

REVISTA

PROMOCIÓN A LA COMPETENCIA

PRIMERA EDICIÓN: DICIEMBRE 2020 • ENERO - JUNIO 2021



LA IMPORTANCIA DE LA COMPETENCIA EN UNA ECONOMÍA EN DESARROLLO



DIRECCIÓN
DE PROMOCIÓN A
LA COMPETENCIA

AUTORIDADES

Roberto Antonio Malouf Morales

Ministro de Economía

Lisardo Armando Bolaños Fletes

Viceministro de Inversión y Competencia

Alba Edith Flores Ponce de Molina

Viceministra de Integración y Comercio Exterior

Mario René Bethancourt Salazar

Viceministro Administrativo y Financiero

Ernesto Morales Pinzón

Viceministro de Desarrollo de la Mipyme

Claudia Berg Rojas

Viceministra de Asuntos Registrales

Jorge Miguel Castillo Castro

Director de Promoción a la Competencia

CONSEJO EDITORIAL

Lisardo Armando Bolaños Fletes

Viceministro de Inversión y Competencia

Jorge Miguel Castillo Castro

Director de Promoción a la Competencia

REVISIÓN Y DISEÑO

Mario David Cifuentes Roca

Asesor Económico y de Competencia
Dirección de Promoción a la Competencia

Isabela Carranza Alvarez

Directora de Comunicación Social
Ministerio de Economía

ÍNDICE

Una lectura sobre las virtudes de la legislación de competencia
¿Por qué es buena la competencia?

Jorge Miguel Castillo Castro 4

Competencia e Innovación en la era digital

Juan Luis Crucelegui Gárate 8

Control de Concentraciones en Paraguay:
La experiencia de los primeros años

Rolando Díaz Delgado y Fabrizio Boggino 12

Regulación de la Competencia:

El Vuelo de Ícaro

Hugo Maul Rivas 18

Política de Competencia en Guatemala, algunas preguntas

Francisco Javier Nuñez Melgoza 22

La mejora Regulatoria desde el Derecho de la Competencia

Pamela Sittenfeld 26

El deporte es Competencia pura

¿Qué nos enseña sobre empresas, consumidores y mercados?

Juan David Gutiérrez 30

Las bondades de la Competencia

Mariano Rayo Muñoz 32

Flexibilidad en la Regulación de la Competencia:

Medidas para impulsar la Competitividad en los Mercados

Javier Calderón 35



Guatemala, diciembre 2020

Estimados lectores, bienvenidos al primer número de la Revista de Promoción a la Competencia del Ministerio de Economía de la República de Guatemala.

Es patente la necesidad de implementar normas para la promoción de la competencia en Guatemala de cara a los compromisos internacionales, los cambios en la estructura productiva nacional e internacional de las últimas décadas, así como las necesidades de los consumidores y de las fuerzas productivas del país.

Para lograr una norma que sea congruente con los objetivos de desarrollo económico, la generación de empleo y la capacidad de promover el crecimiento de empresas que puedan competir a nivel internacional, dicha ley no puede ser simplemente el producto de las pasiones que dicho tema genera. Es necesario generar espacios de diálogo. Es necesario generar espacios que permitan el intercambio técnico de ideas y de experiencias nacionales e internacionales. Es necesario discutir los criterios, los aciertos, los fracasos, las expectativas y las perspectivas de lo que ha significado y puede significar las normas de competencia aquí, en Centroamérica y en el resto del mundo.

En ese sentido, la Revista de Promoción a la Competencia busca ir más allá de la discusión de la torre de marfil. Guatemala necesita contar con una discusión sobre los criterios que nos permitan definir la dirección para diseñar e implementar normas de competencia que haga sentido para los guatemaltecos. Para lograr esto, la diversidad de perspectivas es importante. Así como reconocer el impacto que tiene en la discusión el contexto internacional relacionado con la globalización y, en estos tiempos, el impacto que tienen temas como la nueva economía digital, la pandemia ocasionada por el Covid-19 y los proyectos de Reactivación Económica del país.

Agradezco el apoyo de los autores de esta primera edición: A la señora Pamela Sittenfeld Asesora del Ministro de Comercio Exterior de Costa Rica, el señor Juan Luis Crucelegui Jefe Capacitación y Servicios Consultivos de la Unidad de Políticas de Competencia y de Protección del Consumidor de la UNCTAD (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo), el señor Hugo Maúl Director del Área Económica del Centro de Investigaciones Económicas Nacionales –CIEN-Guatemala, el señor Rolando Díaz Delgado Abogado, miembro del Directorio de la Comisión Nacional de la Competencia de Paraguay, el señor Javier Nuñez Economista que fungió como Comisionado de la Comisión Federal de Competencia en México, el señor Juan David Gutiérrez PhD en Política Pública de la Escuela de Gobierno de la Universidad de Oxford y Director del capítulo América Latina de la Academic Society for Competition Law – ASCOLA, el señor Mariano Rayo, Economista guatemalteco por la Universidad de Colonia (RFA) y el señor Javier Calderón Abullarade, Director Ejecutivo del Instituto para la Competitividad Económica (ICE). También agradezco la labor editorial del Viceministro de Inversión y Competencia Lisardo Armando Bolaños y del Director de Promoción a la Competencia Jorge Miguel Castillo Castro.

Sin más, reciba mis muestras de aprecio y gratitud por hacer crecer ese debate académico que deseamos que se genere con nuestra Revista de Promoción a la Competencia.

Atentamente,
Ing. Roberto Antonio Malouf Morales
Ministro de Economía



¿Por qué es buena la competencia?

