las exportaciones que estuvieron vigentes hasta fines de los años noventa, al igual que en el resto de los países de la región. La diferencia a favor de Costa Rica es que tradicionalmente ha contado con un aparato estatal muy fuerte como proveedor de servicios públicos, e incluso de algunos bienes de consumo final (cerveza, por ejemplo) e intermedios (cemento, combustible), lo que, hasta cierto punto, se ha mantenido inclusive con las reformas económicas.

Costa Rica presenta una situación única en la región centroamericana en materia de políticas de competencia. Por una parte, es uno de los países que más ha desarrollado su marco institucional y legal para promover la competencia; por otra, prácticamente ha cesado el traspaso al sector privado de las empresas que proveen servicios públicos. Así, se han fomentado políticas para mejorar el funcionamiento del mercado, pero, manteniendo monopolios del sector público que no están sujetos al marco legal antimonopolio y otras políticas de competencia. De todas formas, se ha hecho un esfuerzo por modernizar la regulación así como por eliminar las distorsiones de precios y otras que han existido por décadas.

e.1 Marco institucional y legal: Con relación a Centroamérica, en Costa Rica, al igual que en Panamá, existe un desarrollo comparativamente mayor del marco legal e institucional para fomentar y proteger las condiciones de competencia del mercado.

Las condiciones de competencia están respaldadas por el Artículo 46 de la Constitución, que prohíbe los monopolios de carácter particular y las prácticas que “restringan la libertad del comercio, la agricultura o la industria”. Este artículo también protege el derecho de los consumidores y apoya a los organismos que ellos constituyan para defensa de sus derechos. Sin embargo, la defensa de las condiciones de competencia se legisló en forma más precisa y efectiva por medio de la Ley de Promoción de Competencia y Defensa del Efectiva del Consumidor (LPCDEC), promulgada en 1995 e inspirada en gran medida en la ley antimonopolios de México. El contenido de dicha ley es el siguiente: Capítulo I. Disposiciones Generales; Capítulo II. Desregulación; Capítulo III. Promoción de la Competencia; Capítulo IV. Sección I. Comisión de Mejora Regulatoria. Sección II. Comisión para Promover la Competencia; Capítulo V. Defensa Efectiva al Consumidor; Capítulo VI. Comisión Nacional del Consumidor; Capítulo VII. Disposiciones Finales.

La LPCDEC se orienta a proteger los intereses y los derechos legítimos del consumidor y promover la libre competencia mediante la prohibición de las prácticas monopolísticas y otras que puedan restringir el funcionamiento de los mercados, así como la eliminación de las regulaciones innecesarias para las actividades económicas. Más específicamente, la ley prohíbe las prácticas monopolísticas absolutas, las prácticas monopolísticas relativas, las concentraciones y la competencia desleal; abarca a todos los agentes económicos, con la excepción de aquellos que ofrecen servicios públicos mediante una concesión del Estado, monopolios del Estado creados por ley y las municipalidades.

Varias instituciones se crearon para facilitar la aplicación de la LPCDEC; en particular, destacan la Comisión de Promoción de Competencia (CPC) y la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, que opera desde 1995. La Defensoría de los Habitantes (DH) comenzó a funcionar en 1997. Finalmente en 1998, se instaló la Comisión de Desregulación con el propósito de mejorar las condiciones para las inversiones mediante la simplificación de trámites.

La CPC es un órgano autónomo administrativo (de desconcentración máxima) del Estado y está adscrito al Ministerio de Economía, Industria y Comercio (MEIC), la instancia administrativa ante la Comisión es obligatoria y de previo agotamiento para acudir a la vía judicial.

Una vez agotada la vía administrativa las resoluciones finales pueden impugnarse ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Esta Comisión está conformada por cinco miembros propietarios y cinco suplentes, nombrados por el Poder Ejecutivo a propuesta de MEIC. Dicha Comisión se ocupa de tres áreas de competencia: la desregulación económica, regulación de algunos precios (temporalmente) y la aplicación de la ley de competencia en lo que atañe al aspecto antimonopolístico. Las normas de competencia desleal le corresponden a los tribunales de justicia, mientras que los asuntos relacionados con los derechos de los consumidores son competencia del CNC, que ha cobrado creciente importancia.

