



Fundado en 1989

# INSTITUTO DE DERECHO MERCANTIL

Guatemala, Guatemala, C.A.

Tel. 22883815 – Email: [info@institutodederechomercantil.org](mailto:info@institutodederechomercantil.org)

[www.institutodederechomercantil.org](http://www.institutodederechomercantil.org)

## **CONGRESO LATINOAMERICANO SOBRE DERECHO DE LA COMPETENCIA**

1. **Justificación.** Guatemala es el único país que aún no cuenta con una Ley específica sobre defensa de la competencia en los mercados, lo cual supone una clara desventaja en su rol competitivo frente a otros países y regiones del mundo. El Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y Centroamérica, lleva el compromiso para Guatemala de aprobar una Ley de Competencia, en un plazo de 3 años que vence el 30 de noviembre de 2016, y para Centroamérica, el compromiso de aprobar un reglamento y autoridad regional, en un plazo de 7 años.

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

Frente a los desafíos que plantean los mercados mundiales cada vez más globalizados, se estima necesario impulsar una ley marco en materia de competencia, tomando en cuenta que, las políticas de apertura comercial de carácter unilateral que aplica cada país en particular, y los tratados de libre comercio, no constituyen un sustituto de la política y la ley de competencia en el nivel nacional, particularmente si se considera que la liberación del comercio y de las inversiones extranjeras pueden propiciar prácticas contrarias a la libre competencia, a partir de la posición de dominio que pueden adquirir los nuevos agentes que entran a los mercados domésticos de bienes y servicios, sea que éstos actúen por sí solos o en colusión con las empresas ya existentes en tales mercados.

Es extemporánea la discusión sobre la conveniencia de tener o no, una ley de competencia en Guatemala, dado el compromiso internacional adquirido en el Acuerdo de Asociación con la Unión Europea. Es más acertado centrar los esfuerzos en discutir abiertamente con todos los sectores involucrados –

académico, empresarial, político y la sociedad civil-, sobre la mejor Ley posible para nuestro país, con base en las experiencias –buenas y malas- de otros países –particularmente en Latinoamérica-, con el fin de generar consenso en la aprobación de dicha ley y, a la vez, una cultura de promoción de la competencia.

La mayoría de congresos o foros internacionales relativos a la defensa de la competencia suelen versar sobre cuestiones sustantivas o de procedimiento, pero son muy pocos los casos en los que encontramos debates sobre el diseño mismo de una política y del modelo legal a seguir para la efectiva promoción y defensa de la competencia.

2. **Objetivos.** Los objetivos de la temática propuesta son:

- 2.1. Proveer a los participantes de nociones básicas sobre competencia económica, política de competencia y Derecho de la Competencia.
- 2.2. Propiciar la discusión abierta y pública sobre el diseño e implementación de una política y ley de competencia económica.
- 2.3. Enriquecer la discusión con la experiencia de otros países latinoamericanos, adoptando las mejores prácticas de dichos países acordes a nuestra realidad nacional (cultural, económica, legal y política).
- 2.4. Generar interés en los participantes por la disciplina del Derecho de la Competencia, como una rama íntimamente relacionada con el Derecho Mercantil.

3. **Temática propuesta.**

3.1. **Qué es el Derecho de la Competencia.** Dado el desconocimiento en Guatemala, sobre la disciplina jurídica de defensa de la competencia, es menester introducir a los participantes del Congreso en la temática, contextualizando su origen y evolución histórica, así como su contenido y alcance.

3.1.1. **Contexto histórico.** Se origina en Estados Unidos de América, a través del Sherman Act (1890), ley dirigida a regular las actividades económicas de empresas y conglomerados con altísimas participaciones de mercado, que fijaban en conjunto precios y otras características de productos y servicios.

En el caso de la Unión Europea, el Derecho de la Competencia entró en escena en pleno siglo XX, siendo uno de sus primeros antecedentes el Tratado de Roma (1957), que impulsó la integración económica regional y la creación de un mercado único.

3.1.2. **Contenido y alcance.** Disposiciones legales cuya función es proteger el proceso competitivo en los mercados, prohibiendo y sancionando prácticas restrictivas de la competencia. Su fin último es el bienestar

de los consumidores (no confundir con disposiciones legales específicas de protección al consumidor y de competencia desleal).

3.2. **La política de competencia.** Una política coherente y sostenida del Estado en materia de competencia, que tenga como objetivo la eficiencia económica y el bienestar del consumidor, constituye el fundamento mismo de un modelo legal que sea eficiente para la promoción y defensa de la competencia. Por ello, es importante entender por qué y para qué debe diseñarse dicha política, así como su relación con otras políticas del Estado.

3.2.1. **Por qué y para qué?** Partiendo del hecho que el mercado es considerado como asignador natural de recursos, debe asegurarse la decisión individual de los consumidores como medio para alcanzar el bienestar común. Debe velarse porque la voluntad de los consumidores se refleje en la oferta de productos y servicios.

