

Ministerio De Economía

Viceministerio de Inversión y Competencia

Dirección de Promoción de la Competencia

Guatemala, junio 2015.

Documento No. 1

Abuso de Posición Dominante y sus efectos en el Libre Mercado

Lic. Ricardo Obando M.*

“Las opiniones expresadas en el presente documento son de exclusiva responsabilidad del autor y pueden no coincidir con las autoridades superiores del Ministerio de Economía”

(*) Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario, por la Universidad Rafael Landívar, URL.

El presente boletín tiene como objeto principal, conceptualizar y desarrollar la práctica anticompetitiva denominada abuso de posición dominante, con el fin de analizar las distintas formas en las que pueda surgir o se pueda constituir. Así mismo, se hará un análisis de los efectos que produce la práctica de esta figura anticompetitiva.

Partiendo de lo anterior podemos mencionar que el abuso de posición de dominio es solo un efecto negativo que se deriva de la posición privilegiada que ostenta cualquier oferente en el mercado por su buen desempeño y crecimiento significativo en el mismo.

Algunos expertos en la materia, a manera de comentario, mencionan que es un simple efecto inherente a la posición de dominio y que es imposible de eliminar en la competencia económica, porque se estaría desestimulando a las empresas con un muy buen desempeño y, por ende, no habría crecimiento económico. Para otros, es simplemente un vicio de las grandes empresas que solo vienen a perjudicar enormemente a la economía del Estado y a los consumidores finales en general.

Por lo que en el presente boletín empezaremos conceptualizando la connotación de posición dominante

para poder entender cómo se puede abusar de dicha posición privilegiada en la economía de cualquier Estado y luego se conceptualizará y analizarán los supuestos que constituyen un abuso de esa posición, como también los factores, y efectos que la misma produce en la economía de un país determinado.

1. Definición de posición de dominio

Para la adecuada comprensión del significado y alcance del concepto de abuso de posición dominante, es preciso establecer primero, cuándo o en qué situación una empresa goza de esa postura privilegiada en el mercado. Esto último es conocido con el nombre de posición de dominio, que no necesariamente atenta contra el principio de libre competencia.

Los términos que se pretenden explicar son básicamente dos: **Posición** y **Dominancia**. La primera por su orden **Manuel Osorio**, jurista reconocido, manifiesta que puede entenderse en sentido general como, “*Una colocación*”¹; mientras que la segunda para **Guillermo Cabanellas**,

¹ Osorio, Manuel. “*Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*”. Volumen Único, Argentina, Ed. Heliasta SRL, 1993, Pág. 594.

jurista argentino, manifiesta que puede ser entendida y aplicada al comercio *“como la superioridad, potestad o facultad legítima de una persona sobre otras”*².

Por otro lado para **Carlos Bolaño Behr**, la dominancia es, *entendida en la jurisprudencia norteamericana desde la perspectiva de poder de mercado, y es definida como: el poder de control sobre un mercado con exclusión de la competencia*³.

Como es evidente, la posición de dominio es la colocación de un agente económico en un mercado determinado, que le proporciona control sobre ese mercado, al punto de no depender de la competencia.

Entendiéndose como **posición de dominio y posición dominante** de forma indistinta, dentro del presente boletín.

Se puede establecer entonces a simple vista que, la posición de dominio se determina por el grado de independencia que tiene un agente económico para influir en el mercado, sin tener que subordinarse a otros competidores, pero más allá, incluso

sin tener que depender del mismo consumidor, en su toma de decisiones con respecto al precio o cualidades del producto que vende.

Por ello continua manifestando **Bolaño Behr** que una o varias empresas gozan de una posición de dominio en el mercado: *“Cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como redes de distribución”*⁴.

Entre los factores que se deben analizar para establecer si una empresa tiene dominancia en un mercado, se encuentra la cuota de mercado, tema que se desarrollará más adelante cuando se analicen de forma individual.

En palabra sencillas, se puede afirmar que posición de dominio es una situación de privilegio en la que se encuentra una empresa con respecto a un mercado o industria determinada, con plena independencia de

² Cabanellas de Torres, Guillermo, *“Diccionario jurídico elemental”*, Argentina, Ed. Heliasta SRL, 1999, Pág. 135.

³ Bolaño Behr, Carlos. *“Experiencias para una economía al servicio de la gente”*. Perú, Ed. Nuevas Técnicas Educativas – Netusa, 2000. Pág. 3.