Una lectura sobre las virtudes de la legislación de competencia

Jorge Miguel Castillo Castro



Competencia, monopolio y abuso de poder de dominio

Justo al borde del inicio de la Pandemia en Guatemala, el 21 de febrero, mientras disfrutaba de la compañía de dos amigos míos, hermanos entre sí, que me habían invitado a disfrutar un café deseando conocer mi punto de vista sobre la idea de un negocio que tenían en mente. Estos dos amigos han demostrado ser exitosos y exhiben una pericia extraordinaria para hacer negocios. La discusión ese día giraba en torno a que deseaban anticiparse a la llegada de la pandemia del nuevo Coronavirus a Guatemala y pretendían importar 250,000 mascarillas quirúrgicas desechables y venderlas en la ciudad de Guatemala (para iniciar) a Q12.00 cada unidad. El costo para ellos en ese momento era de Q2.50 por mascarilla con un proveedor chino (con el producto puesto en Guatemala).

Todo pintaba como un negocio prometedor considerando la alta demanda que surgiría por este tipo de insumos. Me llamó la atención que uno de ellos (el mayor) creía en las bondades de anticiparse porque quería convertirse en el único distribuidor en Guatemala, en otras palabras, convertirse en “el monopolio de las mascarillas quirúrgicas desechables” (según sus propias palabras). Sin embargo, su hermano menor dijo en ese momento: “cuando seamos el único distribuidor podremos importar mascarillas más baratas, aunque sean de menor calidad, venderlas al mismo precio que las que empezaremos a traer y así ganar más y nadie lo va a notar”. Es decir, estaba intuyendo que importarían en el futuro mascarillas a un costo menor a Q2.50, de menor calidad y que seguirían vendiéndolas a Q12.00 la unidad.

Mis amigos finalmente decidieron invertir, pero muy tarde. En abril, el virus ya tenía más de un mes de haberse perpetuado en Guatemala y sus sueños de convertirse en los únicos distribuidores de mascarillas en el país habían quedado lapidados por los sueños de quizás miles de guatemaltecos más que ya estaban importando para esa fecha

mascarillas desechables desde China. Se encontraron con todo lo contrario a sus aspiraciones de convertirse en un monopolio, ya que el mercado se había convertido en algo parecido a la competencia perfecta (muchos vendedores y muchos compradores de un bien).

Me he permitido utilizar el ejemplo de mis amigos para ilustrar que el sueño del hermano mayor de ser el monopolio no está mal, de hecho no existe pecado en ser un monopolio cuando se ha ganado a pulso, esfuerzo y compitiendo justamente, ese puesto, tal como es el caso del atleta que gana la medalla de oro con su brío, disciplina y por su entrenamiento duro y persistente. Lo malo y que merece repudio son las aspiraciones del hermano menor que consisten en lo que cualquier ley de competencia debería regular y sancionar que son los “abusos de poder de dominio”, es decir los abusos que puede incurrir un monopolista al aprovechar su poder de mercado o poder de monopolio, ya que esos abusos hacen daño a los consumidores, son perjudiciales para otros vendedores y terminan erosionando la economía en términos generales¹.

1. Para no dejar abierta la curiosidad, actualmente mis amigos venden las mascarillas a Q3.50 la unidad, cada una les costó Q2.50 (puestas en Guatemala) y aún tienen un inventario considerable.



Director de la Dirección de Promoción a la Competencia, del Ministerio de Economía.

Es Economista. Graduado de la Maestría de Estudios Internacionales por la Universidad Nacional de Seúl, Corea del Sur.

Posee un Máster en Finanzas.

Economistas, pensamientos económicos y la competencia

Hoy en día existen más de 130 economías que poseen una ley de competencia en el mundo y en cada uno de esos países el análisis en el seno mismo de las discusiones antes de aprobar sus leyes ha girado en torno a teorías económicas de prominentes economistas laureados con diferentes premios en economía a nivel mundial. Estos economistas han debatido sobre la correlación existente entre regulaciones de competencia y libertad. Por ejemplo, en la época de postguerra Friedrich Hayek creía en la importancia de la competencia, pero enfatizaba que no había necesidad para que el Estado jugara un papel preponderante en mantener las condiciones de la competencia, “el mercado se encargaría por si solo” exclamaba². Por otro lado, muchos años antes de Hayek, el padre de la economía Adam Smith argumentaba que los mercados competitivos brindan enormes beneficios, sin embargo, enfatizó la tendencia de los agentes económicos del lado de la oferta de suprimir la competencia. Enfatizaba que las compañías buscan generar muchas más ganancias suprimiendo la competencia que innovando y produciendo mejores productos. Por tanto, la regulación por parte del Estado debe tener un papel importante para asegurar el mantenimiento de la competencia³.

La economía en términos generales es dinámica por lo que los argumentos de estos grandes pensadores han sido reconsiderados ampliamente por varios economistas posteriores, por ejemplo el pensamiento schumpetariano considera que los mercados tienen como característica una cadena de monopolios de corta duración en el tiempo. Shumpeter creía que la competencia nunca quedaría estática, que el monopolio de hoy, sería reemplazado por otro en el corto plazo y que la competencia en consecuencia terminaría siendo dinámica. Por lo que Shumpeter armó fuertes críticas a la política antimonopolio que tradicionalmente existía⁴. Parecía plantear sin formular nunca la idea, que a través de este proceso de competencia dinámica la economía lograría la “eficiencia inter-temporal” (que trasciende).

En los Estados Unidos de América, en torno al Departamento de Economía de la Universidad de Chicago y de figuras de talla mundial como G. Stigler, R. Coase, R. Bork, entre otros, y luego en la Universidad de California en Los Ángeles –UCLA-, vinculado a figuras como A. Alchian, H. Demsetz y B. Klein, surge lo que se conoce hoy como la Chicago-UCLA School of Antitrust Analysis. La forma de aproximarse al fenómeno de esta escuela puede resumirse en: analizar las políticas de competencia desde la perspectiva de la Teoría de Precios; enfatizar los costos sociales y legales provocados por este tipo de políticas; y la importancia de demostrar empíricamente el daño causado al bienestar general por las conductas supuestamente anticompetitivas. En resumen, si no se puede comprobar el daño de una conducta anticompetitiva, la mejor solución es mantener al gobierno fuera del asunto. Las consecuencias de la escuela de Chicago fueron más amplias: la política de competencia pasó a un enfoque económico estrecho, lejos de las repercusiones sociales más amplias de las concentraciones de poder. Y este pensamiento moldeó la idea de que, dentro de la economía, las doctrinas de que los mercados eran naturalmente competitivos y eficientes significaban una poderosa presunción de que cualquier comportamiento observado, por extraño que parezca (fijación de precios, barreras de entrada, etc), era realmente de eficiencia mejorando y apoyando la competencia.