Las funciones de la CPC incluyen, primero, la promoción de la competencia a través de la difusión de la información sobre las condiciones de competencia de los mercados y sus beneficios. Segundo, la prevención de las prácticas anticompetitivas mediante la evaluación de reglamentos, leyes, acuerdos y otros actos administrativos que afecten negativamente la libre competencia. Tercero, la investigación de oficio o por denuncia de las prácticas anticompetencia. Aun más, la CPC tiene la facultad –en virtud del Artículo 11 –de hacer un seguimiento de los mercados en los que existen pocos actores, donde potencialmente puede haber prácticas monopolísticas y de oligopolios.

Por último, dependiendo del caso, la CPC puede exigir la desconcentración total o parcial si hubiera una concentración indebida, además de que puede imponer una multa de distintos montos, en función de la gravedad de la práctica monopolística.

La LPCDEC adolece de una serie de limitaciones que afectan la capacidad de la CPC para actuar en materia de competencia. Por ejemplo, en lo que a concentraciones se refiere, la CPC debe remitirse al proceso legal de la Ley General de Administración Pública, lo que hace más lento todo procedimiento de este tipo. Una de las mayores limitaciones de la ley es que no se establece que se tenga que hacer una notificación previa sin tienen intenciones de fusionarse. Esta característica se torna mucho más difícil de controlar y evitar las concentraciones. Así, sólo se puede actuar sobre las concentraciones una vez que éstas han ocurrido, lo cual eleva el costo del proceso, por no existir mecanismos preventivos de estas acciones.

Adicionalmente la LPCDEC tiene un ámbito de aplicación restringido, en la medida en que están excluidos “los agentes prestadores de servicio públicos que gozan de una concesión del Estado”, “los monopolios de Estado creados por ley en áreas como seguros, destilación de alcohol, telecomunicaciones, distribución de energía eléctrica y agua, y finalmente, las municipalidades, tanto en su régimen interno como en sus relaciones con terceros”. Asimismo, aunque la CPC puede opinar sobre nuevas reglas, leyes y otras disposiciones gubernamentales desde el punto de vista de su impacto sobre las condiciones de competencia, su influencia se limita a dar consejos.

Con todo, la CNC ha sido una de las instancias más exitosas entre las que promueven las condiciones de competencia. La tarea de la CNC es buscar la conciliación entre las partes y, si no se logra, entonces los casos se llevan a tribunales. Además de elaborar las regulaciones necesarias para el mejor funcionamiento de los mercados, se desarrollaron otros mecanismos para facilitar la mayor participación del sector privado en una serie de esferas anteriormente reservadas al sector público. Entre éstos sobresale la Ley de Concesión de Obra Pública aprobada en 1993.

e.2 Regulación y privatización: Durante la crisis de la deuda externa en 1982 quebraron las empresas que formaban parte de la Corporación Costarricense de Desarrollo (CODESA), y a partir de entonces se inició la desincorporación de dichas empresas. Así, entre 1987 y 1991 se vendieron 57 empresas estatales pertenecientes a CODESA, las cuales en los años ochenta habían causado una pérdida por 17,000 millones de dólares. Otros cambios importantes fueron la transferencia al sector privado

de la distribución y procesamiento de granos básicos manejado hasta principios de los años ochenta por el Consejo Nacional de Producción (CNP).

Aparte de las empresas mencionadas, el proceso de privatización ha avanzado poco en Costa Rica y actualmente los seguros, las telecomunicaciones y la distribución de la energía eléctrica, el agua, la producción y la importación de combustibles, así como la destilación del alcohol, siguen perteneciendo al Estado. De hecho, el traspaso de servicios que proveen grandes monopolios del sector público al sector privado ha enfrentado fuerte resistencia entre grupos de la sociedad civil, como los sindicatos, por ejemplo. En 1996 se formuló una propuesta de reestructuración de los sectores de energía y telecomunicaciones –conocido como “combo energético” –que incluía la modernización del Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), una nueva ley para el sector eléctrico y otra para el sector telecomunicaciones, así como la creación de un ente regulador en cada uno de estos dos sectores. No obstante, esta propuesta después de ser legalmente discutida fue rechazada por diversos sectores sociales, de modo que en el 2000 quedó descartada.