⁴ *Loc. cit.*

competidores, clientes o consumidores, para poder influir en ese mercado, sin violar la ley y el principio de libre competencia, y consecuentemente variar precios y/o características en un producto.

En la legislación nacional guatemalteca, no existe ninguna disposición legal en relación con la posición de dominio. Contrario a ello, en el terreno de lo regulatorio, se encuentra ya normado lo relativo al monopolio, tanto a nivel Constitucional como Penal.

En general, la posición de dominio se encuentra muy poco normada a nivel mundial; incluso en la Unión Europea existe una queja por la inexistencia de una definición legal al respecto. Por su parte, **Gutiérrez y Padilla** manifiestan que *“cualquiera esperaría que viniera definido en la norma un concepto que puede determinar importantes límites a la actuación de las empresas y sobre el que se fundamenta una parte sustancial de la política de competencia. Sin embargo, por chocante que parezca, no es así. No encontramos una definición de posición de dominio ni en los textos legislativos españoles ni en los comunitarios. Como es bien sabido, para interpretar*

*este concepto hay que recurrir a la jurisprudencia”*⁵.

Es relevante señalar que la posición de dominio no es ilegal. En otras palabras, si una empresa o agente económico cualquiera goza de una posición de dominio, ello no significa violación alguna de norma jurídica o económica, puesto que tampoco atenta contra la libre competencia. La posición de dominio no es una práctica anticompetitiva. Sin embargo, el abuso de ésta si lo es. Pero por esta causa para poder entender la práctica abusiva de la dominancia, debemos primero que conceptualizar y establecer qué es posición de dominio con el fin que posteriormente se pueda explicar que dicha posición puede dar lugar a su abuso y con eso ir en contra de la competencia económica. Para concluir **Bolaño Behr** hace mención que, en los términos anteriormente expuestos, *“una empresa puede tener una posición de dominio en el mercado, sin que ello constituya una violación a los principios de libre competencia”*⁶.

2. Factores que determinan la posición de dominio

⁵ *Ibid.*, Pág. 15.

⁶ Bolaño Behr, Carlos. *Op. cit.*, Pág. 6.

Los factores que determinan si una empresa goza de posición dominante en un mercado son: **a) La cuota de mercado, b) los factores de demanda y c) los de oferta.** Factores que serán los únicos objetos de análisis en el presente boletín.

Es importante el análisis de estos factores, por cuanto, pese a tratarse el presente de un estudio jurídico y no económico de la posición de dominio, los mismos pueden servir para evidenciar los casos que en Guatemala se han suscitado, se siguen dando o potencialmente podrían surgir.

a) La cuota de mercado

La cuota de mercado que ostenta una empresa evidencia información sobre la posición de este agente económico, en el conjunto de dicho mercado.

En ese sentido, para **Gutiérrez y Padilla**, dirigidos por **Santiago Martínez Lage y Juan Amadeo Petitbó**, *“la cuota suele ser interpretada como una medida de poder de mercado y por ello se considera el punto de partida de un*

*análisis de dominancia”*⁷. Por supuesto, la información que proporciona permite establecer un determinado porcentaje en el que la empresa puede influir. Por ejemplo, si un agente económico ostenta una cuota igual o mayor al cincuenta por ciento de ese mercado, es claro que dicha empresa puede influir con bastante libertad en los precios o cualidades del producto determinado que se trate. Pero según la práctica en diversos casos como ejemplo el de Hoffman -La Roche versus Commission-, es necesario comprobar que existan los otros dos factores que se analizarán más adelante para comprobar la posición dominante de un agente en el mercado.

Aunque de igual forma, si la empresa tan sólo cuenta con una cuota del cinco, diez o hasta un cuarenta y cinco por ciento, puede ver que no habrá mayor posibilidad de influencia, no contará con la independencia necesaria y, por lo tanto, no podrá prescindir de sus competidores, con quienes al final deberá negociar los precios o las cualidades, o bien, simplemente “competir”. En este último supuesto se puede afirmar que no hay posición de dominio y tal afirmación procedió de la cuota de mercado que ostenta la empresa o agente económico.

⁷ Martínez Lage, Santiago y Amadeo Petitbó Juan. *Op. cit.*, Pág. 18.