En este marco de ideas, uno de los profesores que marcó mi pensamiento económico fue el economista Jeong Hyeok, un economista graduado en la Universidad de Chicago con quien recibí clases de Macroeconomía en la Facultad de Estudios Internacionales de la Universidad Nacional de Seúl. Sin duda alguna el profesor Hyoek tenía una influencia tremenda y muy arraigada de la famosa y prestigiosa Universidad de Chicago y yo particularmente disfruté de esa influencia que apercibí con mucho entusiasmo. Lo que más marcó mi pensamiento económico fue que este profesor resaltaba con gran ímpetu que cuando se trataba de competencia, él creía que haberle apostado a la competitividad de Corea del Sur desde 1961, haber creído en la protección de la economía interna y haber incrementado las exportaciones con proteccionismo fue indispensable para que Corea del Sur, pasará de tener un PIB Per Cápita de USD120 en 1962 (menos de la mitad del PIB Per Cápita de Guatemala, que en el mismo año tenía \$250 según el Banco Mundial), a rebasar en la actualidad los USD31,700 de PIB Per Cápita, (Guatemala posee como “un país en vías de desarrollo” \$4,619 PIB Per Cápita), según estimaciones del Banco Mundial.

El profesor Hyeok creía que cuando se trata de competencia, la retórica de que “los mercados son naturalmente competitivos” a la que hacen referencia los economistas de la Universidad de Chicago o la de “eficiencia Inter temporal” de Shumpeter, no se aplican como panacea general en el comercio internacional considerando la anarquía que la teoría “realista” establece que existe a nivel internacional y que por lo tanto cada ley de competencia debe buscar proteger la competitividad de su país, como lo hizo Corea del Sur desde 1961. En ese sentido, en la próxima sección abordaré con más detalle la importancia de que una ley de competencia pueda considerar convertirse en una herramienta de crecimiento económico para nuestro país.

2. Constitutionalizing the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the "New" Europe. Página 32.

3. Adam Smith An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations. Páginas: 86 y 135.

4. Schumpeter, J.(1912), The Theory of Economic Development, Harvard University Press, 1934.

Competencia, las MIPYMES en países en vías de desarrollo y la globalización

Al margen de que hayan alcanzado su sueño de ser empresarios exitosos o no, el ejemplo de los dos hermanos ilustra cómo los emprendedores en Guatemala que establecen pequeñas, micro y medianas empresas muestran una positiva actitud hacia el emprendimiento. Además, la evidencia estadística respalda la teoría de que en Guatemala los emprendedores tienen una mejor actitud que el resto de países de América Latina e incluso que economías avanzada, y es que Guatemala ha logrado posicionarse en el ranking número 8 de 50 países encuestados en la encuesta Monitor Global de Emprendimiento (Global Entrepreneurship Monitor 2019/2020 Global Report, por sus siglas en inglés).

A pesar de estas formidables noticias relacionadas con la buena actitud de nuestros emprendedores, asimetrías de oportunidades derivadas de la globalización representan un desafío de grandes dimensiones en relación a las desventajas que empresarios y especialmente los dueños de MIPYMES en economías emergentes podrían tener al momento de competir contra corporaciones multinacionales. Por supuesto, teorías como la de la ventaja comparativa de David Ricardo (fundamental en comercio internacional), explicaría que algunos países son buenos para producir un bien y otros otro distinto y no todos pueden competir a nivel internacional con el mismo bien, sin embargo las asimetrías a las que me refiero son más profundas ya que las desventajas que sufren economías en vías de desarrollo y sus PYMES al momento de competir internacionalmente se agudizan con la manera en que la globalización trata a economías avanzadas y sus corporaciones de dimensiones gigantes y se evidencian en los resultados de la encuesta de Monitor Global de Emprendimiento que indica que en nueve economías, más del 40% de sus empresarios tienen clientes fuera de su propio país. Siete de esos países están en Europa (Alemania, Eslovenia, Irlanda, Luxemburgo, Portugal, Suiza y Suecia), además de Puerto Rico y los Emiratos Árabes Unidos.

Al mismo tiempo, cuatro países tienen únicamente el 3% de sus emprendedores con clientes fuera de su país (India, Brasil, Guatemala y Madagascar)⁵. Ilustrando que, aunque los emprendedores tienen una mejor

actitud en Guatemala, no exportan con la intensidad y facilidad que lo hacen los que radican en Alemania, reflejando las desigualdades y/o asimetrías en términos de competencia a nivel internacional (entre otros factores).

En ese sentido Joseph Stiglitz⁶ en su libro “El Malestar en la Globalización” hace notar la desventaja que tienen los empresarios en países en vías de desarrollo frente a las corporaciones mundiales refiriéndose a los paraísos fiscales (permitidos por la ley) utilizados por grandes corporaciones internacionales para maximizar sus ganancias, opciones difíciles de alcanzar por MIPYMES en América Latina y otros países en vías de desarrollo. El libro hace hincapié en que con la globalización las corporaciones internacionales han podido ubicar más fácilmente la producción en jurisdicciones con bajos impuestos y vender sus productos en cualquier parte del mundo. Stiglitz sobresalta la manera en que una empresa puede ubicar su propiedad intelectual en una jurisdicción de impuestos bajos y afirmar que la mayoría de sus ganancias son atribuibles a su propiedad intelectual; entonces, ni siquiera el país donde se producen los bienes obtendría ingresos fiscales importantes, generando un tipo de costo de oportunidad contraproducente para países en vías de desarrollo que buscan más ingresos fiscales para financiar por ejemplo, microcréditos a MIPYMES.