Así el ICE sigue siendo un monopolio estatal de energía y telecomunicaciones, que junto con la empresa estatal de seguros (también monopolio) y la Refinería Costarricense de Petróleo (RECOPE), constituyen el núcleo del sector público proveedor de bienes y servicio.

Los servicios públicos regulados por la ARESEP incluyen energía eléctrica en las etapas de generación, transmisión, distribución y comercialización; servicios de telecomunicaciones, suministro de servicios de acueductos y alcantarillado; suministro de combustibles derivados de hidrocarburos; riego y avenamiento; transporte público, salvo el aéreo; servicios marítimos y aéreos en los puertos nacionales; transporte de carga por ferrocarril, recolección y tratamiento de desechos sólidos e industriales.

Durante la administración (1998-2002) se creó la Oficina de Simplificación de Trámites, que ha hecho un esfuerzo importante por modernizar el marco regulatorio, pero más enfocado hacia aquellos aspectos en que el poder ejecutivo tiene incidencia que en la base legal. Así, se aprobó una serie de disposiciones que han ayudado a los inversionistas a agilizar los trámites para establecer una empresa, a exportadores para ingresar a distintos programas que brindan estímulos, para instalación de estaciones de combustible, el establecimiento de ventanilla única de trámites industriales, agilización de registro e importación de diversos productos e insumos, etc.

A pesar de estos esfuerzos y los importantes avances en materia de regulación, todavía se requiere una revisión integral de ese sistema para comparar su eficiencia con otros sistemas. Entre los obstáculos enfrentados se cuenta el que la jurisprudencia constitucional se haya vuelto más conservadora en los últimos años con relación a la libertad de comercio, lo que ha dificultado la aplicación de la Ley de Promoción de Competencia. Un segundo problema es la falta de racionalización de las distintas regulaciones que emite la administración pública, y la CNC no tiene capacidad para

realizar una revisión exhaustiva y efectuar recomendaciones sobre todas las nuevas disposiciones del gobierno antes de que éstas salgan a la luz, con el fin de evitar una sobrerregulación. También debe anotarse el papel de la Asamblea Legislativa, que pueden con la iniciativa de uno solo de sus miembros, paralizar una iniciativa de ley. Hay que agregar que la Oficina de Simplificación de Trámites es muy limitada en su alcance y que existe una necesidad no sólo de simplificar, sino de repensar las regulaciones que deben seguir existiendo.

e.3 Leyes antidumping y otras medidas compensatorias: La apertura comercial comenzó en 1986 en Costa Rica, coincidiendo con el ingreso del país del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros (GATT). Se redujeron simultáneamente los aranceles y se eliminó la mayor parte de las barreras arancelarias.

Las normas relativas a las prácticas de comercio desleal se ha revisado para hacerlas consistentes con los acuerdos de la Ronda Uruguay y, específicamente, con el acuerdo con relación al Artículo VI del GATT de 1994 y el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias. Las medidas *antidumping* o de subsidios siguen estrictamente los lineamientos de la Organización Mundial del Comercio (OMC), ya que la ley internacional tiene preeminencia sobre la nacional. En su comercio regional, el país suscribió el Reglamento Centroamericano sobre Medidas de Salvaguardia en 1996.

En 1995 se creó una oficina de prácticas de comercio desleal y medidas de salvaguardia con competencia en todos los procedimientos administrativos que pudieran surgir en esta materia. Esta oficina desapareció en el 2000 y sus funciones las asumió la Unidad de Asuntos Jurídicos del MEIC, la cual ahora se encarga de la aplicación de derechos *antidumping*, compensatorios o medidas de salvaguardia, excepto algunas medidas de salvaguardia especiales basadas en el acuerdo sobre agricultura (que le permitió poner precios de referencia) Artículo V del GATT. Los productos afectados por estas medidas fueron el frijol negro y el arroz en granza, descascarillado, semiblanqueado o pulido.

f. Régimen legal de la competencia en Centroamérica: El tema de la competencia en el Istmo centroamericano no es nuevo, ya desde hace varios años en la región se han venido desarrollando en cada país distintos cuerpos legales que regulan la competencia de sus mercados internos a través de leyes ordinarias y leyes especiales.