Gutiérrez y Padilla, ofrecen una forma de interpretar adecuadamente la cuota de mercado de una empresa con porcentajes aceptados en la Unión Europea: *“Para interpretar las cuotas de mercado en el análisis de dominancia la práctica comunitaria distingue los siguientes umbrales: Cuando la cuota de mercado del operador es igual o inferior al 25 por ciento no es probable que el operador tenga una posición de dominio individual. La Comisión no suele plantearse el análisis de la existencia de dominancia cuando la cuota de mercado de la empresa es igual o inferior al 40-45 por ciento. Cuotas por encima del 50 por ciento suelen ser indicativas de la existencia de dominancia.”*⁸

A tales consideraciones, los autores citados agregan: *“En definitiva (...), la postura de la Comisión avalada por el Tribunal de Justicia viene a ser que no debemos preocuparnos normalmente por la existencia de poder de mercado cuando la cuota de la empresa es inferior al 40 o 45 por ciento, mientras que por encima de esos valores hay que realizar un análisis detallado de la existencia de una posición de dominio”*⁹.

⁸ Martínez Lage, Santiago y Amadeo Petitbó Juan. *Op. cit.*, Pág. 15.

⁹ *Ibid.*, Pág. 15.

Sin embargo **Bolaño Behr**, hace referencia que: *“Para determinar si una empresa se encuentra en una posición de dominio se debe delimitar el mercado en el que actúa esa empresa, es decir, el mercado relevante, incluyendo en éste, los bienes o servicios que puedan sustituir al que es materia de análisis.”*¹⁰ Entendiendo al mercado relevante, como: *“Aquel que está siendo distorsionado por la realización de prácticas anticompetitivas.”*¹¹

b) Factores de demanda

Estos factores dependen especialmente de la presencia de la posible sustitución que puedan existir entre productos como en la diversidad de oferentes que los ofrezcan. Para **Gutiérrez y Jorge**, *“cuando existe la presencia de fuentes de suministro que no impliquen costes de cambio elevados, el poder de negociación de los clientes será mayor y no es probable que se pueda establecer la existencia de posiciones de dominio: El comportamiento del operador no podrá deteriorar el bienestar de los*

¹⁰ Bolaño Behr, Carlos. *Op. cit.*, Pág. 6.

¹¹ Mercado Relevante. Slideshare, Prensa Gráfica Art. 23-06, Douglas Umaña, El Salvador, 2009, www.slideshare.net/scompetencia/la-definicion-del-mercado-relevante-art-23-06, consultada el 4 de octubre del 2010.

consumidores”¹², lo cual establece de forma categórica que, aún con cuota de mercado por encima de los porcentajes mínimos, un agente no podrá llegar a tener posición de dominio por cuanto los clientes o consumidores tengan la posibilidad de elección en otras opciones.

La posición de dominio está determinada por los factores de demanda y ésta, a su vez, por la sustitución de los productos o -dicho en otras palabras- por la existencia de productos sustitutos.

Así mismo, para **Bullard González**, la posición de dominio se puede dar de forma natural cuando, *“no existen suficientes oferentes y/o demandantes en el mercado, como para evitar que alguno o algunos puedan determinar o influir de manera significativa en el precio y en las condiciones ofrecidas. En un mercado competitivo, todos (oferentes y demandantes) son tomadores de precios y de condiciones. Esto quiere decir que asumen el precio y las condiciones como dadas, y quien los dicta es el mercado a través de un conjunto indeterminado de decisiones atomizadas. Sin embargo, cuando el número de oferentes o demandantes no es suficiente para que esto se cumpla, uno o unos pocos tienen la*

*facultad de fijar un precio y las condiciones de manera indistinta de aquellos que el mercado arrojaría en la libre competencia.”*¹³

c) Factores de oferta

Continúan manifestado de forma muy acertada y lógica **Gutiérrez y Padilla**, que: *“En la medida en la que existan alternativas una empresa no podrá imponer sus condiciones en el mercado: ante el aumento del precio de sus productos la demanda podrá trasladarse a la oferta de otros productores”*¹⁴. Como es evidente, la oferta y la demanda como factores determinantes de la posición de dominio de una empresa son importantísimos y están relacionados estrechamente.

La existencia de una posición de dominio clara de una empresa o agente competidor frente a sus rivales depende de la sustituibilidad de sus productos en el mercado, a efecto que sea esto lo que marque tanto la oferta como la demanda del mismo y a la vez de cómo resultado una cuota de mercado sobre los márgenes anteriormente considerados.

