



**ANÁLISIS DE LA
TRANSMISIÓN DE EMPRESAS MERCANTILES O SUS
ELEMENTOS DE
FORMA AISLADA DESDE LA PERSPECTIVA DEL
DERECHO DE LA COMPETENCIA**

OTTO DANIEL ARDÓN MÉNDEZ

Guatemala, 4 de marzo de 2016



**ANÁLISIS DE LA
TRANSMISIÓN DE EMPRESAS MERCANTILES O SUS
ELEMENTOS DE
FORMA AISLADA DESDE LA PERSPECTIVA DEL
DERECHO DE LA COMPETENCIA**

TESIS

Presentado al Consejo de la Facultad de Derecho de la Universidad del Istmo

por

OTTO DANIEL ARDÓN MENDEZ

Para optar al grado académico de:

LICENCIADO EN DERECHO

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Asesor

Melissa Echeverría de la Roca

Guatemala, 4 de marzo de 2016

Guatemala, 04 de marzo de 2016

Señores
Consejo de Facultad
Facultad de Derecho
Universidad del Istmo

Estimados Señores:

Me dirijo a ustedes con el objeto de comunicarles que he procedido a revisar el trabajo de tesis del alumno **OTTO DANIEL ARDÓN MÉNDEZ**, titulado **ANÁLISIS DE LA TRANSMISIÓN DE EMPRESAS MERCANTILES O SUS ELEMENTOS DE FORMA AISLADA DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA**, y me es grato comunicarles, en mi calidad de Asesor de Tesis, que la misma reúne los requisitos necesarios para su aprobación, razón por la cual por este medio otorgo dictamen favorable de la misma, para que se continúe con el proceso que corresponda.

Sin otro particular,



Melissa Echeverría de la Roca

Abogada y Notario

Melissa Echeverría de la Roca
Abogada y Notaria

Guatemala, a 6 de junio de 2016

Licenciada
Carolina Chacón,
Coordinadora Académica,
Facultad de Derecho,
Universidad del Istmo.

Estimada Licenciada Chacón,

Dando seguimiento a mi comunicación de fecha 28 de abril, hago de su conocimiento que el alumno Otto Daniel Ardón Méndez me hizo entrega de la versión revisada de su trabajo de tesis titulada "*Análisis de la Transmisión de Empresas Mercantiles o sus Elementos de Forma Aislada desde la Perspectiva del Derecho de Competencia.*"

Después de haber evaluado el valor del aporte de esta investigación, así como haber verificado el cumplimiento de los requisitos de forma y fondo establecidos en el Reglamento de Tesis de la Facultad, determiné que el alumno Ardón cumplió con las correcciones sugeridas y solicitadas por mi persona.

En razón de lo indicado, el resultado de mi evaluación es que el mencionado trabajo de tesis debe ser **APROBADO**, pues refleja adecuadamente los lineamientos aplicables.

Sin más por el momento, hago propia la ocasión para trasladarle mis muestras de consideración y estima.

Atentamente,



Lic. Luis Pedro Cazali Leal
Abogado y Notario
Colegiado 5,418

Lic. Luis Pedro Cazali Leal
Abogado y Notario



UNIVERSIDAD
DEL ISTMO

FACULTAD DE
DERECHO

FDER 231-16

ORDEN DE IMPRESIÓN DE TESIS

En el municipio de Fraijanes del Departamento de Guatemala, el ocho de junio de dos mil dieciséis, la infrascrita Secretaria del Consejo de la Facultad de Derecho de la Universidad del Istmo,

CERTIFICA:

PUNTO ÚNICO: Haber tenido a la vista el libro de actas del Consejo de la Facultad de Derecho de la Universidad del Istmo correspondiente al año dos mil dieciséis, en el que se contiene el acta número once diagonal dieciséis (11/16), correspondiente a la sesión celebrada por el Consejo de Facultad el miércoles 8 de junio de dos mil dieciséis.

Consta en el punto segundo de dicha acta la resolución que, en su parte conducente, dice textualmente:

“El Consejo de Facultad conoció la propuesta de autorización de impresión del trabajo de tesis del alumno Otto Daniel Ardón Méndez, con el título ***“Análisis de la transmisión de empresas mercantiles o sus elementos de forma aislada desde la perspectiva del Derecho de Competencia”***. Estudiado el punto, y considerando que se ha cumplido con todos los requisitos exigidos por el Reglamento de Tesis respectivo, el Consejo de Facultad resolvió:

- a. Autorizar la impresión del trabajo de tesis del alumno Otto Daniel Ardón Méndez, con el título ***“Análisis de la transmisión de empresas mercantiles o sus elementos de forma aislada desde la perspectiva del Derecho de Competencia”***.

No habiendo más que hacer constar, se finaliza la presente, firmando la misma la Secretaria del Consejo de la Facultad de Derecho de la Universidad del Istmo, quien da fe.

Licda. Leticia Andrea Morales Díaz
Secretaria de Consejo de Facultad



Resumen:

El presente trabajo de tesis gira en torno el tema del derecho de la competencia, la cual se considera una rama relativamente nueva en nuestro país. Éste es aquella rama del derecho que mediante la prohibición, restricción y sanción de prácticas que atentan y afectan directamente al mercado, busca proteger la libre competencia, la libre concurrencia de agentes económicos al mercado y a los consumidores.

Vemos entonces que esta rama del derecho pretende beneficiar la economía, limitando todas aquellas prácticas que puedan afectar a los mercados, para poder así garantizar la libre competencia. El derecho de la competencia sanciona ciertas conductas que se considera que atentan contra la libre concurrencia de los comerciantes en un determinado mercado y repercute directamente en los consumidores

El derecho de la competencia restringe y sanciona las prácticas anticompetitivas. Se entiende por práctica anticompetitiva todos aquellos actos que de alguna forma distorsionan fraudulentamente la competencia, o se realizan con abuso de posición que se tiene sobre el mercado.

Con el fin de comprender de mejor manera el derecho de la competencia, es necesario conocer el origen histórico del mismo. Existen antecedentes de éste en el derecho romano y en algunas figuras del derecho de la edad media, pero como tal, el derecho de la competencia surge hasta el siglo XIX con la emisión de la denominada Ley Sherman en Estados Unidos.

Actualmente, el derecho de la competencia ha evolucionado hasta ser considerada como una rama del derecho independiente. Al día de hoy, básicamente existen cuatro tipos de prácticas anticompetitivas: (i) las

prácticas anticompetitivas horizontales; (ii) las prácticas anticompetitivas verticales; (iii) los abusos de posición de dominio, y (iv) las concentraciones económicas. Se consideran como prácticas horizontales, aquellas prácticas que se llevan a cabo entre agentes económicos del mismo eslabón de la cadena de comercialización. y como prácticas verticales aquellas que se llevan a cabo entre agentes económicos de distintos grados de la cadena de comercialización.

Además de las prácticas horizontales y de las prácticas verticales, existen aquellas prácticas a las cuales se les denomina abuso de posición de dominio. Se entienden como abuso de posición de dominio, todos aquellos actos, generalmente unilaterales en las cuales un agente económico, quien aprovechándose de su posición en el mercado, perjudica de alguna forma la economía o realiza actos que tengan como consecuencia alterar de forma fraudulenta el mercado.

Por último, las concentraciones económicas son todos aquellos actos en virtud de los cuales dos o más agentes económicos, que en principio deberían de ser independientes, se consolidan en uno solo. Es necesario tomar en cuenta que las concentraciones económicas no implican necesariamente que estos pasen a formar una sola persona jurídica.

Por otro lado, la empresa mercantil es el medio que utiliza el comerciante para poder llevar a cabo su actividad comercial, e incluye todos los elementos necesarios para llevarla a cabo. Este medio utilizado por los comerciantes, según el Código de Comercio se encuentra conformado por; (ii) clientela y fama mercantil; (iii) nombre comercial y demás signos distintivos de la empresa; (iv) contratos de arrendamiento; (v) mobiliario y maquinaria; (vi) contratos de trabajo; y, (vii) mercaderías, los créditos y demás bienes y valores similares.

Por medio de los elementos citados en el párrafo anterior es que el comerciante (ya sea individual o social) lleva a cabo su actividad profesional. Cada uno de los antes citados, resultan necesarios para que este realice su actividad comercial.

Como ya se ha hecho referencia, las leyes de competencia sancionan todas aquellas conductas que atentan contra la libre concurrencia de los comerciantes a un determinado mercado y repercute directamente sobre los consumidores, es decir las prácticas anticompetitivas. La transmisión de una empresa mercantil o de alguno o algunos de sus elementos de forma aislada puede, en determinados casos y si se cumplen ciertas condiciones, ser considerada como una práctica anticompetitiva.

En distintos casos la transmisión de una empresa mercantil o de sus elementos de forma aislada puede llegar a tener efectos negativos en el mercado y dependiendo de la legislación de competencia, dichas transacciones pueden ser consideradas como prácticas anticompetitivas.

ÍNDICE:

| | |
|--|----|
| INTRODUCCIÓN: | 1 |
| CAPITULO I: | 4 |
| 1. Derecho de la competencia: | 4 |
| 1.1 Concepto de derecho de la competencia: | 4 |
| 1.2 Fundamentos del derecho de competencia: | 6 |
| 1.3 Participación del Estado según la legislación de competencia: | 7 |
| 1.4 Libre Competencia: | 8 |
| 1.5 Naturaleza del derecho de la competencia: | 9 |
| 1.6 Origen del Derecho de la Competencia: | 10 |
| 1.6.1 Evolución del Derecho de la Competencia en Estados Unidos: | 12 |
| 1.6.2. El Derecho de la Competencia Alrededor del Mundo | 13 |
| 1.7 Objetivos del Derecho de la Competencia: | 14 |
| 1.7.1 Protección al Consumidor: | 15 |
| 1.7.2 Protección a los Agentes Económicos: | 16 |
| 1.7.3 Protección del mercado: | 17 |
| 1.8 Leyes que Contemplan Aspectos del Derecho de la Competencia en la Actualidad en Guatemala: | 19 |
| 1.8.1 Constitución Política de la República de Guatemala | 19 |
| 1.8.2 Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala: | 21 |
| 1.8.3 Ley General de Telecomunicaciones Decreto 94-96 del Congreso del República de Guatemala: | 23 |
| 1.8.4 Ley General de Electricidad decreto 93-96 del Congreso de la República de Guatemala: | 24 |
| 1.8.5 Ley de Comercialización de Hidrocarburos decreto 109-97 del Congreso de la República de Guatemala: | 25 |

| | | |
|--------------------|--|----|
| 1.8.6 | Ley de Actualización Tributaria Decreto 10-2012 del Congreso de la República de Guatemala:..... | 25 |
| 1.8.7 | Ley de Contrataciones del Estado Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala:..... | 26 |
| 1.8.8 | Ley de Bancos y Grupos Financieros Decreto 26-2002 del Congreso de la República de Guatemala:..... | 26 |
| 1.9 | Leyes que se Relacionan con el Derecho de la Competencia: | 27 |
| 1.10 | Proyectos de Ley en Materia de Derecho de Competencia..... | 29 |
| 1.8.12 | Obligaciones que surgen en virtud del Acuerdo de Asociación con la Unión Europea y Tratados de Libre Comercio: | 31 |
| CAPITULO II: | | 34 |
| 2. | Las Prácticas Anticompetitivas: | 34 |
| 2.1 | Concepto de Práctica Anticompetitiva: | 34 |
| 2.2 | Prácticas Horizontales..... | 35 |
| 2.2.1 | Concepto de Práctica Anticompetitiva Horizontal: | 35 |
| 2.2.2 | Formas de Comisión de las Prácticas Anticompetitivas Horizontales: | 36 |
| 2.2.3 | Requisitos para la Comisión de una Práctica Anticompetitiva Horizontal:..... | 37 |
| 2.2.4 | Efectos de las Prácticas Anticompetitivas Horizontales: | 37 |
| 2.2.5 | Tipos de Prácticas Anticompetitivas Horizontales: | 38 |
| 2.3. | Prácticas Verticales: | 38 |
| 2.3.1 | Concepto de Prácticas Anticompetitivas Verticales:..... | 38 |
| 2.3.2 | Formas de Comisión de las Prácticas Anticompetitivas Verticales:..... | 39 |
| 2.3.3 | Efectos de las Prácticas Anticompetitivas Verticales: | 40 |
| 2.3.4 | Requisitos para la Existencia de Prácticas Anticompetitivas Verticales: . | 40 |
| 2.3.5 | Tipos de Prácticas Anticompetitivas Verticales:..... | 41 |
| 2.4. | Abuso de Posición Dominante: | 42 |
| 2.5. | Concentraciones Económicas:..... | 45 |
| 2.5.1 | Concepto de Concentración Económica: | 45 |
| 2.5.2 | Formas de Concentración Económica:..... | 46 |
| 2.5.3 | Regulación de las Concentraciones Económicas:..... | 47 |
| 2.5.4 | Clases de Concentraciones Económicas:..... | 48 |

| | | |
|---------------------|---|----|
| 2.5.5 | Autorización o Notificación de Concentración Económica: | 49 |
| CAPITULO III | | 50 |
| 3. | Empresa Mercantil y sus Elementos: | 50 |
| 3.1 | Concepto: | 50 |
| 3.2 | Naturaleza Jurídica: | 52 |
| 3.2.1 | La Empresa Como Persona Jurídica: | 52 |
| 3.2.2 | La Empresa como Patrimonio Autónomo:..... | 53 |
| 3.2.3 | La Empresa Como Actividad: | 53 |
| 3.2.4 | La Empresa Como Organización:..... | 53 |
| 3.2.5 | La Empresa Como un Conjunto de Elementos Heterogéneos: | 54 |
| 3.2.6 | La Empresa como Universalidad:..... | 54 |
| 3.2.7 | La Empresa Como una Cosa Mercantil:..... | 55 |
| 3.3 | Elementos..... | 55 |
| 3.4 | Transmisión de Empresas Mercantiles:..... | 57 |
| 3.4.1 | Formas de Transmisión:..... | 57 |
| 3.4.2 | Formalidades para la Transmisión de una Empresa Mercantil:..... | 58 |
| 3.4.3 | Efectos de la Transmisión de una Empresa Mercantil: | 59 |
| 3.5 | Formas de Transmisión de los Elementos de las Empresas Mercantiles:..... | 60 |
| 3.6 | Clausulas o acuerdos de No Concurrencia o “Non Compete”..... | 62 |
| CAPITULO IV:..... | | 64 |
| 4. | Análisis de la de la Transmisión de las Empresas Mercantiles o sus Elementos de Forma Aislada Desde la Perspectiva del Derecho de la Competencia: | 64 |
| 4.1 | Transmisión de una Empresa Mercantil o sus Elementos Como una Concentración Económica:..... | 65 |
| 4.2 | Consecuencias de la Falta de Regulación de las Concentraciones Económicas:..... | 68 |
| 4.2.2 | Como un Abuso de Posición de Dominio:..... | 70 |
| CONCLUSIONES: | | 72 |
| REFERENCIAS: | | 78 |
| 1. | Referencias Bibliográficas: | 78 |

2. Referencias Legislativas: 79

3. Otras Referencias: 80

INTRODUCCIÓN:

A continuación será realizado un análisis sobre la transmisión de las empresas mercantiles o de los elementos que conforman la misma de forma aislada desde la perspectiva del derecho de la competencia. Para ello, se analizará el concepto y alcance que podría llegar a tener la legislación de protección de la competencia y las implicaciones que resultarían de una ley de competencia conllevan para la transmisión de una empresa mercantil o de sus elementos de forma aislada.

En el primer capítulo será desarrollado el concepto de derecho de la competencia, su origen, su fundamento y sus objetivos. El derecho de la competencia es aquella rama del derecho en virtud de la cual se busca limitar todas aquellas prácticas que son realizadas para manipular de forma fraudulenta el mercado, teniendo efectos negativos sobre el mismo. Esta rama del derecho, surge en los Estados Unidos; con la denominada Ley Sherman.

Asimismo, en el primer capítulo de este trabajo de tesis será desarrollado el objeto y los fines del derecho de la competencia. Básicamente, el objeto del derecho de la competencia es promover la libre competencia entre los comerciantes existentes en un mercado, permitir la entrada al mercado de otros comerciantes y la protección al consumidor mediante la promoción de la mejora en la calidad de bienes y servicios que son ofrecidos al consumidor a un precio competitivo.