En ese aspecto, Stiglitz hace una crítica a Schumpeter⁷ al indicar que los modelos schumpeterianos han demostrado que existe una posibilidad real de que una multinacional o Corporación internacional que estableció una posición de monopolio temporal tuviera una variedad de mecanismos mediante los cuales podría perpetuar ese monopolio en perjuicio de posibles competidores en países en vías de desarrollo. Como resultado, se suprimiría el nivel general y mundial de innovación.

5. Global Entrepreneurship Monitor 2019/2020 Global Report, página 51.

6. Joseph E. Stiglitz, Premio Nobel en Economía en 2001.

7. Competition and Competitiveness in a New Economy. Joseph Stiglitz.



Consideraciones Finales

Economistas como Stiglitz categóricamente enfatizan en que la globalización debería promover la competencia justa y equilibrada para todas las empresas en el comercio internacional sin perjuicio de las economías emergentes o en vías de desarrollo. Este enfoque resalta la importancia de que las leyes de competencia en cada país deben de estructurar enfoques en beneficio de la competitividad de sus países. Relacionado a lo anterior existen ejemplos en nuestro planeta, de Economías Avanzadas que orquestaron modificaciones a sus leyes de competencia para hacerlas más congruentes con el objetivo de crear crecimiento económico; ese es el caso de Japón que entre 1952 y 1953 realizó modificaciones de flexibilidad a su ley Anti Monopolio llegando a permitir carteles bajo ciertas condiciones que tomaban en cuenta las dificultades financieras en pequeñas, medianas y micro empresas convergiendo en defensa de incrementar su competitividad como país a nivel internacional⁸.

En ese orden de ideas, el Ministerio de Economía a través del Viceministerio de Inversión y Competencia está trabajando en articular un proyecto de ley de competencia que sea congruente con el objetivo nacional de posicionar a Guatemala como un país competitivo a nivel mundial, protegiendo de forma justa a la industria local y que su articulado coincida de manera armoniosa con el digno propósito de hacer crecer las fuentes de empleo en el país y al mismo tiempo que proteja al consumidor de abusos de posición de dominio de agentes económicos.

Asimismo, se vislumbra como un elemento clave para la salud financiera del país, que este proyecto de ley pueda tener salvoconductos para permitir la cooperación entre empresas cuando esta incentive la innovación y el surgimiento de nuevas tecnologías o que pueda crear empleo en áreas geográficas deprimidas económicamente. Por último es importante resaltar que este proyecto de ley considerará que en momentos de crisis sanitarias (la pandemia ha sido un claro ejemplo) o por desastres naturales, la flexibilidad para permitir la cooperación entre empresas en beneficio de los consumidores y del bien nacional debe ser considerado, para evitar desabastecimiento sobre todo de insumos necesarios. En ausencia de esa flexibilidad, un desastre natural o pandemia podría descarrilar cualquier intento de crear crecimiento económico a largo plazo en el país o peor aún, generar desabastecimientos innecesarios en momentos de crisis. Para finalizar, es primordialmente importante resaltar que toda legislación de competencia debería funcionar como un mecanismo esencial para generar crecimiento económico sostenible y sostenido a largo plazo, en este caso en Guatemala.

Querido lector, en esta revista encontrará artículos escritos por expertos nacionales e internacionales de alto calibre. Así que esperamos desde la Dirección de Promoción a la Competencia, que usted disfrute cada una de estas lecturas.



8. Japan's Postwar Industrial Policy, Economic Programs in the Reconstruction and Expansion Periods. JETRO 1985. Páginas 11 y 12.

Competencia e Innovación en la Era Digital

Juan Luis Crucelegui Gárate



Introducción

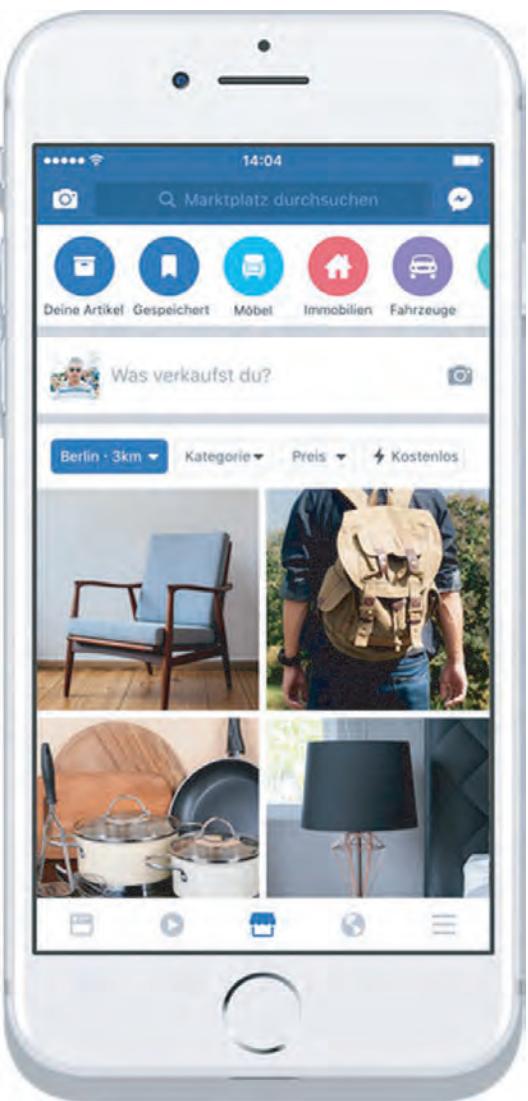
Competencia, innovación y economía digital son tres conceptos interrelacionados en el actual desarrollo de las economías. La economía digital, que supone la aplicación de tecnologías digitales basadas en Internet a la producción y el comercio de bienes y servicios, se está convirtiendo en una parte cada vez más importante de la economía mundial. La transición a una economía digital puede impulsar la competitividad en todos los sectores, crear nuevas oportunidades para las empresas y la actividad empresarial y abrir nuevas vías para acceder a los mercados extranjeros, en particular conectando a las empresas y mipymes nacionales a las cadenas de valor mundiales.