¹² Martínez Lage, Santiago y Amadeo Petitbó Juan. *Op. cit.*, Pág. 22.

¹³ Bullard González, Alfredo. *Op. cit.*, Pág. 1000.

¹⁴ *Ibid.*, Pág. 23.

Como ejemplo práctico de una norma sustantiva en materia de competencia está la legislación de Nicaragua, precisamente en la Ley de Promoción de la Competencia, número 601, en el artículo 21 establece: “*los criterios para determinar, cuando un agente económico tiene una posición de dominio en el mercado relevante, siendo estos los siguientes:*

- a) *La existencia de barreras de entrada al mercado de bienes o servicios, sean éstas económicas y/o legales y los elementos que previsiblemente pueden alterar tanto dichas barreras, como la oferta de otros competidores;*
- b) *Las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a fuentes de insumos;*
- c) *El comportamiento reciente en relación a la oferta y demanda en el mercado relevante;*
- d) *La posibilidad de sustitución o de competencia entre marcas, productos o patentes en el mercado relevante;*
- e) *El poder económico, financiero o tecnológico de los agentes económicos*

competidores participantes en la operación.”

3. La posición dominante como práctica abusiva

Habiendo expresado todo lo precedente, con relación a los elementos generales de conocimiento acerca del tema de la posición dominante, es procedente ahora exponer el hecho de que esta práctica o ejercicio de posición privilegiada de un agente económico dentro de un mercado determinado puede llegar a constituir una práctica abusiva.

En relación a si la posición de dominio puede violar la libre competencia, **Bolaño Behr** señala que: “*¿La posición de dominio atenta contra los principios de libre competencia? No, porque la empresa puede haber obtenido la posición de dominio, atrayendo a un mayor número de clientes a través de sus mejores precios, calidad u otras condiciones de venta (es decir, por su mayor eficiencia); lo cual no es cuestionable debido a que beneficia al consumidor*”¹⁵, lo que es consecuente con todo lo señalado hasta aquí, pero especialmente en la primera parte introductoria de este boletín. Sin

¹⁵ Bolaño Behr, Carlos. *Op. cit.*, Pág. 6.

embargo, el autor últimamente citado añade en su libro “Experiencias de una economía al servicio de la gente”, que: *“No obstante, la capacidad de la empresa de actuar independientemente del resto de agentes del mercado, le hace posible abusar de su posición en desmedro del resto de agentes. De ser éste el caso, los abusos realizados por una empresa con posición de dominio sí se consideran ilegales, puesto que resultan perjudiciales para el mercado y los consumidores”*¹⁶.

Cuando **Bolaño Behr** se refiere a que el abuso de la posición de dominio de que goza una empresa es ilegal, obviamente se refiere a la ley peruana, de donde procede el estudio del mismo, por lo que termina agregando que: *“En Perú la posición de dominio no es una violación a la ley. Lo que regula la legislación antimonopolio es el posible abuso en que pudieran incurrir las empresas que se encuentran en posición de dominio con la intención de obtener beneficios extraordinarios en perjuicio del resto de sus competidores.”*¹⁷ Se señala lo anterior puesto que en Guatemala, como ya se dijo, tal práctica aún no se encuentra ni remotamente regulada por ley alguna.

Para **Alfredo Bullard González**¹⁸, el tema de abuso de posición de dominio ha sido quizás una de las áreas de las políticas de competencias en las que se han establecido una serie de mitos. Y es así que se ha asumido muchas veces que las empresas que tienen o ejercen una posición de dominio en el mercado están en la capacidad de desarrollar prácticas ilícitas dirigidas a impedir la entrada de nuevos competidores o a sacarlos del mercado mediante distintas estrategias negativas a contratar, queriendo decir con esto que el oferente en privilegio tiene por su posición la total posibilidad de pedirle incluso a sus proveedores exclusividad de productos con el fin de eliminar a sus competidores del mercado como por ejemplo los supermercados o tiendas de prestigio, o bien utilizar practicas como la discriminación de precios, entre otras.

Habiendo explicado que una posición de dominio, es violatoria a la libre competencia si y solo si, se aprovecha de forma abusiva de dicho estatus comercial de privilegio. Lo que procede a continuación, es explicar entonces, en forma detallada cómo y de conformidad con qué elementos, se puede considerar que la conducta de

¹⁶ *Loc. cit.*

¹⁷ *Loc. cit.*

¹⁸ Bullard González, Alfredo, “*Derecho y Economía*”. Perú, Ed. Palestra Editores, 2006, Segunda Edición, Pág. 997.

una empresa se encuentra en posición dominante en forma abusiva.