Un sistema de mercado se considera justo no por los resultados, ni por el éxito de determinados actores económicos o productos, sino porque el resultado refleje las preferencias de los consumidores.

Ello requiere la actuación del Estado de una forma autónoma y técnica, sin forzar el proceso competitivo para llegar a resultados determinados, lo cual es decisión de los agentes económicos. Desde el aspecto institucional, debe haber capacidad para resistir presiones políticas y de grupos económicos (sus dos principales focos de conflicto).

El rol del Estado se parece al de un árbitro dentro de una competición deportiva, cuya función es generar respeto y confianza entre los jugadores, no condicionar el resultado, sino establecer un marco para que sean los equipos los que decidan el resultado.

3.2.2. **Relación con otras políticas económicas del Estado.** La política económica de un Estado, se considera como el conjunto de medidas, estrategias, incentivos, leyes y regulaciones, diseñadas e implementadas para obtener resultados económicos específicos, que pueden ser la igualdad, independencia y libertad, entre otras.

Estos objetivos, ya sean de corto, mediano o largo plazo, son los que determinan fines específicos, como el desarrollo económico o controlar niveles de precios.

Dependiendo de los objetivos económicos, la política de competencia, es a su vez, un conjunto de herramientas que coadyuva al Estado a lograr los resultados económicos que sean planteados.

- **Relación con la política comercial.** Se define como el conjunto de estrategias de un Estado para fortalecer sus relaciones comerciales con el resto del mundo. Fortalecer las relaciones

comerciales internacionales puede implicar la implementación de regulaciones y medidas que equilibren los niveles de riesgo y las reglas del juego (*level play field*). Guatemala debe aprobar una política de competencia que concuerde con la política regional e internacional, para competir en igualdad de condiciones.

- **Relación con la política industrial.** Con el fin de incrementar la productividad y competitividad de determinados sectores del mercado doméstico, el Estado a través de su política industrial puede restringir el acceso de competidores externos al mercado, ya sea mediante subsidios, barreras arancelarias u otras medidas económicas, que de una o otra manera impactarán su política de competencia.
- **Relación con la política fiscal.** La política fiscal forma parte de la política económica de un Estado, en relación a la conformación de su presupuesto y sus componentes, gasto público y todo lo relacionado con los tributos en cualquiera de sus modalidades.

La eliminación de barreras arancelarias y de beneficios fiscales, derivada de la liberalización económica y apertura de mercados, inciden directamente en la política de competencia.

Si bien la eliminación de barreras arancelarias supone una disminución de ingresos para el Estado, puede -a través de la incursión de competidores externos al mercado doméstico-, generar el aumento de otras fuentes de ingresos estatales, como IVA e ISR.

3.3. **La experiencia latinoamericana en defensa y promoción de la competencia.** Siendo Guatemala el único país que no cuenta con una ley de competencia económica, la experiencia de algunos países latinoamericanos que ya han implementado dicha ley, enriquecerá la discusión sobre el mejor modelo (sustantivo e institucional) que debe adoptar Guatemala.

3.3.1. El modelo de promoción y defensa de la libre competencia y la Fiscalía Nacional Económica de **Chile** (Felipe Irazábal Philippi – Fiscal Nacional Económico)

3.3.2. El consenso logrado para la aprobación de la ley de competencia en **El Salvador** (Celina Escolán - 1ª Superintendente de Competencia Económica)

3.3.3. La evolución del Derecho de la Competencia en **México** (Miguel Flores Bernés – Ex-Comisionado Federal de la Competencia y Profesor de Competencia Económica de la UNAM)

- 3.3.4. La agencia de la competencia en el **Perú** (Alfredo Bullard – Ex-Presidente del Tribunal del INDECOPI y Profesor de Derecho de la Competencia de la Pontificia Universidad Católica del Perú)

### 3.4. **El caso de Guatemala.**

- 3.4.1. **Contexto actual del país.** Existen algunas disposiciones legales sobre defensa de la competencia, dispersas en distintas leyes: Constitución Política de la República, Código de Comercio de Guatemala, Código Penal y Ley de Comercialización de Hidrocarburos, entre otras.

Sin embargo, es necesario un cuerpo legal especializado que responda al contexto actual y a los objetivos de una Ley de Competencia Económica.

- 3.4.2. **Compromiso adquirido.** Aprobar una Ley de Defensa de la Competencia, dentro del plazo de 3 años a partir de la vigencia del Acuerdo de Asociación entre Centroamérica y la Unión Europea.

#### 3.4.3. **Retos para Guatemala ante una ley de competencia.**

- **Políticos.** Aunque se han implementado algunas estrategias sobre competencia basadas en desregulación y privatización en ciertos sectores (política de apertura externa), no existe una política estatal coherente, sostenida de promoción y defensa de la competencia. Existen estrategias aisladas tendientes a cumplir objetivos específicos de una política global, cuyos objetivos generales no han sido definidos, por ejemplo: (i) apertura externa en ciertos sectores (hidrocarburos, telecomunicaciones y energía eléctrica); (ii) creación del Viceministerio de Competitividad, y la Dirección de Promoción de la Competencia; y (iii) los proyectos de ley.