También se hará referencia en términos generales y conceptos básicos del derecho de la competencia tales como la libre competencia y los agentes económicos. Se entiende por agente económico a toda aquella persona

natural o jurídica, nacional o extranjera, pública o privada que de alguna forma tiene participación en el mercado.

Se entiende por libre competencia la concurrencia efectiva, eficaz y práctica de agentes económicos contrapuestos en un determinado mercado. En un mercado en el cual rige la libre competencia, la oferta, la demanda, los precios, los bienes y servicios que son ofrecidos al público dependen y son determinados por el propio mercado y el mismo no sufre alteración fraudulenta alguna. .

En el capítulo segundo de este trabajo de tesis serán desarrollados los cuatro tipos de prácticas anticompetitivas que existen, se definirá cada uno de ellos, se indicarán cuáles son los elementos necesarios que deben de concurrir para que éstas existan y sus consecuencias jurídicas.

Las prácticas anticompetitivas pueden ser: (i) horizontales; (ii) verticales; (iii) abusos de posición de dominio; y, (iv) concentraciones económicas. Cada una de las prácticas antes enumeradas tiene distintas consecuencias jurídicas y distintos requisitos para configurarse.

Primero, las prácticas horizontales son todos aquellos actos realizados entre agentes económicos del mismo sector de la cadena de comercialización de bienes o prestación de servicios. Por otro lado, las prácticas anticompetitivas verticales son todos aquellos actos realizados entre agentes económicos que se encuentran en distintos segmentos de la cadena de comercialización de un producto o prestación de un servicio y que tienen efectos negativos sobre el mercado.

El tercer tipo de práctica anticompetitiva lo constituyen los abusos de posición de dominio. Hay abuso de posición de dominio en aquellos casos en los cuales un agente económico que goza de una posición privilegiada dentro del mercado realiza una práctica que tenga por objeto restringir el

ingreso de un agente económico al mercado o limitar la permanencia de un agente económico dentro del mercado.

Por último, las concentraciones económicas, son aquellas en las cuales dos agentes económicos que en principio son independientes se consolidan, y dicha consolidación tiene efectos negativos en el mercado. Cabe destacar que el termino consolidación no implica necesariamente que los agentes económicos se reúnan en una sola persona jurídica.

Luego de ser abordado el tema referente al derecho de la competencia y las prácticas anticompetitivas será desarrollado el tema de las empresas mercantiles y sus elementos. Se conoce como empresa el conjunto de trabajo, elementos materiales y valores incorpóreos coordinados que un comerciante, ya sea individual o social, utiliza para ofrecer al público bienes o servicios, de manera continua, de forma sistemática y con ánimo de lucro.

Asimismo, dentro de la temática de las empresas mercantiles será desarrollada la naturaleza jurídica de estas últimas, el objeto de las mismas, los elementos que la conforman, las formas y requisitos para su transmisión y los efectos generados.

Por último, en el capítulo final serán analizadas la transmisión de las empresas mercantiles o de sus elementos de forma aislada desde la perspectiva del derecho de la competencia. Será efectuado un estudio de la transmisión de las empresas mercantiles o de sus elementos de forma aislada, cómo en diversos supuestos podría encuadrar en una práctica anticompetitiva distinta y sus respectivas consecuencias jurídicas.

CAPITULO I:

1. Derecho de la Competencia:

En el presente capítulo será desarrollado el concepto de derecho de competencia. Luego de definir el concepto del derecho de la competencia, se presentaran sus fundamentos, el origen y alcance del mismo.

También se hará referencia a términos básicos del derecho de la competencia tales como la libre competencia y los agentes económicos. Respecto a los agentes económicos se desarrollará su participación en el mercado y de la misma forma se mencionará y explicará la función del Estado en materia de derecho de la competencia.

Asimismo, para poder entender de mejor manera los objetos y fines del derecho de la competencia, se dará una breve reseña histórica sobre su origen. Por lo anterior, las fases de su evolución serán explicadas.

Por último, se darán a conocer los objetivos del derecho de la competencia, es decir cuáles son los fines de esta rama del derecho, y qué es lo que los Estados pretenden al momento de desarrollar normas de protección y promoción de la competencia.

1.1 Concepto de Derecho de la Competencia:

Al igual que toda rama del derecho, el derecho de la competencia busca regular un sector determinado de la sociedad y limitar la conducta humana de cierta forma. En el caso del derecho de la competencia, su objetivo es regular el comercio mediante la prohibición, restricción y sanción de prácticas que atentan y afectan directamente al mercado.

Al referirnos al derecho de la competencia, dicho término ha sido utilizada de modos distintos, en el presente caso, se hace referencia a se utiliza en referencia a la concurrencia o coincidencia de múltiples oferentes y múltiples demandantes.

Los expertos en materia de derecho de competencia mexicanos, Jorge Witker y Angélica Varela, definen el derecho de la competencia de la siguiente forma: *“rama del derecho económico que se integra por el conjunto de normas que regulan conductas anticompetitivas de los agentes económicos públicos y privados, conductas que pueden tomar diversas formas: prácticas restrictivas de la competencia, prácticas desleales de comercio internacional, o actividades que lesionen los intereses económicos públicos y privados (...)”*¹.

Vemos entonces que esta rama del derecho, es aquel conjunto de normas cuyo objetivo es fomentar la “rivalidad” entre todos aquellos sujetos que de cualquier forma intervengan en un mercado. Entonces, competencia se refiere a la diversidad de agentes económicos concurrentes a un mercado, quienes actuarán de forma adversaria entre sí.

La finalidad del derecho de la competencia es promover la libre competencia entre los comerciantes, permitir la entrada al mercado de cualquier participante que pretenda actuar dentro del mismo y proteger al consumidor mediante la promoción de la mejora en la calidad de bienes y servicios que son ofrecidos al consumidor a un precio que responde a la oferta y a la demanda.

Witker y Varela expresan que el derecho de la competencia es aquel que: *“busca eliminar barreras artificiales a la participación de nuevas empresas en los diversos sectores; sanciona conductas anticompetitivas de agentes económicos con las que indebidamente desplazan a sus competidores del*

¹ WITKER, JORGE y VARELA, ANGELICA. Derecho de la Competencia Económica en México. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2003. p 1.

mercado; elimina ventajas exclusivas; evita concentraciones que tengan como fin monopolizar los mercados; fomenta la creatividad de todos en la producción y comercialización de bienes y servicios; y, en términos más generales, crea las condiciones para que los agentes económicos más exitosos sean aquellos que produzcan con mayor eficacia, que ofrezcan menores precios y mayor calidad, o que introduzcan nuevos y mejores productos o servicios.”²

De forma concreta y con base en lo manifestado por Witker y Varela, es posible afirmar que el derecho de la competencia es aquella rama del derecho que sanciona ciertas conductas que se considera que atentan contra la libre concurrencia de los comerciantes a un determinado mercado y repercute directamente sobre los consumidores.

1.2 Fundamentos del Derecho de Competencia:

Como ya se ha hecho referencia, el derecho de la competencia surge para evitar tergiversaciones al mercado, y así poder proteger a los consumidores y a los agentes económicos que deseen participar activamente en el mercado. Nace entonces como la respuesta a los abusos que se dan por parte de comerciantes que tienen cierto poder sobre el mercado.

En palabras de Jorge Witker y Angélica Varela, el derecho de la competencia surge: *“Como una medida cuyo objetivo es eliminar las distorsiones que obstruyen el funcionamiento de los mercados”³*.

Lo anterior, es el fundamento de la legislación en materia de promoción de la competencia, es decir, para poder sancionar todas aquellas prácticas que

² WITKER, JORGE y VARELA, ANGELICA. Derecho de la Competencia Económica en México. Universidad Nacional Autónoma de México. México. p114

³Ibid. P. 112

resultan lesivas a la concurrencia de los agentes económicos a un determinado mercado y afectan de forma negativa al mismo.

La certeza jurídica que pretende generar la legislación en materia de competencia, fomenta la participación de agentes económicos activos en un mercado determinado. Al haber un mayor número de competidores en el mercado y prohibírsele a estos que realicen cualquier acto que altere a este de forma fraudulenta, la oferta responderá a la situación real del mercado.

Al respecto, Guillermo Cabanellas asegura que: *“Cuanto mayor sea el número de partes que operan en un mercado, mayores tenderán a ser, por regla general, las posibilidades de que estas actúen independientemente, y de que carezcan de poder para obstaculizar el ingreso de nuevas firmas al mercado y de imponer determinadas condiciones sobre los competidores.”*⁴

En relación con la afirmación de Cabanellas, es importante hacer constar que la fragmentación del mercado no solamente debe de ser de hecho, es necesario también que los agentes económicos sean independientes y actúen libremente. En relación a lo anterior, la existencia de una variedad de agentes económicos debe de ser real, que estos no pertenezcan a un solo grupo empresarial.

1.3 Participación del Estado Según la Legislación de Competencia:

El Estado actúa para proteger el mercado, pero sin intervenir directamente sobre el mismo, sobre ellos Lluís Cases ha pronunciado que: *“Un Primer Mecanismo, ampliamente extendido y tradicionalmente empleado de control de comportamiento de empresas en el mercado es la regulación económica. Con*

⁴ CABANELLAS, GUILLERMO. Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia. Buenos Aires. Editorial Heliasra. 1983. p. 262

él, los poderes públicos intervienen en la economía, afectando el funcionamiento de los mercados.”⁵

Cabe destacar que según el derecho de la competencia, el Estado no interviene directamente en el mercado, únicamente crea parámetros para evitar que los agentes económicos realicen conductas que afecten y tergiversen el mismo.

1.4 Libre Competencia:

El término toral en el derecho de la competencia es el de libre competencia, ésta es definida como aquella situación fáctica de mercado en la cual: *“la participación de distintos agentes económicos en el interior de un mercado específico, los cuales han superado las barreras de entrada (libre concurrencia) que eventualmente pueda existir.”⁶*

Para que exista libre competencia se requiere: (i) la existencia de más de un agente económico; (ii) rivalidad entre los agentes económicos; y, (iii) falta de acuerdo ente precio, producción y producto, derivados de la competencia existente entre los agentes económicos.

Entonces, habrá libre competencia cuando exista una concurrencia efectiva, eficaz y práctica de agentes económicos contrapuestos en un determinado mercado. Respecto a lo anterior cabe destacar que, en un mercado donde existe libre competencia, la oferta, la demanda, los precios y los productos dependen de la demanda.

El proteger la libre competencia tiene efectos positivos en el mercado y dentro de ellos se encuentran: (i) generación de alternativas a un determinado bien o

⁵ CASES PALLARES, LLUIS. Derecho administrativo de la defensa de la competencia. Escola d'Administració Pública de Catalunya. Madrid, España. 1995. p34

⁶ WITKER, JORGE y VARELA, ANGELICA. Op. Cit. p. 4.

servicio; (ii) constante innovación de bienes o servicio derivado de la permanente competencia; y, (iii) mejor calidad de bienes o servicios ofertados derivado de la competencia y necesidad de los agentes económicos de mantener una posición en el mercado;

En un mercado en el que las normas de competencia se respetan, se caracteriza por: (i) Independencia de las partes que actúen en el mercado; (ii) oportunidad de acceso al mercado por nuevos agentes económicos; y (iii) libertad de elección entre distintos oferentes y demandantes.

Se entiende por libre competencia el acceso y participación en el mercado sin restricciones. Por ello, para determinar que en un mercado es respetada la libre competencia es necesario analizar: (i) el número de agentes en el mercado; (ii) facilidad para ingresar en el mercado; (iii) existencia de independencia de los agentes económicos; (iv) existencia de prácticas predatorias; (v) el porcentaje de crecimiento del mercado; (vi) los Incentivos para adaptar conductas competitivas; (vii) diferencia de productos ofertados al público; (viii) la diferencia de precios; y (ix) la no discriminación de precios.

1.5 Naturaleza del Derecho de la Competencia:

El derecho se divide en dos grandes ramas, privado y público. Se consideran de derecho público todas aquellas ramas en las cuales: (i) existen normas de carácter prohibitivo, imperativo o coercitivo; (ii) el Estado actúa en ejercicio de su *ius imperium*; (iii) no rige la autonomía de la voluntad. Por otro lado, el derecho privado es aquel que rige las relaciones particulares y en el que rige la autonomía de la voluntad.

Con base en lo expuesto en el párrafo anterior, resulta evidente que el derecho de la competencia es una rama del derecho público, ya que el mismo sanciona

y prohíbe ciertas conductas, existe una autoridad estatal que rige el mismo y por último, no rige el principio de autonomía de la voluntad.

Tomando en cuenta que el derecho de la competencia limita a los agentes económicos y los obliga a actuar de cierta forma mediante la prohibición y sanción de determinados actos, esa rama del derecho, es considerada un derecho “negativo”, no regula que los agentes económicos deban de actuar de cierta forma, al contrario, establece determinados actos que son prohibidos, cuya comisión representa una infracción a las leyes de competencia y por lo tanto tienen como consecuencia una sanción.

Vemos entonces que el derecho de la competencia crea un conjunto de exigencias para el actuar de los agentes económicos, y limita el comportamiento de los mismos dentro del mercado. Cases Palleres, concibe el derecho de la competencia como un instrumento y afirma que: *“La competencia es simplemente el instrumento para promover la eficacia económica”*.⁷ En síntesis, el derecho de la competencia es un derecho sancionatorio que sirve como instrumento para poder limitar la comisión de ciertas conductas que tendrían efectos negativos en el mercado.

1.6 Origen del Derecho de la Competencia:

El termino competencia tiene sus orígenes etimológicos en la acepción latina *competens*. Al hablar de derecho, la palabra competencia usualmente hace referencia a la aptitud de los órganos jurisdiccionales de conocer en determinados casos o de algún ente público para realizar especificas actuaciones que la propia ley determina. En el caso del derecho de la

⁷ CASES PALLARES, LLUIS. Op. Cit., P. 39

competencia se refiere a la competencia que debe de existir en un mercado entre los distintos agentes económicos.

Al igual que muchas instituciones del derecho, éste tiene ciertos antecedentes en el derecho romano. En la Antigua Roma ya era importante proteger el mercado y la economía, por esa razón los monopolios se encontraban prohibidos. Más tarde durante la edad media, fueron regulados también aspectos relacionados con el derecho de la competencia y la prohibición de monopolios.

Respecto lo anterior, Miranda Londoño señala que: *“hay evidencias de que los monopolios estaban prohibidos desde el Derecho Romano, luego implícitamente en la Carta Magna y en ciertas leyes del rey Eduardo III.”*⁸

Propiamente, el derecho de la competencia, como aquel conjunto de normas que pretende evitar las distorsiones artificiales en el mercado, surge en Estados Unidos. Según Alfonso Miranda Londoño: *“En la época entre la guerra civil y el año de 1890, el surgimiento de los Acuerdos Económicos (“Corporate Trusts”) y carteles de precios (“Pooling Arrangements”) que operaban en todo el país y que permitían a los empresarios hacer acuerdos para fijar artificialmente los precios y dividirse los mercados.”*⁹ Esta situación propicio el ambiente perfecto para la emisión de una norma que limitara y sancionara dichas conductas.

El derecho de la competencia surge con la llamada Ley Sherman, o también llamada Ley Sherman Antitrust. La Ley Sherman fue creada en julio de 1890 y sanciona todas aquellas conductas que se consideraban que de alguna forma restringía el comercio o que fomentaran las prácticas monopólicas.

⁸ MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO. Anotaciones sobre el Derecho Antimonopolístico en los Estados Unidos De Norteamérica. Centro de Estudios de Derecho de Competencia. Bogotá, Colombia. 2008. P. 4

⁹ Ibid. P. 5

1.6.1 Evolución del Derecho de la Competencia en Estados Unidos:

El derecho de la competencia de Estados Unidos es la base del derecho de la competencia y en el cual se inspiran todas las leyes de esa materia. Esta rama del derecho en dicho país, se divide en cinco etapas.