A manera de ejemplificar la explotación abusiva de una posición dominante pueden ser: a) la imposición de precios u otras condiciones comerciales no equitativas; b) la negativa injustificada a satisfacer las demandas tanto de productos como de servicios; o c) la subordinación y aceptación de contratos que contengan prestaciones suplementarias e independientes, al objeto del negocio de origen.

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

a) Definiciones

La **enciclopedia jurídica en línea**, brinda una definición de Abuso de Posición Dominante que consiste en: *“La explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo el mercado nacional o*

*en parte del mismo. La ilicitud no se halla por tanto, en el simple presupuesto económico de sostener una posición privilegiada según la cuota de mercado representada, sino en el hecho de aprovechar tal situación para cometer excesos que vulneren el principio de libertad de competencia”*¹⁹. Como puede apreciarse, el abuso de la posición dominante es una forma explotación. Es abusar de la posición ventajosa como es obvio, de una empresa en un mercado o parte de este, según la definición apuntada, y en suma se trata de cometer excesos sobre la base de esa colocación privilegiada de la que goza la empresa. Ahora bien, se cree que lo que le falta a tal definición, es el desarrollo de características o efectos que tal abuso produce. En otras palabras, la definición no contiene supuestos típicos del abuso de posición dominante. La definición transcrita, también aprovecha para aclarar que la ilicitud de la conducta de abuso no viene de la posición dominante, sino de los excesos de esta.

La Ley de libre competencia de Perú, en su artículo 5, ofrece una definición de abuso de posición dominante en los siguientes términos:

¹⁹ Abuso de Posición Dominante. Enciclopedia Jurídica, España, 2010, <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/abuso-de-posicion-dominante/abuso-de-posicion-dominante.htm>, consultada el 7 de septiembre de 2010.

“Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior, actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio”. En cuanto al artículo anterior al que se refiere dicha norma jurídica es la definición de posición de dominio, ampliamente abordada en el presente trabajo.

La definición brindada por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de España acentúa el aprovechamiento de tal situación en la comisión de excesos que vulneren el principio de libertad de competencia; mientras que para la legislación peruana hace referencia a un acto indebido que cometa cualquier oferente que se encuentre en posición de dominio, que sin cometer dicho acto, no hubiese obtenido beneficios extraordinarios, causando con ello un perjuicio a sus competidores.

En consecuencia, el abuso de posición dominante de forma estricta, es un aprovechamiento desmedido de tal colocación privilegiada, afectando tres factores principales, como los son:

- a) **los competidores**, porque atenta contra el principio de libre competencia;
- b) **los consumidores**, puesto que una

de las formas del abuso puede ser explotación (como se explicará); y c) **la economía**, ya que perjudica al mercado puesto que contraviene la competencia y como consecuencia causa una desaceleración en el desarrollo del estado.

b) Presupuestos que las legislaciones utilizan al enmarcar el tema de abuso de la posición de dominio

La **Ley de Defensa de la Competencia de España**, con fecha 3 de julio de 2007, en su artículo 2, recoge de forma no cerrada, alguno de los supuestos típicos del abuso de posición de dominio que resultan prohibidos, y en particular:

- a) La imposición de precios u otras condiciones comerciales no equitativas,
- b) La limitación de la producción o distribución que supongan un perjuicio injustificado para los terceros,
- c) La negativa injustificada de venta de productos o servicios, la aplicación de condiciones comerciales desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores

en situación desventajosa frente a otros, y

- d) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guarden relación con el objeto de tales contratos.

La prohibición de este cuerpo regulatorio también afecta a supuestos de posición dominante amparada en una disposición legal, tal sería el caso de los monopolios legales, que en la actualidad se hallan en España en proceso de revisión, por orden legal de la Unión Europea.