En Centroamérica se pueden dividir en dos grupos, países con ley de competencia entre los cuales destacan El Salvador, Honduras y Costa Rica, que ya cuentan con cuerpos legales de primera generación y con instituciones públicas encargadas de velar por la aplicación de las mismas como detallamos con anterioridad en el presente trabajo. Un segundo grupo de países sin Ley pero que están trabajando en ellas, como lo son Nicaragua y Guatemala. Países que se han quedado rezagados en el desarrollo de este tema económico en comparación con otros instrumentos legales.

f.1 Compromisos multilaterales regionales: Los países de la región centroamericana recientemente han suscrito tratados multilaterales de libre comercio con Panamá, Chile, República Dominicana, México y Estados Unidos. En los tratados de libre comercio antes mencionados, se desarrolla un capítulo de la política de competencia en el cual se establecen los acuerdos para evitar prácticas anticompetitivas que menoscaben los beneficios que estos otorgan, así también se plasma el acuerdo de establecer mecanismos que faciliten el desarrollo de políticas de competencia.

Dentro del plan de acción nacional de cooperación, elaborado durante las negociaciones del US-CAFTA, los gobiernos del Istmo han establecido dentro de las prioridades para asistencia técnica futura, dentro del componente de mejoramiento de clima de negocios, el fortalecimiento de la competencia. Se solicita cooperación para el desarrollo de la política de la competencia.

En el marco de la integración económica centroamericana, en el protocolo de Guatemala, se establece la necesidad de contar con marcos jurídicos que regulen la competencia en los mercados internos de los países miembros.

En El Salvador se ha presentado ante la Asamblea Legislativa el proyecto de Ley de Competencia con la cooperación del Banco Mundial en su desarrollo. Nicaragua está trabajando con la cooperación internacional en el desarrollo de su proyecto de ley.

f.2 Integración económica centroamericana y la competencia: Es interesante notar que los acuerdos regionales de Centro América y el DR-CAFTA, no tengan cláusulas de competencia, en una zona que se presta mucho para la presencia de grandes empresas o grupos empresariales. El mayor flujo de mercancías, servicios y capitales dentro de una región integrada debiera crear más competencia en los mercados, pero en algunos casos unas pocas empresas pueden aprovechar los mercados ampliados, poner barreras de entrada y apropiarse de parte de los beneficios de la integración. Pueden llevarse a cabo colusiones, o integraciones verticales o bien fusiones y adquisiciones que no respondan a la necesidad de mejorar la eficiencia de las empresas, sino más bien a impedir que los potenciales competidores entren a los mercados.

Esta característica, por sí sola, no significa que forzosamente deba haber prácticas de monopolio dentro de los países y a nivel regional, pero sin un marco legal e institucional adecuado para impedirlo, es muy posible de que se presenten éstas prácticas. Se encuentran especialmente desprotegidos los países que no poseen una “ley y agencia de competencia” y las regiones que no cuentan con algún mecanismo que les permita cooperar para detener estas posibles prácticas anticompetitivas en su conjunto, en este momento los países de la región han avanzado mucho y todos excepto uno cuentan con este marco, lo cual fortalece mucho a los países para garantizar un mejor funcionamiento de los mercados, sin embargo, las prácticas de cárteles internacionales y de fusiones y adquisiciones por parte de grandes empresas transnacionales, de empresas nacionales o regionales son muy difíciles de manejar por todos los países en

forma individual (incluso los desarrollados), pero más para economías pequeñas como las centroamericanas. De ahí la importancia de la colaboración regional entre autoridades de competencia y con otras fuera de la región.

f.3 Obstáculos que pueden presentarse: Después de estudiar y analizar los procesos de privatización y la economía de la región se considera que pueden ser:

- a) Limitados recursos humanos y financieros de las agencias de competencia.
- b) Enfrentan situaciones anticompetitivas similares de empresas que operan en toda la región.
- c) Empresas transnacionales, operan con distintos estándares en distintos países, dependiendo de las exigencias con las que se encuentran.
- d) Puede haber competencia desleal entre los países, si tienen normas de competencia muy diferentes y las empresas saben que pueden abusar de su poder de mercado en unos países y en otros no.
- e) Para los países es particularmente costoso tratar las prácticas verticales y las fusiones (a diferencia de las prácticas horizontales que son prohibidas *per se*) pues es difícil conseguir la información del caso y hay que hacer un análisis del efecto que tienen para saber si atentan contra la competencia (regla de la razón). Por ello la cooperación regional puede ayudar mucho.

f.4 Diferentes formas de introducir cooperación en el ámbito de la competencia en TLCs: Se considera que los acuerdos regionales de competencia pueden exigir el compromiso de sus miembros de:

- a) Contar con una ley y agencia de competencia a nivel nacional.
- b) Ley y agencia nacionales, además de cooperar entre ellos y/o coordinarse para la aplicación de las leyes.
- c) Incluir, además, mecanismos de consulta e incluso de resolución de disputas a nivel regional.
- d) Creación de organismos supranacionales que puedan actuar directamente sobre prácticas anticompetitivas. (problemas de soberanía nacional, compatibilización entre leyes nacionales y los procedimientos supranacionales).

En Centroamérica, se puede observar que en las últimas décadas se ha puesto mucho interés en el tema de la economía regional especialmente en lo concerniente a la integración económica, como consecuencia del avance que debe seguir el curso de la globalización a nivel mundial. Si bien hace falta mucho camino por recorrer, existen grandes avances mediante la consolidación de fronteras; la inversión extranjera directa para nuevas instalaciones, las licencias o el comercio; la integración internacional de los mercados de mercancías y servicios. En estos avances se incluyen dos elementos significativos: la promulgación por primera vez de leyes de competencia en países de la región (Costa Rica, Honduras, El Salvador) y su fortalecimiento progresivo, así como la proliferación de acuerdos regionales de comercio que han ampliado su alcance y en la actualidad se han convertido en vehículos para avanzar en la cooperación entre estados y en el establecimiento de valores compartidos, como por ejemplo, la promoción de la competencia.

CONCLUSIONES

1. La política de competencia es un conjunto de normas y procedimientos que garantizan el acceso de competidores dentro de determinados sectores, en una economía de libre mercado, la cual en nuestra región centroamericana no se ha estado aplicando y que en Guatemala no se tiene la legislación idónea para hacer frente a los mercados emergentes internacionales que están incorporándose en nuestro territorio.

2. Los Tratados de Libre Comercio son los instrumentos económicos mediante los cuales Guatemala logra un acceso a los mercados extranjeros, permitiendo a la vez el acceso de bienes y servicios de sus socios comerciales al mercado guatemalteco. Centroamérica ha adquirido compromisos multilaterales, entre los propios países miembros y con terceros Estados, entre los cuales se plasma la necesidad de desarrollar normas legales que promuevan la libre competencia de los mercados.

3. La armonización de las legislaciones centroamericanas en materia de promoción de la competencia a nivel del istmo centroamericano es muy importante, ya que nuestras economías están altamente vinculadas e integradas, al grado que existen carteles y conductas anticompetitivas como lo son los abusos de posición de dominio a nivel regional.

4. No basta con privatizar y abrir los mercados a la competencia, se deben adoptar los mecanismos legales necesarios para que el Estado pueda garantizar a los agentes económicos un libre ingreso y salida de los mercados sin privilegios y sin barreras económicas, ni técnicas. La competencia real, que se traduce en precios más bajos para los consumidores e insumos más baratos para los productores se dará, si los sistemas de distribución de los bienes y servicios no es monopolizada, si no se levantan barreras contra la entrada de nuevas empresas.

RECOMENDACIONES

1. Guatemala debe implementar legislación en materia de competencia que contengan las prácticas anticompetitivas que deben eliminarse y prevenirse, dentro del mercado guatemalteco, tomando en cuenta que hay muchas desventajas que surgen a raíz de los capitales extranjeros que tienen más facilidades de competir sobre el capital nacional.