Primera etapa (1890-1914), la primera etapa del derecho de la competencia norteamericana inicia con la emisión de la llamada Ley Sherman, durante los primeros veinte años de vigencia de la misma, esta no fue aplicada con firmeza y los jueces fueron permisivos en este aspecto. Fue hasta en el año 1911 que se impuso la primera sanción relevante por prácticas anticompetitivas de conformidad con la Ley Sherman.

La segunda etapa (1914-1936) del derecho de la competencia de los Estados Unidos inició con la creación de la Comisión Federal de Comercio de ese país. Al iniciar esta etapa se fortaleció la persecución de prácticas anticompetitivas, sin embargo, la situación social y la crisis económica estadounidense, obligó a su gobierno a tomar otra postura respecto a su economía nacional. La Ley Sherman fue suspendida temporalmente por la Ley de Recuperación de la Industria Nacional, con la cual se pretendía fomentar la recuperación económica después de la recesión norteamericana.

Luego tuvo lugar la tercera etapa (1936-1972), esta etapa inicio con el gobierno de Franklin Roosevelt y la búsqueda de una reestructuración económica, la aplicación de la Ley Sherman se tornó más estricta. En esta época nace la regla *per se* para analizar las prácticas anticompetitivas que se dan entre agentes económicos del mismo sector de la cadena de comercialización.

Posteriormente, en la cuarta etapa (1972-1991) del derecho de la competencia estadounidense, las prácticas anticompetitivas fueron analizadas desde otra

perspectiva. En esta etapa se analizaron los efectos de la práctica en el mercado, si la práctica tiene efectos positivos en el mercado, esta no será considerada como una práctica anticompetitiva. Surge entonces lo que se conoce como la regla de la razón.

Por último se da la quinta etapa (1991-actualidad) del derecho de la competencia estadounidense y es la que se mantiene hasta nuestros días. En la actualidad el derecho de la competencia norteamericano tiende a buscar la eficacia económica. Por lo tanto, el criterio que se toma en cuenta para determinar si una práctica puede ser o no sancionada, es el hecho que esta genere un perjuicio a la economía nacional. Actualmente se busca un punto medio entre la regla de la razón y la regla per se.

En relación al derecho de la competencia norteamericano, ha manifestado Miranda Londoño que: *“ha servido de base y ejemplo a la mayoría de los demás países y a la Comunidad Económica Europea.”*¹⁰

1.6.2. El Derecho de la Competencia Alrededor del Mundo:

El derecho de la competencia en la Comunidad Europea, se tornó importante a partir de los años sesenta. El derecho de la competencia en Europa adquirió relevancia, cuando se consolidó la Unión Europea. El derecho de la competencia en Europa, se ve marcado por las tendencias integracionistas de la Comunidad Europea.

A partir de los años noventa, el derecho de la competencia ha adquirido cada vez más importancia esto debido al comportamiento del mercado durante los últimos años. La liberalización de los mercados y la privatización de las empresas, han aumentado la necesidad de que los Estados adopten posturas que garanticen la libre competencia.

¹⁰ Ibid. P. 6

La progresiva erradicación de barreras comerciales y la unificación del mercado mundial hacen inminente la necesidad de implementar en los Estados normas sobre el derecho de la competencia, las cuales prohíban todas aquellas conductas que atentan en contra del mercado. Con el fin de garantizar la estabilidad de los mercados y evitar que quienes ostenten una posición de dominio abusen de ella, surge el derecho de la competencia.

La propia Organización Mundial de Comercio -OMC- en los preparativos para la Conferencia Ministerial de 1999 declaró que: *“Durante las últimas décadas hemos sido testigos de una importante liberalización del comercio de mercancías y servicios. No obstante, a medida que prosigue el proceso de mundialización, reconocemos que el comportamiento comercial anticompetitivo, combinado con la falta de políticas nacionales eficaces en materia de competencia, puede impedir el acceso a los mercados y reducir o anular así los beneficios obtenidos mediante la liberalización del comercio.”*¹¹

En la actualidad, el derecho de la competencia tiene una gran relevancia y es un aspecto que se toma en cuenta al momento de efectuar negocios en un determinado mercado. A partir de la vigencia de las leyes de competencia, antes de celebrar una transacción, de consolidar una fusión o efectuar cualquier tipo de operación comercial, es importante y necesario analizar las normas en materia de competencia aplicables a cada caso concreto.

1.7 Objetivos del Derecho de la Competencia:

Respecto a los objetivos del derecho de la competencia, Jorge Witker y Angelica Varela afirman que sus objetivos son: *“la promoción y defensa de la*

¹¹ Organización Mundial de Comercio. Preparación para la Conferencia de Seattle. http://mcti.org/2000round/Preparation_for_Seattle/310.PDF 30/03/2015 (consultada el 27/03/2015)

*competencia, la eficiencia económica, la apertura de mercados, y el bienestar de los consumidores”.*¹²

Las leyes de libre competencia buscan beneficiar el mercado en su conjunto; así vemos que los sectores que pueden verse beneficiados son: (i) pequeñas y medianas empresas: son protegidos de los abusos que puedan darse e impidan su entrada o continuidad en el mercado. Fomenta la competitividad dentro del mercado y asegura que las pequeñas y medianas empresas que no sean víctimas de abusos y conductas anticompetitivas; (ii) grandes empresas: impide que otras empresas que amenacen su continuidad por medio de conductas anticompetitivas; (iii) consumidores: garantiza la opción de acceder y contratar con diferentes oferentes, es ampliado el mercado al cual pueden acudir; (iv) inversores extranjeros: le otorga certeza jurídica de acudir a nuevos mercados en los cuales no serán víctimas de conductas anticompetitivas. Se les garantiza la entrada al mercado y que no se realizarán actos que busquen su exclusión al mismo.

Cases Pallares, respecto a los objetivos del derecho de la competencia afirma que: *“La defensa de la competencia, el llamado derecho antitrust de los Estados Unidos de América, es una forma de intervención de los poderes públicos en el mercado diseñada para mantener una competencia adecuada. Los beneficios de ésta son, resumidamente: (i) determinación de precios limitada a los incrementos de producción; (ii) procesos de producción eficientes; y (iii) innovación tanto en productos como en los procesos de producción.”*¹³

1.7.1 Protección al Consumidor:

¹² WITKER, JORGE y VARELA, ANGELICA. Op. Cit. P. 7

¹³ CASES PALLARES, LLUIS. Op. Cit. P. 35

Uno de los principales afectados por la comisión de prácticas anticompetitivas, son los consumidores. Son los consumidores, ya que son quienes al final cargan con los costos y sufren las consecuencias de las prácticas anticompetitivas. Según Witker y Varela, en un mercado no competitivo habrá: *“Oferta inferior, menores opciones de bienes y servicios, y mayores precios con respecto a mercados competidos”*¹⁴.

El consumidor es considerado el sector más sensible cuando se trata de la cadena de comercialización de algún producto, ya sea que se trate de productos y/o servicios de primera necesidad o cualquier otra clase de productos y/o servicios. El consumidor es considerado el sector más sensible debido a que, este no tiene ninguna incidencia en el mercado y se encuentra sujeto a la voluntad de los oferentes.

Si se trata de un producto que no cuenta con sustitutos en el mercado, el consumidor deberá de adquirirlo sin importar que sea ofrecido en condiciones de mercado fraudulentas. El consumidor será entonces quien sufra el incremento de precios, la escasez de productos o cualquier otra consecuencia que se derive de las prácticas anticompetitivas. En consecuencia, el derecho de la competencia, el que garantiza a los consumidores la opción de acceder y contratar con diferentes oferentes, es ampliado el mercado al cual pueden acudir y que el precio por el cual los productos sean ofertados no ha sido adulterado de ninguna manera.

1.7.2 Protección a los Agentes Económicos:

Otro de los objetivos del derecho de la competencia, es la protección de los agentes económicos. El derecho de la competencia pretende evitar que un sólo

¹⁴ WITKER, JORGE y VARELA, ANGELICA. Op. Cit. P.126

agente económico determine a su libre voluntad los precios y que dependa de él excluir a la competencia.

Vemos entonces que garantizar el acceso de cualquier agente económico al mercado es uno de los objetivos del derecho de la competencia. El derecho de la competencia busca proteger la libertad de mercado, es decir, que cualquiera que desee hacerlo pueda ingresar libremente a participar en el mercado.

Por lo tanto, el derecho de la competencia busca fomentar esa constante lucha entre los diversos agentes económicos de un determinado mercado. Lo anterior, con el objeto de lograr ofrecer al público bienes o servicios en las mejores condiciones posibles.

Bajo los parámetros del Derecho de la Competencia, el mercado debe de ser desconcentrado, es decir, la mayor cantidad posible de agentes económicos debe de ofrecer, en condiciones de rivalidad legítima y recíproca, los mismos bienes o servicios al público. Fruto de dicha rivalidad y la diversidad de oferentes, se fomentara la competencia.

Si se conceptualiza mercado como aquel lugar en el cual concurren oferentes y demandantes, el derecho de la competencia busca promover el antagonismo de Agentes por medio de la prohibición y penalización de todo aquel acto que restrinja, limite o tergiverse de alguna manera la competencia.

1.7.3 Protección del Mercado:

El mercado de la competencia perfecta, según Francisco González de Cossio, es aquel en el que: *“(i) el precio cada producto es su costo producción, dando a los productores y vendedores únicamente suficiente ganancias para mantener*

*la inversión en la industria; y, (ii) cada persona dispuesta a pagar dicho precio estará en las posibilidades de hacerlo.*¹⁵

Para lo anterior, es necesario que en el mercado: (i) productos homogéneos: es decir, que los distintos agentes económicos vendan productos similares; (ii) información perfecta: que todos los agentes económicos tengan información sobre el mercado, productos, precios y competidores; (iii) precio depende del mercado: será el propio mercado el que determine el precio de los distintos productos que son ofrecidos al público; (iv) ausencia de externalidades: los costos de producción son asumidos por cada agente económico; (v) libre entrada y salida del mercado: el ingreso y el egreso de un agente económico al mercado, dependerá únicamente de su propia voluntad de querer ingresar y permanecer en el mercado; (vi) variabilidad en la oferta y la demanda: la oferta y la demanda dependerán de las exigencias del mercado.

En términos simples, el mercado de la competencia perfecta, es aquel en el cual el precio es resultado de la permanente competencia entre los competidores. En el mercado de la competencia perfecta, los agentes económicos activos concurren al mercado y uno representa la competencia del otro, no existen alteraciones fraudulentas a la oferta y la oferta es la consecuencia de las relaciones mercantiles.

Al darse lo anterior, se logra la mayor eficacia del mercado y la congruencia de la oferta. El precio, los productos, la calidad y la cantidad ofertada al público, serán coherentes con las exigencias del público y resultado del propio comportamiento del mercado.

¹⁵ GONZALEZ DE COSSIO, FRANCISCO. Competencia y Economía: Aspectos Jurídicos y Económicos. Editorial Porrúa. México. 2005. 24

La demanda y la oferta deben de ser análogos a las efectivas exigencias del mercado y es esto lo que el derecho de la competencia busca proteger. Vemos entonces que el derecho de la competencia tiende a crear el marco jurídico en virtud del cual se logre el correcto funcionamiento del mercado. El propósito de lo anterior, es proteger el interés económico general, el cual constituye el bien jurídico tutelado por el derecho de la competencia.

1.8 Leyes que Contemplan Aspectos del Derecho de la Competencia en la Actualidad en Guatemala:

En la actualidad, Guatemala es junto con Belice, el único país centroamericano que no cuenta con una ley en materia de libre competencia. A pesar de lo anterior, los fundamentos del derecho de la competencia, sí se encuentran contemplados dentro de la Constitución Política de la República de Guatemala. Asimismo, dentro de varias normas se encuentran regulados ciertos aspectos del derecho de la competencia en sectores específicos.

1.8.1 Constitución Política de la República de Guatemala

En el caso de Guatemala, se encuentra prohibido a un nivel constitucional los monopolios. En resumen, el artículo 130 de la Constitución Política de la República de Guatemala que el Estado de Guatemala deberá de limitar el funcionamiento de empresas que absorban o que 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.

De la misma forma, la Constitución Política de la República contiene el fundamento para la libertad de comercio. Lo anterior se encuentra contenido en el artículo 43 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual

establece que en Guatemala se reconoce la libertad de industria, de comercio y de trabajo. En dicho artículo, se encuentra contenida la posibilidad de que la libertad de empresa sea limitada bajo ciertas condiciones. El límite de la libertad de empresa serán entonces las todas aquellas restricciones que el propio Estado de Guatemala a través de su Organismo Legislativo, establezca con el objeto de proteger el interés nacional y el interés general.

Por otro lado, el artículo 119 de la Carta Magna establece que es una obligación fundamental del Estado impedir el funcionamiento de prácticas excesivas que conduzcan a la concentración de bienes y medios de producción en detrimento de la colectividad.

De lo anterior puede concluirse que la Constitución Política de la República contiene los elementos básicos y que sirven de fundamento para una ley en materia de competencia. En este caso, la norma constitucional establece la tendencia que la normativa económica debe de seguir, siendo en este caso una política de fomento de la competencia y más importante aún, establece que es una obligación del propio Estado de Guatemala propiciar los elementos necesarios para garantizar la libre competencia y ello se logra a través de la creación de normas que desarrollen la materia.

“Respecto a los artículos 119 y 130 de la Constitución Política de la República de Guatemala a los que se ha hecho referencia, la Corte de Constitucionalidad ha establecido en la sentencia dictada el tres de enero de mil novecientos noventa y seis dentro del expediente número cuatrocientos treinta y nueve guión noventa y cinco que:

“Una de las normas de la Constitución que se dice infringida es el artículo 119 inciso h), que establece como una de las obligaciones fundamentales del Estado “impedir el funcionamiento de prácticas excesivas que conduzcan a la concentración de bienes y medios de producción en detrimento de la

colectividad". Al analizar dicha disposición, a efecto de interpretarla en sus debidos alcances, es necesario indicar que está contenida dentro del conjunto normativo que integra el "régimen económico social"; es una norma de carácter programático y lo que hace es imponer al Estado la obligación de impedir las prácticas excesivas que conduzcan a la concentración de bienes y medios de producción en detrimento de la colectividad. Dado el contexto de la norma en cuestión, es claro que se refiere a la actividad económica de los particulares y que contiene una directriz para que por medio de leyes pertinentes el Estado pueda intervenir en esa actividad. El artículo 130 de la Constitución, cuya infracción también se denuncia, forma parte asimismo del "régimen económico social"; establece que se prohíben los monopolios y privilegios y que 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. Se trata también de dos normas que imponen directrices al Estado en orden a limitar determinadas actividades económicas de los particulares, para lo cual deberá "limitar" el funcionamiento de las empresas monopolísticas y "proteger" la economía de mercado".

1.8.2 Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala:

Por otro lado, el Código Penal tipifica los delitos de Monopolio y Otros Tipos de Monopolios, los cuales se encuentran en los artículos 340 y 341 del Código Penal, respectivamente.

En Guatemala constituyen delito los siguientes actos:

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 aprovechara 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.”¹⁶

Otras formas de monopolio: *“-El acaparamiento o sustracción al consumo de artículos de primera necesidad, con el propósito de provocar el alza de los precios en el mercado interno.*

-Todo acto o procedimiento que impida o se proponga impedir la libre concurrencia en la producción o en el comercio.

-Los convenios o pactos celebrados sin previa autorización gubernativa, encaminados a limitar la producción o elaboración de algún artículo, con el propósito de establecer o sostener privilegios y lucrar con ellos.

-La venta de bienes de cualquier naturaleza, por debajo del precio de costo, que tenga por objeto impedir la libre concurrencia en el mercado interno.

-La exportación de artículos de primera necesidad sin permiso de la autoridad competente, cuando se requiera, si con ello puede producirse escasez o carestía.

-El responsable de algunos de los hechos enumerados anteriormente, será sancionado con prisión de seis meses a tres años y multa de doscientos a cinco mil quetzales “¹⁷

¹⁶ CONGRESO DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA, decreto 17-73, Código Penal.

¹⁷ CONGRESO DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA, decreto 17-73, Código Penal.

Actualmente de conformidad con el Código Penal guatemalteco, constituyen delitos aquellas prácticas que tiendan a crear una situación monopólica. Los tipos penales de monopolio y otras formas de monopolio constituyen delitos abiertos, es decir, son tipos penales cuyo supuesto de hecho no se encuentra totalmente especificado y por lo tanto una gran cantidad de actos pueden llegar a encuadrar dentro de los mismos.