Los distintos sectores (público, privado, académico, civil, político), aún no se ponen de acuerdo en definir una política en materia de competencia económica, por ejemplo: (i) unos sectores sostienen que la política debe limitarse a apertura del mercado, mientras que otros apuestan por la regulación del mercado (crisis económica y financiera agrava esta discusión); (ii) algunos actores sostienen que una ley es innecesaria, porque culturalmente se tiende a regular, generando ineficiencias, mientras otros dicen que la ley es necesaria porque los controles naturales del mercado no son suficientes y tienden a corregir deficiencias a largo plazo; y (iii) en cuanto a la autoridad de competencia, unos sectores sostienen que tenderá a regular y a convertirse en una herramienta a conveniencia política de las autoridades, mientras que otros sostienen que dadas la fallas del mercado es necesaria una autoridad reguladora y, en la posición intermedia, están quienes

argumentan que la autoridad únicamente debe ser promotora y defensora de la competencia.

- **Legales.** Una ley de competencia en Guatemala tiene fundamento en lo preceptuado por el Artículo 130 de la Constitución Política de la República. La prohibición constitucional sobre monopolios y privilegios, puede constituir una camisa de fuerza, porque puede interpretarse que todos los monopolios están prohibidos –incluso los monopolios naturales y los monopolios por eficiencia- y no solamente los monopolios legales. Ello podría generar debate sobre la necesidad o posibilidad de una reforma constitucional. El reto está en que al momento de la aprobación de la Ley, los legisladores deben tener claro cuál debe ser la interpretación, dada la dificultad de una reforma constitucional.
- **Culturales.** Existe poco entendimiento del fenómeno económico y de mercado en todas las disciplinas académicas profesionales, dejando dicho análisis a los economistas.

Por su parte, los actores económicos deben entender que su actividad debe desarrollarse en base al mercado y no mediante prácticas restrictivas, ya que dichas prácticas generan distorsión e ineficiencias sobre asignación de recursos.

Fomentar la educación, divulgación, promoción y defensa de la competencia en todos los niveles académicos, empresarial e informal, constituye un reto importante para el país.

#### 3.4.4. **Modelo a seguir.**

- Ley Tipo de la UNCTAD, modelo estadounidense o modelo europeo.
- Prohibición de prácticas restrictivas de la competencia, abuso de posición de dominio y control de concentraciones económicas.
- Procedimiento de investigación y sanción: en sede administrativa o judicial.
- Agencia de competencia: modelo de doble jurisdicción, doble organismo u organismo integrado.

3.5. **Integración centroamericana y la defensa de la competencia.** La regionalización de los mercados derivado del proceso de integración centroamericana, puede generar ciertas prácticas restrictivas que tendrán efectos más allá de las fronteras de un país, razón por lo cual se hace necesaria la implementación de un modelo regional de defensa de la competencia. El compromiso para la región Centroamericana de contar con un Reglamento y Autoridad Regional en materia de competencia, dentro del

plazo de 7 años después de la entrada en vigencia del Acuerdo de Asociación con la Unión Europea, responde a:

- El requerimiento de la Unión Europea para igualar reglas de juego, dado que existen disposiciones y autoridades de competencia europeas, a nivel regional y local.
- Estandarización de las regulaciones locales en Centroamérica.

3.5.1. **La experiencia de la Unión Europea en la defensa de la competencia.** Dado el compromiso adquirido por Centroamérica, sin duda alguna la experiencia de la Unión Europea en materia de defensa de la competencia –a nivel regional- constituirá un aporte importante para el reto centroamericano.

3.5.2. **Prácticas transfronterizas restrictivas de la competencia.** Las prácticas anticompetitivas transfronterizas pueden tener lugar, entre otros medios, en el contexto de los cárteles internacionales y las fusiones transfronterizas. Se entiende por cártel internacional, un conjunto de empresas establecidas en más de una jurisdicción o que afecta a más de una jurisdicción. Las fusiones transfronterizas pueden tener también repercusiones considerables en las economías, ya que cambian la estructura de los mercados y los hacen más vulnerables a las prácticas contrarias a la competencia.

3.5.3. **Reglamento y autoridad regional de competencia.** A excepción de Costa Rica y Panamá, en las Constituciones de los países centroamericanos, existe un mandato para la unión política o económica en forma parcial o total, y para fortalecer la integración económica centroamericana sobre bases de equidad. Dentro de dicho mandato, la aprobación de un reglamento y autoridad regional debe encontrar el fundamento necesario, para enfrentar el debate sobre la delegación de soberanía a un órgano supranacional.

#### 4. Conclusiones.