2. Debe contarse con normativa interna que permita la correcta aplicación de la normativa de los acuerdos de comercio. Que se eviten prácticas empresariales anticompetitivas, que menoscaben beneficios de los tratados de libre comercio, mediante la aprobación de leyes específicas de la materia, y la formación de agentes encargados de velar por su cumplimiento; individuales a cada país y a nivel regional centroamericano.

3. Que se establezcan mecanismos que faciliten y promuevan el desarrollo de políticas de competencia, promoviendo la inversión y restringiendo las decisiones de las autoridades gubernamentales que limiten la competencia y controlen las conductas anticompetitivas de los agentes económicos que gozan de posiciones de privilegio en el mercado, a través de una agencia de competencia a nivel nacional y a nivel regional centroamericano.

4. Iniciar el desarrollo de metodologías de análisis de mercado que permitan elaborar estudios sectoriales y establecer áreas de prioridad para la ejecución de prácticas anticompetitivas, a través de la creación de un organismo supranacional que pueda actuar directamente sobre el tema de las prácticas anticompetitivas, por ejemplo un Instituto Centroamericano de Defensa de la Competencia y el Consumidor.

BIBLIOGRAFÍA

- ALVAREZ A./Lizana A. (1,995). **Dumping y Competencia Desleal Internacional**. (Tomo.1). Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- ASIPI (Asociación Interamericana de la Propiedad Industrial). Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina 1989.
- CABANELLAS, Guillermo. (1,983). **Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia**. Argentina, Editorial Heliasta S.R.L
- Diccionario de Administración y Finanzas. Editorial Océano-Centrum. España. 1985.
- Diccionario de Administración y Finanzas. Rosemberg, J. M. Editorial Océano-Centrum. España. 2001
- Diccionario de Derecho Privado Tomo I. Editorial Labor, S. A. España, 1950
- Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual Tomos II, V y VI. Cabanellas, G.25va. Edición. Editorial Heliasta. Argentina, 1993.
- Diccionario Jurídico Espasa. Editorial Espasa-Calpe. España, 2002.
- GALGANO, Francesco. **Derecho Comercial (El Empresario)**. Editorial TEMIS. Colombia 1999.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J. **Derecho Mercantil Volumen I**. 2da. Edición. Editorial Ariel, S. A. Barcelona, España, 1992.
- KIRZNER, I. (1,973). **Competencia y función empresarial**, Unión Editorial, Madrid. Relaciones con la Comisión, Notificaciones, denuncias, verificaciones y poderes de investigación en virtud de los artículos 85 y 86 del Tratado de la Comisión Europea, (1,997), Publicado por la Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo.
- LEFEBVRE, Francis. **Contratos Mercantiles, Memento Práctico**. Ediciones Francis LeFebvre. España, 2004.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando. **Principios de Derecho Mercantil**. 6ta. Edición. España. Editorial McGrawHill, España, 2002.
- Sumario del Foro Mundial de Competencia y Política Comercial, (Marzo 17 y 18, 1,997), **Política de Competencia en una Economía Global**, Sumario Interpretativo, Derechos Reservados por el Banco Internacional de la reconstrucción y el Desarrollo del Banco Mundial.

TIEDEMANN, Klaus. **Poder Económico y Delito**. Editorial Ariel Derecho. Barcelona, España 1985.

TIEDEMANN, Klaus. **Poder Económico y Delito**. Editorial Ariel Derecho. Barcelona, España 1985.

VICENT CHULIÁ, Francisco. **Introducción al Derecho Mercantil**. 20va. Edición. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, España 2007.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala y sus reformas. Asamblea Nacional Constituyente 1986.

Código de Salud. Decreto 90-97 de 2000 y sus reformas. Congreso de la República de Guatemala.

Código Civil. Decreto Ley 106 de 1963, y sus reformas. Congreso de la República de Guatemala.

Código de Comercio. Decreto 2-70 de 1970, y sus reformas. Congreso de la República de Guatemala.