Lo anterior y el hecho de no contar con leyes en materia de competencia, provocan que al día de hoy, ciertos actos que en principio deberían de ser considerados como prácticas anticompetitivas, puedan llegar a ser concebidos como delitos. Lo anterior por la falta de claridad en los tipos penales ya referidos.

Derivado de ello, las consecuencias jurídicas de realizar una práctica anticompetitiva, serían de tipo penal, lo cual no sucedería si existiera una ley de competencia, en cuyo caso las consecuencias jurídicas de las prácticas anticompetitivas serían de tipo administrativo. Por ello, al momento que el Congreso de la República de Guatemala emita una ley de competencia sería necesario considerar modificar los tipos penales a los que se ha hecho referencia en esta sección.

1.8.3 Ley General de Telecomunicaciones Decreto 94-96 del Congreso del República de Guatemala:

La Ley General de Telecomunicaciones establece 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. La misma ley también dispone que, los operadores de redes

comerciales de telecomunicaciones deberán de abstenerse de realizar prácticas anticompetitivas.

A pesar de hacer referencia a las prácticas anticompetitivas, la Ley General de Telecomunicaciones no regula, contempla o desarrolla en qué consisten las prácticas anticompetitivas. Los aspectos de competencia regulados en dicha ley, más bien se refieren a temas relacionados con la regulación y determinación de precios en el ámbito de comercialización de servicios de telecomunicaciones.

Esta ley contempla de forma específica algunos aspectos relacionados con el derecho de la competencia concretamente para el sector de las telecomunicaciones. Es importante destacar que al momento de emitir una ley en materia de competencia esta tiene que armonizar con la legislación ya existente, incluyendo la Ley General de Telecomunicaciones.

1.8.4 Ley General de Electricidad decreto 93-96 del Congreso de la República de Guatemala:

Por otro lado, la Ley General de Electricidad establece que la Comisión Nacional de Energía Eléctrica debe proteger los derechos de los usuarios de energía eléctrica y prevenir conductas atentatorias contra la libre competencia, así como prácticas abusivas o discriminatorias. Esta norma tampoco estipula qué actos atentan contra la libre competencia o qué practicas se considerarían abusivas o discriminatorias.

El sector eléctrico en Guatemala es un sector regulado y que divide la comercialización de energía eléctrica en distintos grados jerárquicos del nivel de comercialización de electricidad. Cabe destacar que la Ley General de

Electricidad no desarrolla de forma detallada las normas de competencia por lo que las mismas resultarían difícilmente aplicables.

1.8.5 Ley de Comercialización de Hidrocarburos decreto 109-97 del Congreso de la República de Guatemala:

Con el objeto de proteger el mercado y a los consumidores, la Ley de Comercialización de Hidrocarburos prohíbe ciertas conductas que atentan contra los consumidores de. Entre las conductas prohibidas, se encuentran negar la compra a cualquier consumidor, coaccionar la fijación de precios, acuerdos de precios de venta y la discriminación de consumidores.

Sin especificar que estas son normas de protección de la competencia, la Ley de Comercialización de Hidrocarburos prohíbe prácticas anticompetitivas horizontales como lo es el acuerdo de precios de venta y también prohíbe prácticas verticales como lo son la discriminación de consumidores y la coacción en la fijación de precios.

1.8.6 Ley de Actualización Tributaria Decreto 10-2012 del Congreso de la República de Guatemala:

La Ley de Actualización Tributaria, la cual contiene las disposiciones aplicables al impuesto sobre la renta y que se encuentra contenida en el decreto 10-2012 del Congreso de la República de Guatemala, sin contener un concepto de libre competencia, hace referencia a dicho término. Establece dicho decreto que para efectos tributarios, se entiende por principio de libre competencia: *“el precio o monto para una operación determinada que partes independientes*

habrían acordado en condiciones de libre competencia en operaciones comparables a las realizadas.”¹⁸

Dicha norma hace referencia al término de libre competencia al tratar el tema de precios de transferencia y es utilizado para determinar los precios sobre los cuales las partes relacionadas que celebran alguna transacción, deben de tributar.

1.8.7 Ley de Contrataciones del Estado Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala:

La Ley de contrataciones del Estado regula actualmente las prácticas anticompetitivas llevadas a cabo al ofertar con el Estado. Una de las prácticas anticompetitivas que suelen regular las normas de competencia son los acuerdos para ofertar en licitaciones estatales. La ley de contrataciones del estado, establece que si existiere colusión entre oferentes, sus ofertas serán rechazadas. Respecto a ello, el reglamento de la ley de contrataciones del estado regula que habrá colusión cuando dos oferentes presenten ofertas para obtener una adjudicación de forma fraudulenta.

Vemos entonces que la Ley de Contrataciones del Estado prohíbe la práctica anticompetitiva horizontal consiste en los acuerdos entre oferentes en una licitación. En este caso, la consecuencia de realizar dicha práctica anticompetitiva es que sea rechazada la oferta presentada.

1.8.8 Ley de Bancos y Grupos Financieros Decreto 26-2002 del Congreso de la República de Guatemala:

¹⁸ CONGRESO DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA, decreto 10-12, Ley de Actualización Tributaria.

La Ley de Bancos y Grupos Financieros establece limitaciones a concentraciones de entidades bancarias. Dicha ley establece la necesidad de autorización previa para poder llevar a cabo una adquisición, fusión o absorción de entidades bancarias. A pesar de requerirse actualmente la autorización de la junta monetaria para llevar a cabo una concentración económica bancaria.

Estas limitaciones son similares a las limitaciones que las leyes en materia de derecho de competencia regulan respecto las concentraciones económicas, Lo anterior debido a que en caso de operaciones que conlleven un cambio de control o fusión de entidades bancarias, es necesaria la autorización previa por parte de la autoridad bancaria.

1.9 Leyes que se Relacionan con el Derecho de la Competencia:

Adicionalmente a las leyes que regulan aspectos del derecho de la competencia, en Guatemala, existen dos leyes que regulan dos aspectos relacionados con el Derecho de la competencia, por un lado, el Código de Comercio establece el marco legal aplicable a la competencia desleal y la Ley de Protección y Atención al Consumidor y Usuario lo referente a la protección del consumidor.

Acorde con lo establecido constitucionalmente, el Código de Comercio obliga a todo comerciante a brindar igualdad de trato hacia todas las categorías de consumidores. Esa obligación de los comerciantes, se encuentra contenida en el artículo 361 del Código de Comercio.

De igual forma, de conformidad con lo establecido en el artículo 362 del Código de Comercio, los comerciantes deben abstenerse de realizar todas aquellas prácticas que contravengan los usos de comercio y la buena fe comercial, entre los que se encuentran: (i) engaño a consumidores (indicaciones falsas del

producto, dar apariencia de genuinos a productos alterados o modificados, propagar noticias falsas sobre productos competidores); (ii) perjudicar directamente a otro comerciante (usando indebidamente o imitando nombres comerciales, emblemas, muestras, avisos, marcas, patentes u otros elementos de una empresa, desacreditando sus productos, comparando directa y públicamente sus productos); (iii) incumplimiento de contratos que limiten realizar cierta actividad a un comerciante; y, (iv) cualquier acto que tenga por objeto desviar clientela.

Resulta evidente que el Código de Comercio, a pesar de no ser una ley de competencia propiamente y no desarrollar tanto el tema, contiene normas cuyo propósito es la promoción de la competencia y garantizar, entre otras cosas: (i) que todo comerciante contrate con todo aquel que lo requiera y en igualdad de condiciones para todos aquellos con quienes contrate; y (ii) prohíbe a los comerciantes la realización de actos que directamente repercutan y afecten al mercado y a sus competidores.

Por otro lado, hay quienes consideran que la Ley de Protección al Consumidor y Usuario regula temas de derecho de competencia. Tal afirmación es errada, pues, esa ley, no regula aspectos relacionados con el derecho de la competencia. A pesar de ello, recientemente la Dirección de Atención al Consumidor y Usuario llevó a cabo investigaciones derivadas de prácticas de fijación de precios llevadas a cabo por los agentes económicos involucrados en la cadena de comercialización de productos farmacéuticos.

La ley de Protección al Consumidor y Usuario si define dos términos que perfectamente podrían ser aplicables en una ley de competencia. Por un lado define consumidor como: *“Persona individual o jurídica de carácter público o privado nacional o extranjera, que en virtud de cualquier acto jurídico oneroso o por derecho establecido, adquiera, utilice o disfrute bienes de cualquier*

*naturaleza.”*¹⁹ De la misma forma, define la palabra proveedor y que coincidiría con la definición agente económico activo, y que es: “*Persona individual o jurídica de carácter público o privado, nacional o extranjera que en nombre propio o por cuenta ajena, con o sin ánimo de lucro, realice actividades de producción, fabricación, transformación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o prestación de servicios a consumidores o usuarios en el territorio nacional y por las que cobre precio o tarifa.*”²⁰

1.10 Proyectos de Ley en Materia de Derecho de Competencia.

Al Congreso de la República de Guatemala se han presentado dos iniciativas de ley en materia de protección y promoción de la competencia. Una de ellas, la iniciativa de ley número 4426 presentada en 2011, cuenta con el dictamen favorable de la Comisión de Economía. La otra iniciativa de ley presentada en el año 2012 y que se identifica como iniciativa número 4454, no cuenta con dictamen favorable de la Comisión de Economía del Congreso de la República de Guatemala.

Estas iniciativas de ley, serán analizadas a manera de ejemplo, con el propósito de ilustrar cuales serían las consecuencias que representarían las mismas para las prácticas anticompetitivas de manera general y para las concentraciones económicas de manera concreta.

1.10.1 Proyecto Número 4454:

El objeto de la iniciativa de ley presentada en el año 2012 e identificada como Iniciativa de Ley número 4454, es según su texto, su objetivo es: preservar y promover la libre competencia, incrementando la eficiencia económica y el

¹⁹ Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 6-2003. Ley de Protección al Consumidor y Usuario.

²⁰ Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 6-2003. Ley de Protección al Consumidor y Usuario.

bienestar del consumidor mediante la prohibición de prácticas que atentan contra la libre competencia.

En ella también se establece que el ámbito de aplicación de la ley de competencia incluye a todo sujeto de derecho, ya sea de derecho público o privado y que intervengan en alguna actividad económica en el territorio guatemalteco.

Lo anterior se logra al sancionar las prácticas anticompetitivas se lleven a cabo en la República de Guatemala, las cuales son definidas como aquellas acciones que busquen deliberadamente restringir la competencia, impidiendo la entrada o permanencia de competidores al mercado.

La iniciativa de ley de referencia, prohíbe la realización de prácticas anticompetitivas horizontales, verticales, abusos de posición de dominio y las concentraciones. Éstas últimas, son definidas como, toda fusión de una o varias sociedades o cualquier acto en virtud del cual se concentren sociedades o agentes competidores, proveedores, clientes o cualquier otro agente económico. Para que una concentración económica se encuentre prohibida, la concentración económica debe de tener como objetivo disminuir o atentar contra la competencia.

De conformidad con la ya referida iniciativa, todas las concentraciones económicas, deben ser notificadas a la autoridad competente en materia de competencia, quien deberá de autorizar la misma antes de su ejecución.

1.10.2 Proyecto Número 4426:

El segundo proyecto que actualmente se encuentra en el Congreso de la República de Guatemala es la iniciativa de ley identificada con el número 4426. Al día de hoy, esta cuenta con dictamen favorable de la comisión de economía.

El proyecto de ley número 4426, tiene por objeto promover y proteger la libre competencia para proteger el mercado y el bienestar de los consumidores, mediante la prohibición y sanción de prácticas anticompetitivas. Lo anterior es aplicable a todos los agentes económicos que operen en el territorio guatemalteco.

En ella, se prohíbe las prácticas horizontales, las verticales y los abusos de posición de dominio que atentan contra el mercado. Sin embargo, cabe destacar que la iniciativa de ley número 4426 no contempla las concentraciones económicas, tampoco regula un procedimiento para poder ser autorizada una concentración económica, ni los criterios bajo los cuales una concentración económica pudiese llegar a limitarse.

1.8.12 Obligaciones que surgen en virtud del Acuerdo de Asociación con la Unión Europea y Tratados de Libre Comercio:

Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y Panamá luego de un largo periodo de negociaciones con la Unión Europea, suscribieron en el año 2010 el Acuerdo de Asociación entre Centro América y la Unión Europea. El propósito de dicho acuerdo de asociación es fomentar las relaciones económicas entre Centro América y los países que conforman la Unión Europea.

Entre otras obligaciones que surgen para el Estado de Guatemala, en virtud del Acuerdo de Asociación con la Unión Europea, Guatemala debe de emitir una

ley en materia de competencia. En principio, esa obligación de conformidad con el artículo 281 del Acuerdo de Competencia, debía de ser cumplida dentro de los primeros tres años desde la suscripción del Acuerdo de Asociación con la Unión Europea.

A pesar de lo anterior, la obligación referida en el párrafo anterior, ha sido prorrogada y ahora debe de cumplirse para el treinta y uno de noviembre del año 2016. Del Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea, también surge la obligación de emitir para el año 2020 un tratado centroamericano de competencia y una autoridad regional de competencia.

En relación con la protección a la competencia, el Acuerdo de Asociación establece que los acuerdos entre comerciantes, las decisiones de asociaciones de comerciantes y las prácticas concertadas entre comerciantes, que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o distorsionar la competencia deben de ser prohibidas.

De igual forma, el acuerdo de asociación con la unión europea establece que cualquier abuso, por uno o más comerciantes, que gocen de una posición dominante o poder sustancial en el mercado o participación notable de mercado, deberán de ser prohibidas

Por último y acerca del tema que nos atañe, el referido acuerdo estipula que as concentraciones entre comerciantes que obstaculicen de forma significativa la competencia efectiva, deben de limitarse.

De igual Forma, Guatemala ha asumido obligaciones en materia de implementación de normas de competencia en virtud de Tratados de Libre Comercio de los cuales Guatemala es parte. En concreto, los Tratados de Libre Comercio entre Centroamérica, Estados Unidos y República Dominicana;

Guatemala y Chile; y Guatemala y Colombia, establecen ciertas obligaciones en materia de Competencia.

CAPITULO II:

2. Las Prácticas Anticompetitivas:

En el presente capítulo será desarrollado el concepto de práctica anticompetitiva, concepto alrededor del cual gira el derecho de la competencia. Dicho término será definido y se explicaran sus variantes.

Básicamente existen cuatro tipos de prácticas anticompetitivas: (i) las prácticas anticompetitivas horizontales; (ii) las prácticas anticompetitivas verticales; (iii) los abusos de posición de dominio; y, (iv) las concentraciones económicas. Sobre las prácticas antes enumeradas se profundizará más adelante.

A continuación, también será explicado: (i) en que consiste la práctica; (ii) efectos de la práctica anticompetitiva; (iii) requisitos para la comisión; y (iv) cuales son las consecuencias jurídicas de la comisión.

2.1 Concepto de Práctica Anticompetitiva:

De manera genérica, se entiende por práctica anticompetitiva a todos aquellos actos que de alguna forma distorsionen de forma fraudulenta la competencia o se realicen con abuso de posición que se tiene sobre el mercado.

Tomando en cuenta que el derecho de la competencia puede concebirse como un conjunto de normas, principios e instituciones, cuyo objetivo principal es promover las prácticas de comercio leales mediante la prohibición de actos que podrían llegar a alterar el mercado, esta rama del derecho sanciona cualquier alteración o manipulación del mercado realizada de forma fraudulenta. Este tipo de actos son considerados como una práctica anticompetitiva y en caso de

tener efectos negativos en el mercado la misma tendrá como consecuencia una sanción.

Doctrinariamente, las prácticas anticompetitivas pueden clasificarse como prácticas unilaterales y bilaterales, como prácticas horizontales y verticales. Las unilaterales son aquellas que emanan de un solo agente económico, por otro lado, las prácticas bilaterales o multilaterales son aquellas que derivan del acuerdo de voluntades de uno o más agentes económicos. Siendo necesario que en algunos casos dichos actos puedan llegar a dañar el interés económico general y sean efectuados en abuso de la posición que sobre el mercado ostentan. Todo aquel acto que restrinja, limite o tergiverse de forma fraudulenta manera la competencia, constituye una práctica anticompetitiva.