No obstante, el crecimiento de las grandes plataformas digitales denominadas GAFA (Google, Apple, Facebook, Amazon) está poniendo en jaque el equilibrio competitivo de los mercados debido a su poder económico y ello ha generado una preocupación generalizada en las autoridades de competencia, a nivel mundial.

La Unión Europea fue pionera en el intento de someter a algún tipo de regulación la actividad de las poderosas compañías tecnológicas de Silicon Valley, que se han convertido en un enorme poder paralelo que desafía las reglas del mercado y a los controles gubernamentales. Pero ahora son las propias autoridades de Estados Unidos, que hasta este momento han sido complacientes con ellas, las que empiezan a ver la necesidad de parar los pies al imperio tecnológico liderado por las GAFA.

Según la Comisión Europea (2019), el rol de los datos, las economías de escala, los efectos de red, y las gigantescas economías de alcance, responsables del crecimiento y surgimiento de los ecosistemas digitales, son las principales características de la economía

digital. Hay que reconocer que el valor de los datos ha sido subestimado por las autoridades de competencia en el control de las operaciones de fusiones y adquisiciones (F&A). El problema parece ser que en la economía digital no siempre es el volumen de negocios lo que convierte a una empresa en un socio atractivo para una fusión; a veces, lo que importa son sus activos: una base de clientes o incluso un conjunto de datos. Esto dificulta el análisis tradicional de las autoridades de competencia. En la literatura especializada, la innovación disruptiva es la gran enemiga de los monopolios y actualmente lo que se percibe es que las empresas entrantes son la fuente de las innovaciones disruptivas. Si una Big Tech compra e innova en su mercado, éste se amplía, pero no necesariamente se está creando un nuevo mercado (solo se agregan servicios). Por otro lado, si una empresa entrante llega al mercado con una innovación disruptiva, esta puede causar una revolución tal que deje a las Big Tech obsoletas, debido al riesgo de que se creen nuevos mercados. La estrategia de las Big Tech de comprar las start-up que entran en el mercado con este tipo de innovaciones disruptivas puede ser simplemente una estrategia predatoria dirigida a eliminar potenciales competidores



Juan Luis Crucelegui Gárate. Abogado español. En el periodo 2006-2012 fue miembro del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia y desde hace 5 años se desempeña como Jefe Capacitación y Servicios Consultivos de la Unidad de Políticas de Competencia y de Protección del Consumidor de la UNCTAD (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo) con sede en Ginebra Suiza.

susceptibles de crear nuevos mercados (killer acquisitions). El replanteamiento del sistema podría haber evitado adquisiciones predadoras como las de Facebook a Instagram o de Google a Waze, que potencialmente han podido frenar el desarrollo de innovaciones disruptivas. Estas empresas han seguido un patrón de innovación continuo, sin embargo, la pregunta que surge es si ellas han llevado al mercado solamente innovaciones complementarias, inhibiendo así las innovaciones disruptivas dirigidas al mercado.

Los resultados en los últimos veinte años, muestran el poder de mercado de las grandes plataformas y su notorio alcance global, lo que revela el acelerado cambio hacia lo digital. En efecto, en 2020 las cinco empresas más grandes de Estados Unidos pertenecen a la economía digital (Microsoft, Apple, Amazon, Alphabet y Facebook) y han aumentado considerablemente sus ingresos durante este tiempo de pandemia. Asimismo, las plataformas digitales de origen latinoamericano, ya tienen una fuerte representación que las ubica entre las diez principales empresas con mayor valor de mercado de la región. Por ejemplo, debido al crecimiento de las ventas en línea, impulsado por la pandemia, la plataforma digital argentina Mercado Libre logró el primer puesto entre las empresas de la región, y su acelerado crecimiento revela una posible escalada en el valor de mercado. La segunda plataforma digital XP investimentos de Brasil ocupa la novena posición en valor de mercado en la región¹. Esto debido a una estrategia agresiva de expansión mediante la extracción de datos de usuarios que acceden a las plataformas.

Interacción entre competencia e innovación

Cuando analizamos la forma de estimular la innovación en los mercados debemos atender a los factores que favorecen o que obstaculizan la realización de inversiones de corte innovador. En este sentido podemos considerar que la política de competencia y la política de innovación son complementarias a pesar de que en ocasiones esta complementariedad resulta compleja ya que proviene de lógicas contradictorias. Por un lado, la competencia alimenta la innovación. La razón

principal es que el proceso de innovación, en su dimensión schumpeteriana de "destrucción creativa", se basa en el estímulo de la competencia².

Por otro lado, el análisis económico también identifica un régimen de "acumulación creativa", en el que la innovación se rige menos por una lógica de turbulencia y proliferación que por los imperativos de profundización y concentración³. Como resultado de ello, dependiendo del caso, el grado de competencia con mayor probabilidad de estimular la innovación no es necesariamente el grado más alto y los gobiernos tienen un papel que desempeñar para abordar algunas de las deficiencias de los mecanismos que ofrece el mercado.

Esto es importante ya que el funcionamiento de la competencia y las modalidades de innovación han cambiado considerablemente en los últimos años. En efecto, en la actualidad las innovaciones disruptivas son susceptibles de modificar tendencias en el consumo y de eliminar a aquellas empresas que no se adaptan a los nuevos patrones de consumo.

En este periodo de crisis económica y sanitaria, en un entorno económico cada vez más globalizado, donde el alcance de los mercados ha crecido significativamente y los contornos de los negocios se están difuminando, dado el creciente peso de los nuevos tipos de cooperación y redes en base al desarrollo de la economía digital, la innovación ha cambiado de alcance. Se ha basado más en la asociación a través de plataformas, que con frecuencia incluyen a una gran diversidad de actores, más allá de las compañías. En conjunto, dentro de los sistemas de innovación que son geográficos y transnacionales, los actores en cuestión ahora enfrentan problemas en términos de capacidad de respuesta, interactividad, formación de clusters y, a veces, de tamaño⁴.