Código Penal. Decreto 17-73 de 1973, y sus reformas. Congreso de la República de Guatemala.

Ley de Protección al Consumidor y Usuario. Decreto 006-2003 de 2003. Congreso de la República de Guatemala.

Ley General de Seguros. Decreto número 473 de 1966. Congreso de la República de Guatemala.

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

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

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

Ley General de Bancos. Decreto número 19-2002, de 2002. Congreso de la República de Guatemala.

Constitución Política de la República de El Salvador y sus reformas. Asamblea Nacional Constituyente 1983.

Código Penal. Decreto Legislativo 1030, de 1997 y sus reformas. Asamblea Legislativa de la República de El Salvador.

Código de Comercio. Decreto 671, de 1970 y sus reformas. Asamblea Legislativa de la República de El Salvador.

Ley de Protección al Consumidor. Decreto 666 de 1996. Asamblea Legislativa de la República de El Salvador.

Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos. Decreto 868-2002, de 2002. Asamblea Legislativa de la República de El Salvador.

Ley de Competencia. Decreto número 528-2004, de 2004. Asamblea Legislativa de la República de El Salvador.

Ley de Telecomunicaciones. Decreto número 142-97, de 1997. Asamblea Legislativa de la República de El Salvador.

Ley General de Electricidad. Decreto número 843-96, de 1996. Asamblea Legislativa de la República de El Salvador.

Ley de Hidrocarburos. Decreto número 626-81, de 1981. Asamblea Legislativa de la República de El Salvador.

Constitución de la República de Honduras. Decreto Número 131 y sus reformas. Asamblea Nacional Constituyente 1982.

Código de Comercio. Norma número 73-50, de 1950 y sus reformas. Congreso Nacional de Honduras.

Código Penal. Norma número 144-83, de 1983 y sus reformas. Congreso Nacional de Honduras.

Ley de Protección al Consumidor. Decreto 41-89, de 1989. Congreso Nacional de Honduras.

Ley de Propiedad Industrial. Decreto 12-99, de 1999. Congreso Nacional de Honduras.

Ley de Simplificación Administrativa. Decreto 255-2002, de 2002. Congreso Nacional de Honduras.

Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia. Decreto 357-2005, de 2006. Congreso Nacional de Honduras.

Constitución Política de la República de Nicaragua y sus reformas. Asamblea Nacional Constituyente 1987.

Código Penal. Ley número 641/2008. Asamblea Nacional de la República de Nicaragua.

Ley de Defensa a los Consumidores. Ley número 213/1994. Asamblea Nacional de la República de Nicaragua.

Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos. Ley número 380/2001. Asamblea Nacional de la República de Nicaragua.

Ley de Creación de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras. Ley número 316/ 1994. Asamblea Nacional de la República de Nicaragua.

Ley General de Telecomunicaciones y Otros Servicios Postales. Ley 200/1995. Asamblea Nacional de la República de Nicaragua.

Ley de Suministro de Hidrocarburos. Ley número 277/1998. Asamblea Nacional de la República de Nicaragua.

Ley de la Industria Eléctrica. Ley número 272/1998. Asamblea Nacional de la República de Nicaragua.

Constitución Política de la República de Costa Rica y sus reformas. Asamblea Nacional Constituyente 1949.

Código Penal. Ley número 457, de 1970 y sus reformas. La Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica.

Código de Comercio. Ley número 3284, de 1964 y sus reformas. La Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica.

Ley de Promoción de Competencia y Defensa al Consumidor. Ley número 7472, de 1994. La Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica.

Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos. Ley número 7978, de 1999. La Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica.

Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual.
Ley número 8039, de 2000. La Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica.

GATT, Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, 1994

Reglamento Centroamericano Sobre Prácticas Desleales, Resolución número 12-95.

Reglamento Centroamericano Sobre Medidas de Salvaguardia, Resolución número 19-96

Convenio Centroamericano para la Protección de la Propiedad Industrial (Marcas, Nombres Comerciales y Expresiones o Señales de Propaganda). Suscrito el 1 de julio de 1968 y ratificado el 22 de julio de 1974.