2.2 Practicas Horizontales

2.2.1 Concepto de Práctica Anticompetitiva Horizontal:

Como ya se ha hecho referencia, las prácticas anticompetitivas horizontales, son todas aquellas prácticas que se llevan a cabo entre Agentes Económicos del mismo sector de la cadena de comercialización de productos o prestación de servicios. Jorge Witker y Angelica Varela, les definen como aquellas que se dan: *“entre competidores reales o potenciales y pueden reducir o eliminar la competencia por medio de la fijación de precios, limitaciones a la producción, división de mercados, reparto de clientes o manipulación de licitaciones.”*²¹

Los sujetos que intervienen en definen en el tipo de práctica. Son prácticas anticompetitivas horizontales todas aquellas que se dan entre Agentes Económicos competidores.

²¹ WITKER, JORGE y VARELA, ANGELICA. Op. Cit. p 120

2.2.2 Formas de Comisión de las Prácticas Anticompetitivas Horizontales:

En relación con la forma en que una práctica horizontal puede llevarse a cabo, estas pueden ser mediante acuerdos, ya sean expresos o tácitos, orales o escritos. No es necesario que exista un acuerdo expreso para que exista una práctica anticompetitiva horizontal, este tipo de prácticas puede ser cometido de forma tácita. Por ejemplo, si un vendedor de pizza ofrece las pizzas medianas a treinta y cinco quetzales, y el resto de vendedores iguala su oferta, estarían cometiendo una práctica anticompetitiva horizontal.

Las prácticas horizontales pueden llevarse a cabo como conductas, acuerdos, convenios, decisiones, o prácticas concertadas, siendo éstas necesariamente bilaterales o multilaterales. Las mismas no pueden ser unilaterales.

En cuanto a la forma de comisión de una práctica anticompetitiva horizontal, el profesor argentino, Germán Coloma ha establecido que: *“Las prácticas horizontales concertadas consisten en acuerdos celebrados entre empresas competidoras dentro de un mismo mercado”*²².

En virtud de una colusión, las agentes económicos podrían fijar precios, acordar disminuir la producción, dividirse mercados. Al respecto, el profesor Coloma ha afirmado que: *“La colusión puede definirse como una situación en la cual una serie de empresas acuerdan no competir entre ellas con el objetivo de incrementar los beneficios conjuntos de todo el grupo.”*²³

²² GERMÁN, COLOMA. Prácticas horizontales concertadas y defensa de la competencia. Universidad del Cema. Buenos Aires, Argentina. 2000. <http://www.ucema.edu.ar/publicaciones/download/documentos/170.pdf> consultada el 27/03/2015

²³ GERMÁN, COLOMA. Prácticas horizontales concertadas y defensa de la competencia. Universidad del Cema. Buenos Aires, Argentina. 2000. <http://www.ucema.edu.ar/publicaciones/download/documentos/170.pdf> consultada el 27/03/2015

2.2.3 Requisitos para la Comisión de una Práctica Anticompetitiva Horizontal:

En las prácticas anticompetitivas horizontales opera la denominada regla *per se*, la mera existencia de las mismas constituye una infracción a la libre competencia. De esa cuenta, para que éstas se configuren, no es necesario ningún requisito externo que determine la existencia de dicha práctica.

Las prácticas anticompetitivas horizontales no requieren ningún tipo de análisis de competencia, al respecto Witker y Varela manifiestan que: *“Para que este tipo de prácticas sean sancionadas no es indispensable ningún requisito adicional, salvo la existencia de la misma conducta.”*²⁴

Tampoco es necesario para la existencia de este tipo de prácticas que se demuestre que de alguna manera han afectado el mercado y sobre ello, Witker y Varela sostienen que: *“En este tipo de prácticas no se realiza ninguna evaluación sobre la intención del agente económico ni de los efectos que realmente produjo esta práctica en el mercado.”*²⁵

2.2.4 Efectos de las Prácticas Anticompetitivas Horizontales:

Las prácticas horizontales se llevan a cabo con el propósito de obtener algún beneficio del mercado o repartirse los beneficios de un mercado y desaparecer los riesgos de participar en el mismo. Sobre los efectos de una práctica anticompetitiva horizontal, Germán Coloma manifiesta que: *“que están*

²⁴ WITKER, JORGE y VARELA, ANGELICA. Op. Cit. p 121

²⁵ Ibid. p122

*destinados a aprovechar economías de escala o de alcance en el uso de algún recurso*²⁶.

Los agentes económicos buscan desaparecer la competencia que naturalmente existiría en el mismo nivel de la cadena de comercialización de un bien o prestación de servicios.

2.2.5 Tipos de Prácticas Anticompetitivas Horizontales:

Entre los actos que constituyen prácticas anticompetitivas se encuentran: (i) acuerdos de precios; (ii) repartición geográfica de mercados; (iii) repartición de mercados por productos; (iv) repartición de mercados por clientes; (v) acuerdos para disminuir la producción o importación; (vi) acuerdos para participar en licitaciones; (vii) acuerdos para disminuir los progresos tecnológicos o disminución de inversión de cualquier tipo; (viii) cualquier otro acuerdo entre Agentes Económicos competidores que alteren fraudulentamente el mercado.

2.3. Prácticas Verticales:

2.3.1 Concepto de Prácticas Anticompetitivas Verticales:

Dentro de las prácticas anticompetitivas, se encuentran también reguladas aquellas que son realizadas entre agentes económicos que se encuentran en diversos sectores de la cadena de comercialización de algún producto y/o prestación de algún servicio.

²⁶ GERMÁN, COLOMA. Prácticas horizontales concertadas y defensa de la competencia. Universidad del Cema. Buenos Aires, Argentina. 2000. <http://www.ucema.edu.ar/publicaciones/download/documentos/170.pdf> consultada el 27/03/2015

Sobre las prácticas anticompetitivas verticales, Jorge Witker y Angelica Varela han establecido que son aquellas que: “*se realizan entre agentes económicos colocados en etapas sucesivas de un proceso productivo y sus efectos no necesariamente son anticompetitivos.*”²⁷

Estas prácticas anticompetitivas se dan entre productores, importadores, distribuidores, vendedores al detalle o comercializadores. “*Son celebradas comúnmente entre compradores y vendedores, en alguna fase de la cadena productiva, y como se ha mencionado no son considerados ilegales en sí mismos, sino que para ser sancionados requieren de un análisis detallado de competencia.*”²⁸

2.3.2 Formas de Comisión de las Prácticas Anticompetitivas Verticales:

En relación con la forma en que una práctica vertical, al igual que las prácticas anticompetitivas horizontales, estas pueden llevarse a cabo mediante acuerdos, ya sean expresos o tácitos, orales o escritos. Pueden darse también en forma de actos o decisiones unilaterales.

Respecto a la forma de manifestación de las prácticas anticompetitivas, estas pueden ser unilaterales o bilaterales. “*Consiste en actos, contratos, convenios o combinaciones realizadas por agentes económicos con poder de mercado, cuyo objeto sea o pueda ser desplazar indebidamente a otro agente del mercado, impedir sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas a favor de una o varias personas.*”²⁹

²⁷ WITKER, JORGE y VARELA, ANGELICA. Op. Cit. p 121

²⁸ *Ibid.* p126

²⁹ *Loc. cit.*

Las prácticas verticales pueden ser: actos unilaterales, decisiones unilaterales, acuerdos, convenios, prácticas concertadas. A pesar de que las prácticas anticompetitivas verticales pueden ser unilaterales, estas deben de tener efectos extrínsecos, es decir las consecuencias de la comisión de dichos actos debe de repercutir sobre otro u otros Agentes Económicos.

2.3.3 Efectos de las Prácticas Anticompetitivas Verticales:

Como fue expuesto en el capítulo anterior, las prácticas anticompetitivas horizontales tienen efectos positivos para los agentes económicos que se encuentran en el mismo nivel de la cadena de comercialización de un bien o prestación de un servicio y tiene efectos negativos sobre los que se encuentran en un nivel distinto de la cadena de comercialización. Por otro lado, las prácticas anticompetitivas verticales, tienen efectos negativos tanto sobre los en los grados distintos de la cadena de comercialización.

Las prácticas anticompetitivas verticales buscan evitar el ingreso o eliminar la permanencia de agentes económicos competidores en un mercado determinado. Estas también pretenden incrementar la posición de dominio de agente económico en el mercado.

2.3.4 Requisitos para la Existencia de Prácticas Anticompetitivas Verticales:

En las prácticas anticompetitivas verticales, a diferencia que en las prácticas anticompetitivas horizontales es necesario tomar en cuenta ciertos factores y analizar cada práctica de forma aislada, para poder así determinar si dichos actos constituyen o no una conducta sancionable. Expresan Jorge Witker y

Angelica Varela que para determinar si existe o no una práctica anticompetitiva vertical: *“Se evalúan aplicando criterios económicos.”*³⁰

Sobre la regla de la razón, Jorge Witker ha expresado que es aquella: *“Por medio de la que intenta: (i) definir el mercado relevante; y (ii) medir el poder que tiene el demandado dentro del mercado determinado.”*³¹ También manifiesta Jorge Witker y otros autores que: *“son consideradas ilegales bajo el esquema de la regla de la razón”*³²

Con el objeto de determinar la existencia de una práctica anticompetitiva vertical, es necesario analizar: (i) que se dé dentro de un mercado relevante; (ii) que el agente económico que la lleve a cabo tenga incidencia o poder en el mercado relevante; (iii) que tenga efectos negativos en el mercado; y (iv) la existencia limitada de oferta de dicho bien o servicio.

Solo podrá darse una práctica anticompetitiva vertical, si el agente económico que la realiza tiene poder sobre el mercado. Sobre el poder de mercado Witker y otros autores afirman que: *“Es la capacidad para influir sobre el precio de mercado y/o forzar a salir a los rivales”*³³

Del párrafo anterior, es posible extraer cuales son los elementos y requisitos para que existan prácticas anticompetitivas verticales. El poder sobre el mercado, como ya ha quedado claro, es el primer requisito para la existencia de una práctica anticompetitiva vertical. El segundo requisito es que sea realizada dentro de un mismo mercado relevante y por último que tengan efectos perjudiciales para el mercado.

2.3.5 Tipos de Prácticas Anticompetitivas Verticales:

³⁰ Ibid. p 121

³¹ AGUILAR ALVAREZ DE ALBA, JAVIER; GARCÍA RODRÍGUEZ, SERGIO; LEVY ALGAZY, SANTIAGO; NEWBERG, JOSHUA; PATIÑO MANFFER, RUPERTO; Y WITKER, JORGE. Estudios en Torno a la Ley Federal de Competencia Económica. Universidad Autónoma de México. México, 1994. P 50

³² Ibid. P 25

³³ Ibid. P 27

Dentro de las prácticas verticales, según Jorge Witker y Angélica Varela, se encuentran: *“limitaciones verticales, tales como los territorios exclusivos, mantenimiento de precios de reventa, las ventas condicionadas y los agentes exclusivos, así como otras prácticas tales como los boicots de grupo, la negativa de negociar, la discriminación de precios y la fijación de precios predatorios.”*³⁴

2.4. Abuso de Posición Dominante:

2.4.1 Concepto de Abuso de Posición Dominante:

Como primer punto, es importante definir que es posición de dominio, esta es definida como aquella situación fáctica en virtud de la cual un agente económico se encuentra en un estado en el cual goza de cierto control en un sector del mercado.

Generalmente, entre los agentes económicos de un mismo sector, habrá uno de ellos que tenga una posición de dominio respecto al mercado. La posición de dominio es una situación que puede ser resultado del comportamiento normal del mercado. Es posible que derivado de acciones que no constituyan una práctica anticompetitiva.

La posición de dominio por sí misma, no es sancionada y no constituye una práctica anticompetitiva. Al respecto, Broseta Pont ha expresado que: *“lo que se prohíbe, como se decía, no es la mera posición de dominio, sino el abuso de la misma”*³⁵.

El abuso de posición de dominio es aquella conducta, efectuada por un agente económico que se encuentre en posición de dominio, que aprovechándose de dicha posición, realiza actos en perjuicio del mercado.

³⁴ WITKER, JORGE y VARELA, ANGELICA. Op. Cit. p 121

³⁵ BROSETA PONT, MANUEL y MARTINEZ SANZ, FERNANDO. Manual de Derecho Mercantil. Duodécima edición, Volumen I. Editorial Tecnos. Madrid. 2005. 175

2.4.2 Determinación de la Posición de Dominio:

La posición de dominio, es aquella situación fáctica económica por la cual un agente económico, tiene un lugar preponderante en el mercado, sin que sea necesario que se encuentre en una situación monopólica. Broseta Pont manifiesta al respecto que: *“Con frecuencia no se trata de monopolios puros, sino empresas que gozan, en el concreto mercado de que se trate, de una posición de supremacía frente a los competidores.”*³⁶

La posición dominante se tiene sobre el mercado relevante, es decir, quien tiene una posición dominante la ostentará frente al resto. La posición de dominio se tiene sobre el mercado relevante y no sobre el mercado general.

En relación a la determinación de la posición de dominio respecto el mercado relevante, Broseta Pont sostiene que: *“la posición de dominio solo puede predicarse respecto de un sector de productos y un área geográfica concreta, por lo que resulta decisivo determinar cuál es el mercado de referencia o mercado relevante”*³⁷.

Hay quienes consideran que la posición dominante se determina por porcentajes de participación en el mercado. No siempre resulta exacto determinar la existencia de una posición de dominio por porcentajes de participación en el mercado.

Es necesario realizar un análisis en cada circunstancia para poder determinar que existe una posición de dominio en el mercado relevante. También es necesario hacer constar que no en todos los mercados relevantes existe posición de dominio, en aquellos mercados en los cuales hay una participación equilibrada de los Agentes Económicos, no habrá posición de dominio.

³⁶ Ibid. 163

³⁷ Loc. Cit.

En síntesis, existe posición dominante cuando: *“Se considera que existe cuando tal empresa puede actuar de manera autónoma en un mercado sin tener en cuenta a sus competidores, proveedores o clientes”*³⁸

Aquellos Agentes Económicos que gocen de posición de dominio respecto a su mercado relevante, deben de ser cuidadosos con los actos y prácticas que llevan a cabo. Encontrándose en posición de dominio sobre el mercado relevante, resulta difícil determinar cuándo una práctica comercial se convierte en un abuso de posición de dominio. Por ello, al realizar una práctica, es necesario analizar si esta es efectuada en perjuicio del resto de Agentes Económicos.

2.4.3 Efectos de los Abusos de Posición de Dominio:

El abuso de posición de dominio al igual que las prácticas anticompetitivas verticales, busca evitar el ingreso o eliminar la permanencia de agentes económicos competidores en un mercado determinado. Este tipo de prácticas también pretende aumentar el control de un participante sobre el mercado.

Este tipo de prácticas anticompetitivas tienen efectos negativos sobre los que se encuentran en un nivel distinto de la cadena de comercialización como con los en un grado distinto de la cadena de comercialización.

2.4.4 Formas de Abuso de Posición de Dominio:

El abuso de posición de dominio, puede darse como: *“conducta, acto, acuerdo de uno o varios agentes económicos en posición de dominio, cuyo objeto o*

³⁸ Loc. Cit. 163

*efecto sea o pueda ser: impedir u obstaculizar la entrada o permanencia de agentes económicos en todo o parte del mercado*³⁹

Es importante destacar que hay legislaciones que no consideran que el abuso de posición de dominio sea una práctica anticompetitiva, consideran que el abuso de posición de dominio es un elemento de las prácticas anticompetitivas. Es decir, para que haya una práctica anticompetitiva vertical u horizontal, debe haber sido realizada en abuso de posición de dominio sobre el mercado relevante.

En forma específica, los siguientes actos pueden constituir abusos de posición de dominio según Broseta Pont: *“Imposición de precios no equitativos, limitación de la producción o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o consumidores, aplicación de condiciones contractuales desiguales, o la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guarden relación con el objeto contractual.”*

40

2.5. Concentraciones Económicas:

2.5.1 Concepto de Concentración Económica:

En forma general, todo acto en virtud del cual agentes económicos que en principio deberían de ser independientes se concentran en uno solo, constituye una concentración económica.