Estas observaciones llevan a argumentar a favor de una mejor articulación entre la política de competencia y la política de innovación. La política de competencia merece ser abordada en su sentido más amplio, en el sentido de una política dirigida no solo a liberalizar y abrir mercados, en particular a través de la desregulación, la armonización y la reducción de las barreras de entrada, sino también a promover la innovación, utilizando en su valoración criterios de eficiencia más dinámicos, como parte de un enfoque económico.

¹ Economía digital en América Latina y el Caribe: situación actual y recomendaciones <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Econom%C3%ADA-digital-en-Am%C3%A9rica-Latina-y-el-Caribe-Situaci%C3%B3nactual-y-recomendaciones.pdf>

² La difusión del término destrucción creativa es obra de Joseph Schumpeter, que en la década de 1940 estudió cómo el capital se trasladaba a través del tiempo desde los sectores menos rentables hacia aquellos con mejores perspectivas. La destrucción creativa es el proceso por el cual una innovación cambia el modelo de negocio predominante de una industria. Como parte de la destrucción creativa, las empresas deben adaptarse a la nueva dinámica del sector. Las firmas que no se adecúen a la nueva tecnología deberán cambiar de actividad o simplemente desaparecer. En otras palabras, se "destruye" algo para "crear" algo nuevo y, habitualmente, mejor.

³ En este sentido resulta ilustrativa la publicación "The Scale and Scope" de Alfred D. Chandler, eminente historiador de la empresa en Estados Unidos y seguidor de las teorías de Shumpeter, que realizó valiosas aportaciones centradas en el cambio industrial, el juego de intercambios de las corporaciones y la relación entre la firma y las jerarquías gerenciales como organizadoras de la industria moderna.

⁴ Por ejemplo, en el sector del automóvil, la digitalización y la transición ecológica están dando lugar a nuevas tecnologías en cuyo desarrollo participan empresas de diversos sectores, que inciden en la producción de automóviles menos contaminantes y con mayor autonomía.

La innovación puede resultar no solo en mejoras de los productos existentes (innovación sostenida), sino también en nuevas tecnologías que desplazan a la tecnología anterior y crean un nuevo mercado (innovación disruptiva). Algunos autores proponen la toma en consideración de ciertas innovaciones llevadas a cabo por empresas con poder de mercado cuyo objetivo principal no persigue la mejora de la calidad o la creación de nuevos productos sino la protección de productos existentes dificultando el acceso de competidores a través de la interoperatividad (innovación predatoria).

La política de competencia actual está equipada para hacer frente a problemas a corto plazo y, por lo tanto, puede no ser lo suficientemente adecuada para tener en cuenta la innovación disruptiva que requiere un análisis que contemple los efectos de las conductas en el medio o largo plazo.

El bienestar del consumidor en la economía digital⁵

La economía digital, que supone la aplicación de tecnologías digitales basadas en Internet a la producción y el comercio de bienes y servicios, se está convirtiendo en una parte cada vez más importante de la economía mundial al proporcionar nuevas herramientas para solucionar los problemas sociales y de desarrollo persistentes. Sin embargo, también plantea problemas que inciden negativamente en el bienestar de los consumidores. En particular, existe el riesgo de que muchos países en desarrollo se hagan cada vez más dependientes de unas pocas multinacionales digitales o se queden cada vez más marginados de la economía mundial. Por ello, tanto los gobiernos como las autoridades competentes deben controlar el funcionamiento de las plataformas digitales a fin de evitar que abusen de su poder de mercado, en forma de excluir a potenciales competidores de los mercados y perjudicar los intereses de los consumidores.

La discordancia entre la efectividad de los marcos regulatorios y el éxito de las Big Tech en la economía digital levanta la interrogante de saber si las normativas actuales de competencia son más proclives a ayudar a los incumbentes que a impedir sus estrategias de evicción.



Las autoridades deben saber qué informaciones requieren de las empresas, definiendo claramente, en particular, cuáles son las condiciones de propiedad de las plataformas y de portabilidad de los datos. La información, insumo importante en la investigación de prácticas anticompetitivas, también obliga a las autoridades reguladoras a digitalizarse lo suficiente como para enfrentar la modernización de las empresas, la evolución de los métodos con los cuales se llevan a cabo las prácticas anticompetitivas y para realizar el análisis de eficiencias con mas garantías. Finalmente, en materia de control de F&A, deben reconsiderarse los umbrales de notificación de forma que, no solo se considere el volumen de ventas sino también el valor de la transacción, la rotación de las empresas, el mercado relevante y sus acciones. Algunas jurisdicciones (Alemania) ya han reducido los umbrales de notificación en el sistema de control de concentraciones en el contexto de la economía digital. Las autoridades de la Unión Europea, Japón, Corea del Sur y Estados Unidos están en fase de creación de nuevos instrumentos de control para complementar las reglas de competencia tradicionales.

En América Latina, el desafío al que se enfrentan las normativas es aún mayor, ya que la competencia adquiere un rol más preponderante en la promoción, no sólo del bienestar de los consumidores, sino también del desarrollo de capacidades tecnológicas.

Conclusiones

Las autoridades de competencia juegan un papel muy importante en el ámbito de la innovación. A través de la aplicación de la ley a las conductas de las empresas y a las operaciones de concentración pueden generar una doctrina y una jurisprudencia que facilite y promueva la innovación en los mercados.

La economía digital ha abierto nuevas posibilidades de crear negocios de corte innovador que están aportando nuevos productos y servicios a los consumidores. Sin embargo el Derecho de la Competencia debe adaptarse de forma constante a las vicisitudes de esta nueva forma de actuar y de generar tendencias en los mercados, con objetivos bien claros dirigidos a promover la competencia no solo en los precios sino también en la innovación. Para ello se requiere la adaptación de las normativas a los nuevos modelos de negocio que se están generando. La expansión de la economía digital se ha visto acelerada por los efectos de la pandemia de la Covid-19, consecuentemente es preciso actuar de forma prudente pero rápida y eficaz para que las nuevas tecnologías faciliten la digitalización de las economías, de forma sostenible e inclusiva coadyuvando a la integración de las empresas innovadoras (en particular, Mipymes) en las cadenas de valor.