Siguiendo con el mismo orden de ideas, la **Ley de Defensa y Promoción de la Competencia de Honduras**, establece por su parte, “*la prohibición categórica de los convenios, prácticas concertadas, combinaciones o arreglos entre agentes económicos competidores o competidores potenciales, independientemente de que sean escritos o verbales, cuyo objeto o efecto fundamental sea cualquiera de los siguientes:*

- a) *Establecer precios, tarifas o descuentos;*
- b) *Acordar la restricción total o parcial de producir, distribuir, suministrar o comercializar;*

o de producir, distribuir, suministrar y comercializar solamente una cantidad limitada de bienes; o la de prestar un número, volumen o frecuencia limitado de servicios;

- c) *Repartir directa o indirectamente el mercado, por medio de la división de áreas territoriales, clientela, sectores de suministro o fuentes de aprovisionamiento;*
- d) *Establecer, concertar o coordinar posturas o abstenerse concertadamente de participar en licitaciones, cotizaciones, concursos o subastas públicas.”*

Por lo tanto, para que se presente un caso de abuso de posición de dominio, deben observarse generalmente, en forma conjunta o separada los siguientes supuestos:

- a) Que exista negativa injustificada por parte del agente económico en posición de dominio a llevar a cabo una venta o compra de bienes.
- b) Que exista discriminación injustificada hacia un

competidor a diferencia de otros potenciales o efectivos competidores, aplicándole al primero, condiciones comerciales diferentes, causándole una desventaja evidente.

- c) Que se evidencia una práctica de explotación, las cuales consisten en conductas que despliega el agente económico en posición dominante, por medio del uso excesivo de dicha posición con la finalidad de obtener beneficios extraordinarios. Estas prácticas son variadas y precisar ser explicadas con mayor detenimiento como se hace a continuación.

Los supuestos individualizados anteriormente son útiles a manera de comprender que existen legislaciones en el mundo, como es el caso de España como referente internacional desarrollado y otro como lo es Honduras, un país de la región por ende vinculante de cierta forma a Guatemala, que encuadran al abuso de posición dominante, en ciertos tipos de conducta, lo que puede ser peligroso ya que constituyen una señal inminente de un derecho estático y no evolutivo, lo que produce por ende un peligro eminente a los vacíos que pueda dejar en virtud de la constante evolución de

la sociedad y sus maneras de comercialización.

c) Efectos de las prácticas abusivas de un agente económico en posición dominante

Para **Bolaño Behr**, las prácticas de explotación que lleva a cabo un agente económico, abusando de su posición dominante en un mercado o en un segmento de él, puede ser a través de: **a)** precios excesivos; **b)** discriminación de precios; **c)** ventas atadas; y **d)** negativa a negociar. Sin embargo por otro lado **Patrick Rey, Jodi Gual, Matin Hellwing, Anne Perrot, Michele Polo**, entre otros; concuerdan con **Bolaño Behr**, en algunas prácticas, pero agregan otras que es menester mencionar lo cual se podrán apreciar más adelante.

l) Precios excesivos

Los precios excesivos, como consecuencia de la práctica de explotación de un agente económico en abuso de su posición dominante, consiste en la fijación de los mismos a niveles muy altos, con la intención de apoderarse del excedente del

consumidor. En palabras de **Bolaño Behr**: *“Es la obtención de un beneficio extraordinario por la vía de precios más altos, y no por razones de eficiencia con el respaldo de una ausencia de competencia efectiva que pueda mermar esas ganancias.”*²⁰

Sin embargo en la doctrina, a dicho término de precios excesivos, se le conoce también como la fijación de precios predatorios y, para tal efecto, **Rey, Gual, Hellwing, Perrot, Polo**, entre otros, dirigidos por **Martínez Lage** y **Petitbó Juan**, manifiestan que los mismos son *“una estrategia que consta de dos fases: una fase agresiva y otra de recuperación. Durante la fase agresiva, una empresa dominante inicia una reducción de precios que sólo es rentable porque elimina o debilita suficientemente la conducta competitiva del rival o rivales, actuales o posibles de la empresa durante la fase de recuperación. Por lo tanto la conducta predatoria se caracteriza por una fase en la que hay una reducción de precios a corto plazo (primera fase), seguida de otra fase (segunda fase) en la que el predador, provisto del suficiente poder de mercado, puede aumentar los precios.”*²¹ Así es como precisamente obtiene e incrementa sus beneficios a los largo del tiempo una vez que la competencia ha sido

eliminada o debilitada a cierto punto en el que ya no puede competir.

II) Discriminación de precios

Este es una consecuencia muy habitual e importante del abuso de posición dominante, por cuanto constituye una forma de similitud con la figura del monopolio.

La discriminación de precios como práctica de explotación de un agente económico en franco abuso de su posición de dominio, consiste en el hecho que éste aplica precios diferentes a distintos grupos de consumidores, según su estatus social referente al mismo producto, sin una justificación económica o comercial que sustente dicha diferenciación.