Aunque en un principio, las concentraciones económicas se encontraban limitadas a fusiones y absorciones, al día de hoy dicho término ha extendido su alcance e incluye, según Jorge Witker y Angelica Varela: *“Cualquier acto por*

³⁹ MINISTERIO DE ECONOMÍA DE GUATEMALA. Introducción de Promoción de la Competencia. Dirección de Promoción de la Competencia. Guatemala, Guatemala. 2011 p. 27

⁴⁰ BROSETA PONT, MANUEL y MARTINEZ SANZ, Op. Cit. 166

virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realicen entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos.”⁴¹

2.5.2 Formas de Concentración Económica:

Existe una gran diversidad de actos y estructuras bajo las cuales varios agentes económicos pueden concentrarse en uno solo, para ello no es necesario que estos pasen a ser una sola persona jurídica. Perfectamente podría darse una concentración en la cual no se realice una fusión.

A mi parecer, si y solo si se reúnen los elementos necesarios, podría darse una concentración económica en los siguientes casos: (i) fusión de sociedades; (ii) transmisión de acciones o participación societaria; (iii) aportación de activos y/o inventario; (iv) constitución de sociedades; (v) joint ventures; (vi) contratos de participación; y, (vii) transmisión de empresa mercantil.

Las fusiones de sociedades, son la forma más evidente de concentración económica. La fusión es el acto por el cual dos o más sociedades pasan a formar una nueva entidad o por el cual una sociedad absorbe a otra u otras sociedades.

Puede darse también una concentración económica si se da una transmisión de acciones o participación societaria de un comerciante a otro o de una entidad a otra. Lo anterior, ya que en ese caso un participante del mercado podría llegar a disponer de otro.

Dos agentes económicos, pueden evadir la necesidad de obtener una autorización para realizar una concentración económica por medio de la

⁴¹ WITKER, JORGE y VARELA, ANGELICA. Op. Cit. P. 131

constitución de una nueva sociedad, la transmisión de activos. Dos Agentes Económicos pueden transmitir a una nueva sociedad activos, inventarios, otros bienes o contratos para así consolidar en una sola entidad la totalidad de los elementos necesarios para llevar a cabo una determinada actividad económica.

Otras figuras contractuales en virtud de las cuales un grupo de agentes económicos podría consolidarse, puede ser por medio de contratos tales como contratos de participación o joint ventures. A través de estos contratos, varios Agentes Económicos pueden poner en común distintos elementos para realizar una determinada actividad en conjunto. Los joint ventures y los contratos de participación en determinados casos, pueden llegar a constituir concentraciones económicas y por lo tanto deben de ser autorizadas para poder llevarse a cabo.

2.5.3 Regulación de las Concentraciones Económicas:

Para ser catalogada como tal, es necesario que el acto por medio del cual dos o más agentes económicos se concentran, tenga efectos negativos en la economía y afecte los intereses generales. Argumenta Jorge Witker que para ser considerada como una práctica anticompetitiva, el objeto o efecto de la concentración debe de ser: *“disminuir, dañar o impedir la competencia y libre concurrencia en un mercado.”*⁴²

Una concentración económica será limitada en aquellos casos en los que se genere una posición de dominio en el agente económico y que se considere que puede ser perjudicial para la economía general. Si una concentración económica no implica una amenaza a la economía, la misma no estaría limitada

En palabras de Miranda Londoño, las concentraciones económicas serán prohibidas cuando estas tiendan a: *“obstaculizar de forma significativa la*

⁴² WITKER, JORGE y VARELA, ANGELICA. Op. Cit. P. 132

competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular cuando ello resulte de la creación o refuerzo de una posición dominante”⁴³

2.5.4 Clases de Concentraciones Económicas:

Las concentraciones económicas, dependiendo de los agentes económicos que estén involucrados, pueden ser de cuatro tipos, las concentraciones económicas, pueden ser horizontales, verticales, diversificaciones y reestructuraciones corporativas.

Las concentraciones económicas horizontales, son aquellas en las cuales agentes económicos que se concentran son competidores. Por otro lado, las concentraciones económicas serán consideradas como verticales, cuando estas se den entre agentes económicos que se encuentran en distintos niveles de la cadena de comercialización de un producto.

En los casos en los cuales los agentes económicos que se concentran no se encuentran dentro del mismo nivel de la cadena de comercialización o no se trata de agentes económicos en la misma cadena de comercialización, la concentración económica se denomina diversificación.

Por último, cuando una concentración económica se da entre agentes económicos que conforman un solo grupo empresarial y que es efectuada por razones de eficiencia corporativa, reciben el nombre de reestructuraciones corporativas.

⁴³ GUTIERREZ RODRÍGUEZ, JUAN DAVID y MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO. Fundamentos Económicos del Derecho de la Competencia. Centro de Estudios de Derecho de Competencia. Bogotá, Colombia. 2006. P. 309.

2.5.5 Autorización o Notificación de Concentración Económica:

Para poder llevar a cabo una concentración económica, el agente económico en el cual se efectúa la concentración será el obligado a notificar la misma, sin perjuicio que esta obligación puede ser cumplida por el agente económico que es concentrado.

Luego de que los agentes económicos notifican a la autoridad de competencia sobre la posible concentración, la autoridad analiza las implicaciones que dicho acto y si este representa o no una amenaza para la economía. Si representa una amenaza contra la libre competencia, la concentración económica no será autorizada. Por otro lado, si la concentración económica no representa una amenaza para la competencia, esta podrá realizarse.

Witker y Varela han argumentado que en los siguientes casos, las concentraciones económicas serán permitidas: (i) *“cuando se trate de reestructuraciones operativas o administrativas del mismo grupo económico o grupo de control, para lograr la asignación de los recursos, disminución de gastos y costos de operación y administración, no se puede considerar como un riesgo a la competencia”*⁴⁴; (ii) *“no se puede hablar de concentraciones cuando las empresas involucradas no participan en la prestación de los mismo servicios en el mismo lugar”*⁴⁵ (iii) *“cuando exista una gran cantidad de participantes y gran variedad de sustitutos”*⁴⁶

⁴⁴ WITKER, JORGE y VARELA, ANGELICA. Op. Cit P. 136

⁴⁵ Loc. Cit.

⁴⁶ Loc. Cit.

CAPITULO III:

3. Empresa Mercantil y sus Elementos:

Para poder analizar las limitaciones o implicaciones que el derecho de la competencia podría representar para la transmisión de empresas mercantiles o de los elementos que la conforman, deviene indispensable definir ambos conceptos.

A continuación se desarrolla el concepto, la naturaleza jurídica, las teorías y los elementos que conforman a la empresa mercantil. De igual forma, se hará referencia a la forma de transmisión de dicha cosa mercantil.

3.1 Concepto:

*“La empresa constituye un elemento fundamental en la economía moderna, por haberse convertido en instrumento imprescindible para la realización de las actividades mercantiles e industriales en masa o en serie”.*⁴⁷ Derivado de la importancia que actualmente tiene la empresa para el comercio, la legislación ha desarrollado, su concepto y elementos.

El comerciante se sirve de la empresa para poder explotar su actividad profesional y con ello poder lucrar. Para Manuel Brosetta Pont y Fernando Martínez Sanz, empresa es: *“aquella organización de capital y trabajo destinada a la producción o a la mediación de bienes o de servicios para el mercado, planificada con arreglo a un criterio de economicidad.”*⁴⁸

⁴⁷ BROSETA PONT, MANUEL y MARTINEZ SANZ, FERNANDO. Op. Cit. P133.

⁴⁸ BROSETA PONT, MANUEL y MARTINEZ SANZ, Op. Cit.. P134.

Se entiende por empresa mercantil el conjunto de trabajo, de elementos materiales y de valores incorpóreos coordinados que un comerciante, ya sea individual o social, utiliza para ofrecer al público bienes o servicios. El diccionario de la Real Academia Española la define como: *“Unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos.”*⁴⁹ Lo anterior, con propósito de lucro y de manera sistemática, bienes o servicios.

Según Edmundo Vásquez Martínez, al referirse del derecho mercantil hace referencia que: *“la empresa como organización constituye su elemento nuclear, ya que es alrededor de ella que surge el concepto de comerciante o empresario.”*⁵⁰

Definir la palabra empresa resulta un tanto difícil, ya que, dicho término engloba una multiplicidad de acepciones y es que esa palabra puede ser definida desde una perspectiva económica, social o jurídica.

Resulta necesario definir las diversas acepciones de la palabra empresa: (i) desde la perspectiva económica: es el conjunto de bienes y servicios que se complementan para lograr lucrar; (ii) desde la perspectiva social: es concebida como una organización; y (iii) desde la perspectiva jurídica: cosa mercantil objeto de regulación.

La empresa constituye un objeto jurídico único, de donde los derechos conexos a la empresa son considerados como parte constitutiva de la misma y cuya transmisión engloba la totalidad de los elementos que la conforman. Tomando en cuenta lo anterior, la empresa es aquella unidad creada por el

⁴⁹Diccionario de la Real Academia Española. <http://lema.rae.es/drae/?val=empresa>

⁵⁰VÁSQUEZ MARTINEZ, EDMUNDO. Instituciones de Derecho Mercantil. Editorial Serviprensa. Guatemala- 1978. P 247.

comerciante con el fin de llevar a cabo su actividad profesional y todos aquellos actos que la propia ley considera como actos mercantiles.

Como ya se ha hecho referencia, una de las características esenciales de la empresa, es la unidad. Esa característica, la constituye la coordinación de bienes y servicios que han sido puestos en común para lograr una determinada actividad mercantil y con la cual se busca generar lucro. La empresa se encuentra conformada entonces, por todo aquello con lo que el comerciante desempeña su actividad profesional.

Es posible afirmar entonces que la empresa mercantil engloba los elementos y factores de los cuales el comerciante se sirve para llevar a cabo su actividad profesional.

3.2 Naturaleza Jurídica:

De conformidad con el Código de Comercio la empresa es una cosa mercantil. A pesar de que con base en la legislación guatemalteca, la empresa es una cosa mercantil, doctrinariamente, existen distintas teorías para determinar la naturaleza jurídica de la misma.

3.2.1 La Empresa Como Persona Jurídica:

Hay quienes consideran que la empresa no es únicamente un conjunto de elementos puestos en común, conciben ésta como sujeto de derechos. Bajo esta concepción, la empresa no podría ser susceptible de apropiación y se

confundiría con el concepto de sociedad. La empresa no resulta sujeto de derechos, más bien es objeto de los mismos.

3.2.2 La Empresa como Patrimonio Autónomo:

La empresa será bajo esta teoría aquel patrimonio afecto a un fin determinado, una especie de patrimonio mercantil al cual se limitaría la responsabilidad de las obligaciones adquiridas en el ejercicio de su actividad. Esta teoría carece de sustento, debido a que el comerciante no separa patrimonios para que estos respondan de sus diversas obligaciones y el considerar a la empresa únicamente como un patrimonio afecto a un fin determinado no abarca la totalidad de elementos que estas comprenden.

3.2.3 La Empresa Como Actividad:

Según aquellos que sostienen la empresa como una actividad, lo importante y el factor que determina su naturaleza, es el actuar del comerciante. La empresa es la materialización de la actividad profesional del comerciante. A pesar de que de cierta manera, ésta se ve reflejada en la actividad llevada a cabo profesionalmente por el comerciante, concebirla como una actividad se queda corto y no comprende todos los factores necesarios para la existencia de una empresa. La actividad llevada a cabo por el comerciante es solo uno de los elementos que conforman la misma.

3.2.4 La Empresa Como Organización:

Radica la importancia de la empresa en el espíritu de la misma, no en lo que la conforma. El conjunto de vínculos que hacen funcional un conjunto de factores es el aspecto importante y el que define en que consiste una empresa. *“Es, fundamentalmente, organización productiva de todos aquellos elementos, hasta el extremo de que se puede afirmar que, por lo general, la empresa posee un valor superior al de la simple suma de sus elementos integrantes”*⁵¹

Resulta acertado definir a la empresa como una organización, ya que de forma aislada, los elementos que la conforman no son capaces de lograr el fin que se busca con una empresa. Es únicamente con la reunión de cada uno de los elementos que conforman la empresa, que el objeto y el fin de la empresa pueden ser realizados.

3.2.5 La Empresa Como un Conjunto de Elementos Heterogéneos:

La empresa reúne elementos, pero estos son autónomos y cada uno de ellos mantiene su individualidad. Esta teoría carece de sustento, ya que de ser así, no tendría razón de ser el estudio de la empresa y regular la misma.

3.2.6 La Empresa como Universalidad:

La empresa es una amalgama de elementos que deben de ser concebidos como un todo y que se organizan para poder llevar a cabo una actividad determinada y así lograr lucrar. Es decir, *“la empresa es una unidad integral que por virtud de un fin económico que persigue, unidad que sustituye a la diversidad o a la individualidad que la integra”*⁵²

⁵¹ BROSETA PONT, MANUEL y MARTINEZ SANZ, FERNANDO. Op. Cit. P135.

⁵² Ibid. P136.

La empresa no puede ser configurada únicamente por sus elementos, ni como la voluntad del comerciante, tampoco como la actividad que el comerciante lleva a cabo, la empresa es un todo que se ha sido agrupado con un propósito.

3.2.7 La Empresa Como una Cosa Mercantil:

Es esta la naturaleza jurídica que el Código de Comercio guatemalteco confiere a la empresa mercantil que bajo el cual, la empresa mercantil es una cosa mercantil y que es reputada como un bien mueble. Al respecto, Broseta Pont y Martínez Sanz afirman que: *“la empresa se considera como un bien inmaterial que pertenece al empresario”*.

El considerar la empresa como una cosa mercantil permite que esta pueda ser transmitida en su totalidad y que a la vez sea susceptible de ser gravada. El categorizar a la empresa como una cosa mercantil que unifica un conjunto de elementos, también facilita darle un valor a la misma y es que, los elementos que la conforman no tendrán el mismo valor que tienen en su conjunto, que vistos de forma unitaria.

3.3 Elementos.

Como se ha venido haciendo mención, la empresa se encuentra conformada por una pluralidad de elementos, que de forma armónica han sido puestos en común para así lograr un propósito determinado. Entonces, la importancia de la empresa radica cada uno de sus elementos, los cuales de forma aislada no tendrán la importancia y el valor que reunidos adquieren.

El comerciante logra organizar cada uno de los elementos que conforman su empresa para poder ofrecer bienes y servicios al público. Por ejemplo, una farmacia, cuenta con: (i) un local en donde expende productos farmacéuticos; (ii) dependientes, motoristas y demás personal; (iii) contratos de distribución con sus proveedores; (iv) clientela; (v) la fama frente a los consumidores; (vi) mostradores, computadoras, motocicletas y en general todo el mobiliario y activos fijos que sirven a la farmacia; (vii) los medicamentos que vende al público en general; y (viii) una autorización estatal que le faculta a comercial productos médicos. Cada uno de esos elementos, de forma aislada, carece del valor que en conjunto gozan y que sirven al comerciante para poder llevar a cabo su actividad profesional.

La empresa, en palabras de Manuel Broseta Pont y Fernando Martínez Sanz, es: *“un conjunto de elementos de variada condición y naturaleza que, debidamente organizados, posee como finalidad la explotación de una determinada actividad económica”*. La empresa surge de la voluntad del comerciante, quien decide reunir una pluralidad de elementos que unidos sinérgicamente buscan ofrecer a los consumidores un determinado bien o servicio.

La empresa reúne elementos de diversas naturalezas, se encuentra conformada por: bienes muebles e inmuebles, trabajo, elementos intangibles tales como las marcas y el *know-how*, relaciones mercantiles, etc. que según la voluntad de un comerciante se ponen en conjunto para el desarrollo de una actividad mercantil.

La empresa mercantil, de conformidad con el código de comercio, se encuentra conformada por los siguientes elementos: (i) Establecimiento; (ii) Clientela y fama mercantil; (iii) Nombre comercial y demás signos distintivos de la

empresa;(iv) contratos de arrendamiento; (v) mobiliario y maquinaria; (vi) contratos de trabajo; y (vii) Mercaderías, los créditos y demás bienes y valores similares.