5. <https://www.cnbc.com/2020/12/09/ftc-and-several-states-launch-antitrust-lawsuits-against-facebook.html>



GOBIERNO de
GUATEMALA

DR. ALESSANDRO GIAMMATTEI

MINISTERIO
DE ECONOMÍA
UNIDAD DE GÉNERO



El Órgano de Apoyo Técnico de Género, Pueblos Indígenas y Personas con Capacidades Especiales del Ministerio de Economía, es el órgano responsable de velar por la igualdad y equidad entre hombres y mujeres, los procesos de inclusión de personas con capacidades especiales, usuarios y usuarias de los servicios que presta, a través del ejercicio de los derechos que corresponden a la institucionalización desde la perspectiva de género, pueblos indígenas y personas con discapacidad.

Asesora en los diferentes planes, políticas y programas del Ministerio, en los temas de Género, Pueblos Indígenas y Personas con Capacidades Especiales.

Contribuye al fortalecimiento y la mejora de la cultura institucional organizacional



Trabajo grupal en el Encuentro de Mujeres Mayas, Garifunas, Xinkas y Mestizas: Desarrollo rural un análisis desde la mirada de las mujeres y pueblos indígenas en el mes de marzo del año 2020.



Acto de invocación en el Encuentro de Mujeres Mayas, Garifunas, Xinkas y Mestizas: Desarrollo rural un análisis desde la mirada de las mujeres y pueblos indígenas en el mes de marzo del año 2020.

Promueve actividades para el empoderamiento económico de las mujeres, de los pueblos indígenas, e inclusión de personas con discapacidad, a través de congresos, encuentros, foros, talleres, debates, diálogos, seminarios, entre otros.



Fotografía 5. Trabajos grupales en el Encuentro de Mujeres Mayas, Garifunas, Xinkas y Mestizas: Desarrollo rural un análisis desde la mirada de las mujeres y pueblos indígenas en el mes de marzo del año 2020.



Marcos Normativos del Órgano.

Elabora y coadyuvar en los planes y programas de formación con perspectiva de género, pueblos indígenas y personas con discapacidad. También, vela por el cumplimiento de las regulaciones establecidas en los marcos normativos. Además, coordina la incorporación de indicadores de su competencia para retroalimentar a las políticas respectivas.

Control de concentraciones en Paraguay: La experiencia de los primeros años



Abg. Rolando Díaz Delgado y Abg. Fabrizio Boggino

I. Un poco de contexto

En Paraguay, el derecho de competencia se encuentra dando sus primeros pasos. La Constitución Nacional de 1992 consagra el derecho de toda persona a dedicarse a la actividad económica lícita de su preferencia dentro de un régimen de igualdad de oportunidades, garantiza la competencia en el mercado y prohíbe la creación de monopolios y el alza o baja artificial de los precios que traben la libre concurrencia¹.

Ahora bien, no fue sino hasta el año 2013 que se sancionó la Ley No. 4.956/2.013 de Defensa de la Competencia (LDC)², reglamentada por el Decreto No. 1.490/2.014³, dando vida a la Comisión Nacional de la Competencia (CONACOM), autoridad de aplicación de la ley de competencia en Paraguay.

En sus primeros años de vida institucional, la actuación de la CONACOM se vio principalmente enfocada en el análisis y evaluación de las operaciones de concentración notificadas. A continuación, resumiremos concisamente el marco normativo sobre el asunto, daremos un par de datos, y, finalmente, nos centraremos en resaltar aquellas operaciones que fueron autorizadas con condicionamientos, explicando cuáles fueron éstos.

La LDC considera que tiene lugar una operación de concentración: *(i)* cuando dos o más agentes económicos anteriormente independientes se fusionan, *(ii)* cuando uno o más agentes económicos controlen a otro, mediante la toma de participaciones en el capital, la compra de elementos del activo, o por contrato o cualquier otro medio adquiera directa o indirectamente el control de la otra, o *(iii)* cuando dos o más agentes económicos anteriormente independientes creen una persona jurídica en común⁵.

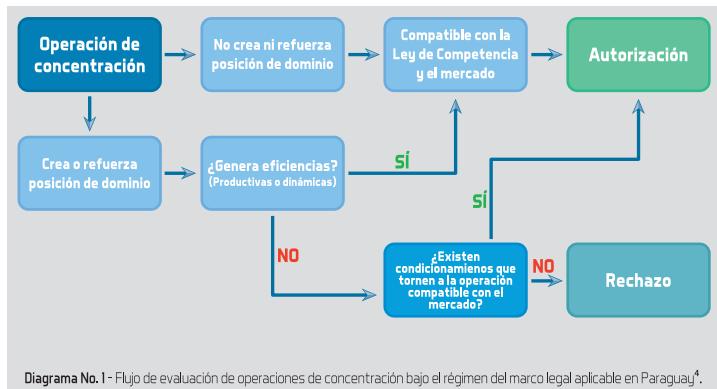
A su vez, la LDC señala que el control resulta de los derechos, contratos u otros medios que por sí mismos o en conjunto, y teniendo en cuenta circunstancias de hecho y derecho, confieren la **posibilidad de ejercer una influencia decisiva** sobre las actividades de otro agente⁶.

Lo anterior es relevante porque aquellas operaciones de concentración que superen uno de los dos umbrales establecidos⁷ deberán ser notificadas a la CONACOM para que el Directorio, máxima autoridad de la Institución⁸, decida, por resolución fundada, **autorizarla, subordinarla al cumplimiento de condiciones que establezca, o denegarla**⁹.

Los umbrales para que se active la obligación o carga de notificación para el adquirente del control o las involucradas en la operación son: la adquisición o incrementación, a partir de la operación, de una cuota de mercado para determinado producto o servicio igual o superior al 45%, y/o una facturación global de las partes involucradas en la operación, en el ejercicio contable anterior, superior a cien mil salarios mínimos mensuales, aproximadamente treinta millones de dólares (USD. 30 MM). La falta de notificación, de cumplirse los umbrales, y la ejecución de una operación de concentración sin la autorización de la CONACOM, son consideradas faltas a la LDC¹⁰.