Para **Rey, Gual, Hellwing, Perrot, Polo**, entre otros, dirigidos por **Martínez Lage** y **Petitbó Juan**, dicha consecuencia puede ser explícita o implícita, en el caso de la explícita, se da *“cuando se ofrecen distintos precios a distintos clientes basándose en su edad como por ejemplo, mejores tarifas o precios más reducidos para los niños o para la gente mayor; o en otras características, como lo es el caso de precios distintos para estudiantes. Ahora bien en el caso de implícita,*

²⁰ Bolaño Behr, Carlos. *Op. cit.*, Pág. 6.

²¹ Martínez Lage, Santiago y Amadeo Petitbó Juan. *Op. cit.*, Pág. 151.

como cuando se ofrecen formalmente las mismas opciones de menú a todos, pero los distintos clientes escogen de facto opciones distintas y, por lo tanto, acaban pagando precios distintos, como por ejemplo, los descuentos por volumen permiten a las empresas ofrecer tratos mejores a los grandes clientes.²²

Por su parte **Bolaño Behr**, establece que, “para que se configure una práctica discriminatoria se requerirá en general: a) se apliquen condiciones desiguales a prestaciones equivalentes; b) Se coloque a causa de ello a un competidor en situación de desventaja frente a otros.”²³ En consecuencia, se trata que un agente económico modifique los precios a un sector determinado de consumidores, creando una situación de discriminación por cuanto se ha hecho una diferenciación y se violenta de paso el principio de derecho a la igualdad. Por supuesto esto tiene sentido cuando existe una efectiva posición de dominio de una empresa dada y el consumidor no tiene productos sustitutivos a los cuales optar para efectos de satisfacer sus necesidades.

Al respecto, es preciso hacer notar que el Artículo 341 del Código

²² *Ibid.*, Pág. 130-131.

²³ Bolaño Behr, Carlos. *Op. cit.*, Pág. 6.

Penal guatemalteco señala en su numeral 2 la siguiente prohibición: “Todo acto o procedimiento que impida o se proponga impedir la libre concurrencia en la producción o en el comercio.” Esto puede considerarse como un aprovechamiento ilegítimo que solo puede darse cuando un agente económico goza de posición dominante en el mercado; sin embargo en el texto legal citado está concebido más bien como una forma de monopolio, lo cual es claramente errónea. En consecuencia, y como es evidente, el abuso de posición dominante no cuenta con una regulación penal en la que determine claramente el tipo por el cual dicha conducta pueda ser sancionada, en la legislación guatemalteca.

III) Ventas vinculadas

Esta práctica de explotación de un agente en posición de dominio para **Rey, Gual, Hellwing, Perrot, Polo**, entre otros, dirigidos por **Martínez Lage y Petitbó Juan**, consiste en aquella situación mediante la cual, “una empresa condiciona la venta de un producto (bien vinculante) a la compra

*de otro distinto (bien vinculado).*²⁴ Por ello se llama venta vinculada, porque en la venta un producto queda atado al otro.

Esta práctica no es nociva al comercio si se trata de ofertas al público y por un tiempo determinado.

IV) Los acuerdos de exclusividad

De igual forma en cuanto a la presente consecuencia de la práctica que conlleva la figura del abuso de posición dominante, para **Rey, Gual, Hellwing, Perrot, Polo**, entre otros, dirigidos por **Martínez Lage** y **Petitbó Juan**, trata a los acuerdos de exclusividad, *“refiriéndose a todas las prácticas que hacen que una empresa se comprometa a mantener relaciones comerciales con unas empresas relacionadas verticalmente, pero no con otras. Por ejemplo, un vendedor que tenga posición dominante puede prohibir a los compradores que tengan relaciones comerciales con sus competidores, o puede comprometerse a tener relaciones comerciales exclusivas con una empresa relacionada verticalmente, pero no con los demás.”*²⁵ Lo cual dicha

consecuencia tiene como objeto obligar a las empresas que interactúan con él (vendedor), a negarse a negociar con su rival potencial, lo que produce como consecuencia, una dificultad real para que el competidor pueda ingresar al mercado en iguales condiciones.

²⁴ Martínez Lage, Santiago y Amadeo Petitbó Juan. *Op. cit.*, Pág. 139.

²⁵ *Ibid.*, Pág. 148.