De esta forma, la empresa mercantil incluye todo lo necesario para que un determinado comerciante realice su actividad económica, en consecuencia, si un comerciante transfiere a otro comerciante una determinada empresa mercantil o los elementos que conforman la misma, estaría transmitiendo todos los elementos necesarios para realizar una determinada actividad económica.

3.4 Transmisión de Empresas Mercantiles:

3.4.1 Formas de Transmisión:

Como bien mueble, la empresa mercantil es susceptible de ser transmitida, ya sea de forma temporal o de manera permanente. La empresa puede ser susceptible de: (i) ser vendida; (ii) aportada a una sociedad; (iii) permutada; (iv) adjudicada en pago; (v) legada o heredada; (vi) usufructuada; (vii) arrendada; etc.

La empresa mercantil puede ser objeto de diversos negocios jurídicos en virtud de los cuales la misma sea transmitida u otorgada como garantía. Tomando eso en cuenta, por el objeto que en este momento se trata, únicamente nos ocuparemos de tratar la transmisión de la empresa, ya sea de forma temporal o de forma permanente.

En principio, la forma más sencilla de transmisión de una empresa, sería a través de una compraventa, lisa y llana. En ese caso, la empresa se transmitiría a cambio de un precio (cumpliendo los requisitos que el Código de Comercio guatemalteco establece y que serán desarrollados más adelante). La forma de transmisión de la empresa y la estructura del negocio a celebrarse para

transmitir la empresa dependerá de la voluntad de las partes, quienes deben de cumplir los requisitos legales correspondientes.

3.4.2 Formalidades para la Transmisión de una Empresa Mercantil:

Las formalidades necesarias para lograr transmitir una empresa mercantil, dependerán de que si la misma pertenece a una sociedad o a una persona individual.

Por un lado, para que el comerciante individual pueda transmitir una empresa de su propiedad, será necesario que, se efectúe una publicación en el Diario Oficial (Diario de Centroamérica) en la cual se da a conocer el negocio a realizarse. El comerciante individual, de conformidad con el artículo 656 del Código de Comercio debe de publicar el último balance y el sistema establecido para la extinción del pasivo de la empresa mercantil objeto de transmisión.

Será hasta dentro de los dos meses siguientes a la publicación a la cual se hizo referencia en el párrafo anterior, que el negocio por el cual la empresa mercantil será transmitida podrá celebrarse. Lo anterior, salvo que conste el consentimiento escrito de los respectivos acreedores, o el pago directo por medio de depósito de las sumas correspondientes, en un banco del sistema a favor de los acreedores que no han dado su consentimiento tal y como lo establece el artículo 260 del Código de Comercio guatemalteco.

De la misma forma, el Código de Comercio, en su artículo 657 establece que el contrato en virtud del cual la empresa mercantil sea transmitida comprenderá: (i) El o los establecimientos de la misma; (ii) La clientela y la fama mercantil; (iii) El nombre comercial y los de más signos distintivos de la empresa y del establecimiento; (iv) Los contratos de arrendamiento; (v) El mobiliario y la maquinaria; (vi) Los contratos de trabajo; y, (vii). Las mercaderías, los créditos y

los demás bienes y valores similares (los cuales conforman los elementos de la empresa mercantil).

Por otro lado, el ya referido artículo 656 del Código de Comercio establece que la transmisión de una empresa mercantil cuyo titular sea una sociedad mercantil, estará sujeto a las formalidades que el Código de Comercio provee para la fusión de sociedades mercantiles. En virtud de lo anterior, los siguientes pasos deberán de ser seguidos para poder llevar a cabo la transmisión de una empresa cuyo titular sea una sociedad mercantil: (i) el órgano de administración debe de resolver y aprobar la transmisión de la empresa mercantil de conformidad con el pacto social; (ii) el acuerdo de transmisión de la empresa mercantil deberá de ser inscrito en el Registro Mercantil de la República de Guatemala; (iii) el acuerdo de transmisión de la empresa mercantil y el último balance general de la sociedad deberá de publicarse en el Diario Oficial (Diario de Centro América) y en otro de los de mayor circulación en el país por tres veces en el término de quince días; y (iv) transcurridos dos meses de la última publicación, el contrato por el cual la empresa mercantil es transmitido, podrá ser celebrado.

3.4.3 Efectos de la Transmisión de una Empresa Mercantil:

Al transmitirse una empresa mercantil, tal y como lo dispone el artículo 658 del Código de Comercio quien adquiere una empresa se subroga en los contratos celebrados para el ejercicio de las actividades propias de aquella que no tengan carácter personal, lo anterior a menos que se haya pactado en contrario. En ese caso, los terceros contratantes (la contraparte de los contratos en los cuales el adquiriente de la empresa mercantil se subroga) podrán, dar por concluido sus respectivos contratos dentro de los tres meses siguientes a la

publicación de la transmisión. La terminación del contrato a la cual se hizo referencia, podrá ser efectuada siempre que mediara justa causa para ello y sin perjuicio de la responsabilidad del enajenante.

Asimismo, respecto a los créditos relacionados y transmitidos junto con una empresa mercantil, aunque no se notifique al deudor del enajenante o este no acepte, dichos créditos se tendrán por cedidos. En el caso anterior, la cesión tendrá efectos frente a terceros desde el momento de la inscripción de la transmisión en el Registro Mercantil de la República de Guatemala. A pesar de lo anterior, el deudor quedara liberado si paga de buena fe al enajenante.

Otro de los efectos de la transmisión de la empresa, será el de la transmisión de las deudas contraídas y que se deriven de la explotación de la empresa. Para efectos de lo anterior, según disposición del artículo 660 del Código de Comercio, será nulo todo pacto en virtud del cual las deudas anteriormente referidas no sean transmitidas al adquirente de una empresa mercantil.

De igual forma, el artículo 660 del Código de Comercio establece que subsistirá la responsabilidad del enajenante de la empresa mercantil, sin que la sustitución de deudor produzca efectos respecto de los acreedores que durante ese año hubiesen manifestado su inconformidad con dicha enajenación.

3.5 Formas de Transmisión de los Elementos de las Empresas Mercantiles:

A pesar de que algunos elementos, tales como la fama mercantil y la clientela, no son susceptibles de ser negociados de forma aislada, el resto de elementos de una empresa mercantil, perfectamente podrían ser objeto de negociación y de ser transmitidas de forma aislada. Existiendo la posibilidad de que en ciertos casos, la transmisión de algunos de los elementos de una empresa mercantil de

forma aislada, desvirtúan la esencia de la empresa, ya que sin los mismos, la empresa mercantil no podría operar.

A través de distintas figuras contractuales, pueden ser transmitidos los elementos de la empresa mercantil. A manera ilustrativa individualizo algunos ejemplos de transmisión de los elementos de la empresa mercantil: (i) establecimiento: el establecimiento puede ser vendido, aportado, arrendado, permutado, usufructuado; si el establecimiento es arrendado o usufructuado, dicho usufructo o arrendamiento pudiesen ser transferidos; (ii) mobiliario y maquinaria: el mobiliario y la maquinaria podrían ser vendidos, aportados, arrendados, permutados, usufructuados.

Vemos entonces que los elementos de la empresa mercantil, son susceptibles de distintas negociaciones. Por ejemplo, la entidad A se dedica a la venta de hamburguesas y la entidad B realiza la misma actividad. La entidad A ya cuenta con clientela, fama mercantil, un nombre comercial y demás signos distintivos. La entidad A se encuentra interesada en ampliar su negocio y la entidad B cuenta con establecimientos en puntos estratégicos que interesan a la entidad A. En ese caso, la entidad A podría adquirir los establecimientos de la entidad B y el mobiliario y equipo de la misma.

En el caso anterior, podemos ver que la entidad B únicamente transmitió dos de los elementos que conforman la empresa mercantil pero al transmitir dichos elementos, la empresa de la entidad B podría quedar inoperativa. Que sucedería si la entidad B ha transferido (ya sea por cesión de contratos de arrendamiento o cualquier forma de enajenación de inmuebles) a la entidad A todos sus establecimientos y todo su mobiliario, y al materializar dicha transacción ambas entidades celebraron también un acuerdo de no competencia o un pacto de *non compete*. En ese caso, la transmisión de esos

dos elementos y el pacto de no concurrencia, devendrían en la inoperatividad de la empresa mercantil de la entidad B.

De lo anterior es posible colegir, que la transmisión de elementos de la empresa mercantil de forma aislada pueden tener los mismos resultados que la transmisión de la empresa mercantil.

3.6 Clausulas o acuerdos de No Concurrencia o “Non Compete”:

El Código de Comercio establece en su artículo 663 que, a menos que hubiese sido pactado lo contrario, quien enajena una empresa debe abstenerse, durante los cinco años siguientes a la transmisión de dicha empresa, de iniciar una nueva que por su objeto, ubicación y demás circunstancias pueda desviar la clientela de la empresa mercantil transmitida, constituyendo una competencia desleal.

Lo establecido en el artículo 663 del Código de Comercio, es lo que doctrinariamente es conocido como acuerdos de no concurrencia o *non compete*. La propia ley prevé que en caso de que el comerciante social o individual transmita su empresa, este tendrá una obligación de no hacer. Esta prohibición limita al comerciante enajenante el iniciar una nueva empresa que sea competidora de la empresa que ha transmitido.

Es un elemento natural de los contratos de transmisión de empresas mercantiles el pacto de no concurrencia, el cual, salvo pacto en contrario, surtirá efectos por el plazo de cinco años a partir de que la empresa es transmitida. A pesar de ser propio de los contratos y/o actos en virtud de los cuales las empresas mercantiles son transmitidos, las clausulas non compete pueden

darse también en los contratos en virtud de los cuales alguno o algunos de los elementos de la empresa mercantil han sido transmitidos.

CAPITULO IV:

4. Análisis de la de la Transmisión de las Empresas Mercantiles o sus Elementos de Forma Aislada Desde la Perspectiva del Derecho de la Competencia:

Como se ha expuesto con anterioridad, el derecho de la competencia, es aquella rama del derecho que mediante la prohibición, restricción y sanción de prácticas que atentan y afectan directamente al mercado busca proteger la libre competencia, la libre concurrencia de agentes económicos al mercado y a los consumidores.

Entre las prácticas anticompetitivas se encuentran la concentraciones económicas, estas se encontraran limitadas en cuanto tiendan a limitar el ingreso o permanencia de agentes económicos al mercado y que tengan efectos negativos sobre el mercado y los consumidores. Lo anterior, puede llegar a incluir transacción que conlleven la transmisión de empresas mercantiles o los elementos que conforman las mismas, cuando dichas transacciones tengan un efecto negativo en el mercado.

Los elementos de la empresa enumerados en el capítulo anterior, resultan necesarios para que el comerciante realice su actividad comercial y estos elementos en su conjunto pueden llegar a conformar un sector económico determinado. En determinados casos, si un agente económico transmite la totalidad de una empresa mercantil o elementos esenciales que conforman la misma de forma aislada, podría configurarse (siempre que se cumplan los requisitos económicos) una concentración económica prohibida.

En este capítulo será analizada la transmisión de una empresa mercantil o sus elementos de forma aislada desde la perspectiva del derecho de la

competencia. Tomando en cuenta los conceptos de empresa mercantil, la naturaleza jurídica de las empresas mercantiles y los elementos que dicho concepto conlleva, con la transmisión de una empresa mercantil, es posible que esta transacción implicaciones en materia de competencia.

Dependiendo del alcance de la norma en materia de competencia y el texto de la misma, una relación contractual de este tipo podría encuadrarse en distintos tipos de prácticas anticompetitivas, y por lo tanto tendría distintos efectos si se considera que constituye un tipo de práctica competitiva u otra. A continuación se analizara la transmisión de una empresa mercantil para poder determinar qué tipo de práctica anticompetitiva podría llegar a constituir y cuáles serían los efectos jurídicos en cada caso concreto.

4.1 Transmisión de una Empresa Mercantil o sus Elementos Como una Concentración Económica:

La transmisión de una empresa mercantil o de sus elementos de forma aislada, puede llegar a tener efectos negativos en el mercado y en consecuencia, dicho acto puede llegar a constituir una práctica anticompetitiva. Si esta transacción tiene efectos negativos sobre el mercado, limita el ingreso o permanencia de un agente económico en el mercado o tiene efectos negativos sobre los consumidores, dicho acto constituirá una práctica anticompetitiva. A continuación, se analiza la transmisión de una empresa mercantil o sus elementos de forma aislada como una concentración económica.

Como ya se ha definido anteriormente, una concentración económica es aquel acto en virtud del cual agentes económicos que en principio deberían de ser independientes, ya sean competidores o no, se consolidan en uno solo. Asimismo, en este escrito también ha sido explicado que dicha práctica no

conlleva necesariamente la reunión de los agentes económicos en una sola persona jurídica. Por ende, siempre que la misma tenga efectos negativos en el mercado, un acto por el cual es transmitida una empresa mercantil o sus elementos de forma aislada, puede ser considerada como una práctica anticompetitiva.

Se puede concluir que no es necesaria la consolidación para que exista concentración, tampoco sería necesaria la transmisión de la totalidad de la empresa mercantil para que el acto pueda tener los efectos de una concentración económica.

Ya sea que adquieran la totalidad de una empresa o únicamente elementos esenciales de la misma de forma aislada, esta adquisición (sin importar la forma en que la transmisión de la empresa mercantil se dé), puede constituir una concentración económica. Este acto debiese de ser limitado siempre que el mismo tenga efectos negativos sobre el mercado, limite el ingreso o permanencia de un agente económico en el mercado o tiene efectos negativos sobre los consumidores.

La forma más clara en la cual una transmisión de empresas o sus elementos de forma aislada puede constituir una concentración económica, es en aquellos casos en los cuales dicha transacción es efectuada de forma horizontal (entre agentes económicos competidores). Esta transferencia puede conllevar efectos negativos para el mercado, y en ese caso debería de limitarse.

Por ejemplo si en el mercado de producción y comercialización de bebidas rehidratantes, existieran únicamente dos oferentes, y uno adquiere del otro elementos esenciales de las empresas mercantiles de sus agentes económicos competidores (por ejemplo sus establecimientos, sus fábricas y se subroga en sus contrato de distribución) y se acuerda un pacto de no competencia. En ese caso, la totalidad de la producción y comercialización de bebidas rehidratantes

se concentrarían en un solo agente económico y lo cual podría tener efectos negativos en el mercado

Como vemos en el ejemplo anterior, los efectos de transmitir elementos esenciales o la totalidad de una empresa mercantil, serían los de una concentración económica. En esta transacción: (i) se adquieren elementos de comercialización de agentes económicos competidores; y (ii) limita a los agentes económicos competidores a participar en el mercado relevante de las bebidas rehidratantes.

Cabe destacar que para poder llegar a considerar una transmisión de empresas mercantiles o sus elementos como una concentración económica, como primer punto es necesario que la legislación de competencia contemple las concentraciones económicas como una práctica anticompetitiva. Con antelación fue expuesto que en Guatemala, una de las dos iniciativas de ley no contempla las concentraciones económicas.

Como segundo requisitos, sería necesario que el supuesto de concentración económico sea amplio, es decir, que el mismo no se limite a incluir como dicha práctica las fusiones de sociedades. Si el concepto de las referidas prácticas incluyen únicamente fusiones, ello podría conllevar que se utilicen otro tipo de estructuración de transacciones (tal y como la transferencia de empresas mercantiles) para evadir las obligaciones y consecuencias de las concentraciones económicas.

Para efectos de poder regular las transmisiones de empresas que se den entre agentes económicos competidores, sería recomendable que, adicionalmente a los requisitos establecidos al día de hoy en el Código de Comercio para efectuar transferencias de dichas cosas mercantiles, al momento en que propietario y adquirente de una empresa sean competidores, esta transferencia

deba de ser autorizada por la autoridad en materia de competencia deba autorizar la transferencia de la misma.

Respecto la transmisión de los elementos que conforman la empresa, cabe destacar que difícilmente puede ser fiscalizada la misma. Adicionalmente, requerir autorizaciones previas para transferir elementos que conforman la empresa mercantil, como lo son los inventarios, pueden llegar a entorpecer el tráfico mercantil.

4.2 Consecuencias de la Falta de Regulación de las Concentraciones Económicas:

A pesar de que con la adquisición de una empresa mercantil o algunos de sus elementos de forma aislada, se podría estar efectuando una concentración económica, dependerá de la ley de competencia determinar el alcance de los actos que pueden constituir dicha práctica. Si la ley de competencia se limita a considerar como concentraciones únicamente las fusiones o absorciones societarias, a la adquisición de una empresa mercantil o sus elementos no le serían aplicables las reglas de las concentraciones económicas.

Otra posibilidad es que la ley en materia de competencia no regule las concentraciones económicas. Como se indicó anteriormente, han sido presentadas al Congreso de la República de Guatemala, dos iniciativas de ley en materia de competencia, una que estipula normas en relación con las concentraciones económicas y por otro lado una posterior iniciativa que no contempla dicha práctica.

Una ley de competencia eficiente debe de contemplar un concepto amplio de los actos que constituyen concentraciones económicas, de esa forma, todo aquel acto que tenga como consecuencia la consolidación en un sector

económico en perjuicio de la economía y de los consumidores, debiesen de aplicarles disposiciones legales sobre concentraciones económicas. Si dicho acto no implica un daño a la economía, dicha concentración económica podrá ser efectuada, si por el contrario, dicha concentración económica representa una amenaza para la economía, esta no podrá ser efectuada.

Como se argumentó en la sección anterior, la adquisición de una empresa mercantil o sus elementos de forma aislada, podría llegar a constituir una concentración económica. En el caso de la iniciativa de ley número 4426, no se encuentran contempladas las concentraciones económicas. Lo anterior, deja en una situación de incertidumbre jurídica las negociaciones y contrataciones que involucren una concentración económica.

1.6.2 Como una Práctica Anticompetitiva Horizontal:

En aquellos casos en los cuales la legislación de competencia no contempla las concentraciones económicas o que la regulación en materia de concentraciones económicas no alcanzare a regular la adquisición de una empresa mercantil o sus elementos de forma aislada como una concentración económica, la transmisión de una empresa mercantil o de alguno o algunos de sus elementos de forma aislada entre agentes económicos competidores, podría ser considerada como una práctica anticompetitiva horizontal (en caso que dicha adquisición se efectúe entre agentes económicos competidores).

La transmisión de una empresa mercantil o de sus elementos de forma aislada, únicamente podrá ser considerada como una práctica anticompetitiva horizontal, si la legislación de competencia contempla la disposición general de que todo contrato celebrado entre agentes económicos competidores constituye una práctica anticompetitiva horizontal.

En principio, no deberían de existir acuerdos entre agentes económicos competidores y es por ello que usualmente las leyes de protección de competencia, contienen disposiciones generales en virtud de las cuales cualquier tipo de acuerdo entre agentes económicos es sancionada y considerada como una práctica anticompetitiva.

En virtud de lo anterior, cualquier acto que involucre la transmisión de una empresa mercantil o de sus elementos de forma aislada entre agentes económicos competidores, podría ser considerado como una colusión.

La ausencia de disposiciones en materia de concentraciones económicas en una legislación de competencia, incluso podría llegar a limitar absolutamente la celebración de cualquier contrato entre agentes económicos competidores, incluso aquellas concentraciones económicas que representen algún beneficio para el mercado y para los Agentes Económicos en general. Ello debido a la prohibición absoluta a la cual se encuentran sujetas las prácticas anticompetitivas horizontales.

Caso contrario a lo anterior, si las concentraciones económicas se encuentran contempladas por la ley de protección de competencia y se encuentran sujetas a autorización de la autoridad de competencia, estas podrán llevarse a cabo siempre que no tengan efectos negativos sobre la economía.

4.2.2 Como un Abuso de Posición de Dominio:

Otra posibilidad en caso que la legislación en materia de competencia no contemple disposiciones referentes a las concentraciones económicas, una adquisición de una empresa mercantil podría llegar a constituir una concentración económica, ello si en el caso concreto concurren los supuestos requeridos para considerar una práctica como prohibida.

Vemos entonces que, para que la transmisión de una empresa mercantil o alguno o algunos de sus elementos de forma aislada pueda ser considerada como un abuso de posición de dominio, es necesario que: (i) no exista regulación acerca de concentraciones económicas en la legislación en materia de promoción de competencia o que esta no alcance a regular la transmisión de una empresa mercantil o sus elementos como una concentración económica; (ii) que sea efectuada por un agente económico que se encuentre en posición de dominio dentro del mercado relevante; (iii) que tenga efectos negativos en el mercado.

Es importante mencionar que si la posición de dominio surge de la referida adquisición, la misma no podría ser considerada como un abuso de posición de dominio, la posición preponderante dentro del mercado relevante es requisito indispensable para que el acto sea considerado como un abuso de posición de dominio.

Un ejemplo de una transferencia de una empresa mercantil que podría llegar a ser considerada como un abuso de posición de dominio, sería aquel caso en el cual un agente económico cuyo giro es la producción comercialización de sal y que goza de una posición de dominio adquiere la empresa de una sociedad que es propietaria de todos los tanques de almacenamiento de sal que se encuentran en los alrededores de salinas (bajo el argumento que si se niega a venderle ya no contratará sus servicios). En ese caso, el productor de sal estaría adquiriendo una empresa de otro agente económico que se encuentra relacionado directamente con su actividad comercial, y con lo cual sus competidores podrían llegar a verse afectados.

En supuestos como el del párrafo anterior, una transferencia de un activo de una empresa, el cual en mi opinión podría llegar a ser considerado como una concentración económica, puede llegar a constituir un abuso de posición de dominio y ser tratada como tal.

CONCLUSIONES:

- El derecho de la competencia es aquella rama del derecho que tiene como objetivo regular el comercio mediante la prohibición, restricción y sanción de prácticas que atentan y afectan directamente al mercado. Es decir, aquella que pretende regular los mercados limitando todas las prácticas de competencia desleal para poder así garantizar la libre competencia.
- La finalidad del derecho de la competencia es promover la libre competencia entre los comerciantes existentes en un mercado, permitir la entrada al mercado de otros comerciantes y la protección al consumidor mediante la promoción de la mejora en la calidad de bienes y servicios que son ofrecidos al consumidor a un precio competitivo.
- El derecho de la competencia surge para evitar tergiversaciones al mercado y así poder proteger a los consumidores y a los agentes económicos que deseen participar activamente en el mercado. Este nace como la respuesta a los abusos que se dan por parte de comerciantes que tienen cierto poder sobre el mercado.
- La certeza jurídica que genera la legislación en materia de competencia, al garantizar que no se llevarán a cabo actos que de forma fraudulenta busquen eliminar la participación de agentes económicos dentro del mercado fomenta el ingreso de nuevos participantes, nacionales o extranjeros a un mercado determinado.

- Al haber un mayor número de competidores en el mercado y prohibírsele a estos que realicen cualquier acto que altere de forma fraudulenta el mismo, la oferta corresponderá a la situación real del mercado y esto beneficiará a los consumidores finales de los productos o servicios.
- En un mercado habrá libre competencia cuando exista una concurrencia efectiva, eficaz y práctica de agentes económicos contrapuestos. La oferta, la demanda, los precios y los productos dependen del propio mercado y este no es alterado de ninguna forma por ningún sujeto que tenga una posición dominante dentro del mismo.
- A pesar de que existen distintos aspectos en materia de competencia que se encuentran regulados en distintos cuerpos normativos, Guatemala es el único país en Centro América en el cual no existe una ley de protección y promoción de la competencia.
- De conformidad con las obligaciones adquiridas por el Estado de Guatemala en virtud del Acuerdo de Asociación con la Unión Europea, Guatemala debe de emitir una ley de protección y promoción de la competencia para el treinta y uno de noviembre de dos mil dieciséis.
- Al día de hoy se encuentran en el Congreso de la República de Guatemala dos iniciativas de ley en materia de protección y promoción de la competencia, ambas crean autoridades en materia de competencia y sancionan prácticas anticompetitivas. Es importante destacar que la iniciativa de ley posterior, no regula el tema referente a concentraciones económicas.
- Se entiende por práctica anticompetitiva a todos aquellos actos que de alguna forma distorsionen de forma fraudulenta la competencia o se realicen con abuso de posición que se tiene sobre el mercado.

- Básicamente existen cuatro tipos de prácticas anticompetitivas: (i) horizontales; (ii) verticales; (iii) los abusos de posición de dominio, y (iv) las concentraciones económicas.

- Se consideran como prácticas horizontales a aquellas que se llevan a cabo entre agentes económicos del mismo eslabón de la cadena de comercialización. Estas son consideradas prácticas anticompetitivas por si mismas, es decir, no requieren ningún elemento externo a la propia práctica para ser consideradas como prácticas anticompetitivas.

- Las prácticas horizontales pueden llevarse a cabo mediante acuerdos, ya sean expresos o tácitos, orales o escritos. No es necesario que exista un acuerdo expreso para que exista una práctica anticompetitiva horizontal, este tipo de prácticas puede ser cometido de forma tácita. Cuando las prácticas horizontales se dan en forma de un acuerdo entre competidores se denominan como carteles.

- Las prácticas verticales son aquellas prácticas anticompetitivas que se llevan a cabo entre agentes económicos de distintos grados de la cadena de comercialización. En estas, deben de acaecer ciertos requisitos esenciales para que la práctica pueda ser considerada como anticompetitiva.

- En las prácticas anticompetitivas verticales rige la regla de la razón, para poder ser considerada como una práctica anticompetitiva. Hay que evaluar aspectos económicos y el impacto que la misma tendrá en el mercado.

- Para poder ser considerada como una práctica anticompetitiva, es necesario: (i) que se dé dentro de un mercado relevante; (ii) que el agente económico que la lleve a cabo tenga incidencia o poder en el mercado relevante; (iii) que tenga efectos negativos en el mercado; y (iv) la existencia limitada de oferta de dicho bien o servicio.

- Se denominan como abuso de posición de dominio, todos aquellos actos, generalmente unilaterales en las cuales un agente económico, aprovechándose de su posición en el mercado, perjudica de alguna forma la economía o realiza actos que de alguna forma alteren de forma fraudulenta el mercado.

- La posición de dominio, es aquella situación fáctica económica por la cual un agente económico, tiene un lugar preponderante en el mercado, sin que sea necesario que se encuentre en una situación monopólica.

- El abuso de posición de dominio al igual que las prácticas anticompetitivas verticales, busca evitar el ingreso o eliminar la permanencia de agentes económicos competidores en un mercado determinado. Este tipo de prácticas también pretende aumentar el control de un agente económico sobre el mercado.

- Por último, las concentraciones económicas son todos aquellos actos en virtud de los cuales dos o más agentes económicos, que en principio deberían de ser independientes, se concentran en uno solo. Lo anterior, no implica necesariamente que estos pasen a formar una sola persona jurídica.

- Una concentración económica será limitada en aquellos casos en los que de la ella se genere una posición de dominio en el agente económico en el cual se da la práctica que se considere que puede ser perjudicial para la economía general. Si una concentración económica no tiene efectos negativos en la economía, dicha concentración económica no será limitada.

- Por otro lado, se entiende por empresa mercantil el conjunto de trabajo, de elementos materiales y de valores incorpóreos coordinados que un comerciante, ya sea individual o social, utiliza para ofrecer al público bienes o servicios de forma sistemática y con ánimo de lucro.

- La empresa constituye un objeto jurídico único, de donde los derechos conexos a la empresa son considerados como parte constitutiva de la misma y cuya transmisión engloba la totalidad de los elementos que la conforman. Tomando en cuenta lo anterior, la empresa es aquella unidad creada por el comerciante con el fin de llevar a cabo su actividad profesional y todos aquellos actos que la propia ley considera como actos mercantiles.

- La empresa se encuentra conformada por los siguientes establecimientos: (i) Establecimiento; (ii) Clientela y fama mercantil; (iii) Nombre comercial y demás signos distintivos de la empresa; (iv) contratos de arrendamiento; (v) mobiliario y maquinaria; (vi) contratos de trabajo; y (vii) Mercaderías, los créditos y demás bienes y valores similares. Los elementos que conforman la empresa mercantil resultan necesarios para que el comerciante realice su actividad comercial y que estos elementos en su conjunto conforman un sector económico determinado.

- Tomando en cuenta los conceptos de empresa mercantil, la naturaleza jurídica de las empresas mercantiles y los elementos que dicho concepto conlleva, con la transmisión de una empresa mercantil, es posible transmitir un sector económico determinado pudiendo tener esta transacción implicaciones en materia de competencia.

- La transmisión de una empresa mercantil o de sus elementos de forma aislada, puede llegar a tener efectos negativos en el mercado y dicha transacción puede constituir una práctica anticompetitiva. Si esta transacción tiene efectos negativos sobre el mercado, limita el ingreso o permanencia de un agente económico en el mercado o tiene efectos negativos sobre los consumidores, dicho acto constituirá una práctica anticompetitiva.

- En principio, la transmisión de una empresa mercantil o de algún elemento esencial de la misma, debería de constituir una concentración económica. A

pesar de ello, si la legislación de protección y promoción de la competencia no contiene una definición amplia de lo que constituye una concentración económica, o no regula las concentraciones económicas, este tipo de transacción podría llegar a constituir una práctica anticompetitiva horizontal (si esta se da entre agentes económicos competidores) o un abuso de posición de dominio (si esta se da por parte de un agente económico que ostenta posición de dominio dentro del mercado).

REFERENCIAS:

1. Referencias Bibliográficas:

- AGUILAR ALVAREZ DE ALBA, JAVIER; GARCÍA RODRÍGUEZ, SERGIO; LEVY ALGAZY, SANTIAGO; NEWBERG, JOSHUA; PATIÑO MANFFER, RUPERTO; Y WITKER, JORGE. Estudios en Torno a la Ley Federal de Competencia Económica. Universidad Autónoma de México. México, 1994.
- CABANELLAS, GUILLERMO. Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia. Buenos Aires. Editorial Heliastrea. 1983.
- CASES PALLARES, LLUIS. Derecho administrativo de la defensa de la competencia. Escola d'Administració Pública de Catalunya. Madrid, España. 1995.
- GONZALEZ DE COSSIO, FRANCISCO. Competencia y Economía: Aspectos Jurídicos y Económicos. Editorial Porrúa. México. 2005.
- GUTIERREZ RODRÍGUEZ, JUAN DAVID y MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO. Fundamentos Económicos del Derecho de la Competencia. Centro de Estudios de Derecho de Competencia. Bogotá Bogotá, Colombia. 2006
- MINISTERIO DE ECONOMÍA DE GUATEMALA. Introducción de Promoción de la Competencia. Dirección de Promoción de la Competencia. Guatemala, Guatemala. 2011.
- MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO. Anotaciones sobre el Derecho Antimonopolístico en los Estados Unidos De Norteamérica. Centro de Estudios de Derecho de Competencia. Bogotá, Colombia. 2008.

- WITKER, JORGE y VARELA, ANGELICA. Derecho de la Competencia Económica en México. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2003;

2. Referencias Legislativas:

- ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, 31 de mayo de 1985. Constitución Política de la República de Guatemala.
- CONGRESO DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA, decreto ley 2-70, Código de Comercio.
- CONGRESO DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA. decreto ley 115-97, Ley General de Telecomunicaciones
- CONGRESO DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA. decreto ley 93-96, Ley General de Electricidad
- CONGRESO DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA, decreto 17-73, Código Penal.
- CONGRESO DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA, decreto 2-70, Código de Comercio.
- CONGRESO DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA, decreto 10-2012, Ley de Actualización Tributaria.
- CONGRESO DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA, decreto 6-2003, Ley de Protección y Atención al Consumidor.
- CONGRESO DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA, decreto 19-2002, Ley de Bancos y Grupos Financieros.
- **Proyecto de ley:**

- Iniciativa de ley 4454, Proyecto de ley de defensa y promoción de la competencia

3. Otras Referencias:

GERMÁN, COLOMA. Prácticas horizontales concertadas y defensa de la competencia. Universidad del Cema. Buenos Aires, Argentina. 2000.
<http://www.ucema.edu.ar/publicaciones/download/documentos/170.pdf>
consultada el 27/03/2015