Pues bien, las operaciones de concentración deben ser evaluadas con el fin de establecer si las mismas son compatibles con la Ley, es decir, **si suponen o no un obstáculo significativo para una competencia efectiva en el mercado relevante¹¹, al no crear ni reforzar una posición dominante en el mismo**. Para ello, se debe tener en cuenta, entre otras cuestiones, la

II. Regimen de Control de Operaciones de concentración en Paraguay





Rolando Díaz: Abogado, Miembro del Directorio de la Comisión Nacional de Competencia (CONACOM).

Fabrizio Boggino: Abogado, Miembro del Gabinete Técnico del Directorio de Paraguay.

estructura de los mercados, la posición de los competidores, su fortaleza económica y financiera, las posibilidades de elección de proveedores y usuarios, su acceso a fuente de suministros, la existencia de obstáculos de derecho y hecho (barreras de entrada), la evolución de la oferta y demanda, los intereses de consumidores^{12,13}.

A su vez, la LDC entiende que un agente detenta una posición de dominio cuando no se encuentra expuesto a una competencia efectiva y sustancial en el mercado relevante, considerando: *(i)* sustituibilidad del producto o servicio por otro, condiciones y tiempo para tal sustitución, *(ii)* restricciones normativas, *(iii)* grado en el que el dominante pueda influir unilateralmente en la formación de precios o restringir el abastecimiento o demanda en el mercado, y el grado en el que sus competidores puedan contrarrestar dicho poder¹⁴.

En ese orden, si se determina que la operación es contraria a la Ley, entonces se debe analizar si la misma tiene capacidad para producir **ganancias de eficiencia económica** en el mercado, que compensen las limitaciones generadas¹⁵. Estas eficiencias podrían ser productivas, relacionadas a la disminución de costos, o dinámicas, relacionadas al desarrollo de nuevos o mejores productos¹⁶. Corresponde a la parte notificante, que alega las eficiencias, probarlas¹⁷.

De no generar eficiencias, el Directorio puede **subordinar la autorización a condiciones** que estén directa y específicamente vinculadas a superar la creación o reforzamiento de la posición de dominio que genere obstáculos para la competencia en el mercado en cuestión. Estas soluciones pueden ser estructurales o conductuales, entre otras: *(i)* llevar a cabo una determinada conducta o abstenerse de realizarla, *(ii)* enajenar a terceros determinados activos, o partes societarias, *(iii)* eliminar una determinada línea de producción, *(iv)* modificar o eliminar términos o condiciones de actos celebrados, *(v)* realizar actos orientados a fomentar la participación de los competidores en el mercado o darle acceso al mismo¹⁸.

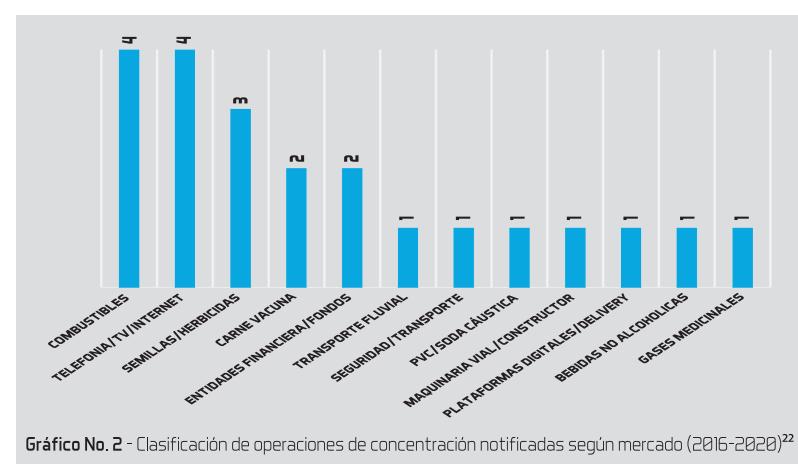
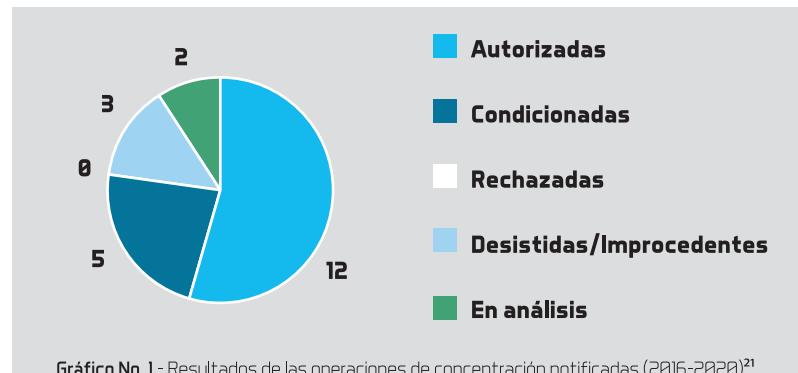
III.

Sobre las operaciones de concentración notificadas

Desde la puesta en marcha de la Institución y hasta la fecha (septiembre del 2020), fueron notificadas veintidós operaciones de concentración en total¹⁹.

Tabla No. 1 - Número de operaciones de concentración notificadas (2016-2020)²⁰

| Año | Notificaciones |
|--------------|----------------|
| 2016 | 2 |
| 2017 | 10 |
| 2018 | 4 |
| 2019 | 4 |
| 2020 | 2 |
| TOTAL | 22 |



IV. Análisis de las concentraciones autorizadas con condiciones

Expuestos los datos anteriores, seguidamente, se realiza una síntesis de los condicionamientos establecidos por el Directorio de la CONACOM a la fecha, en las cinco (5) operaciones de concentración en las que se dieron, y los mercados afectados:

1) En *TIGO/Alto Paraná*²³, el grupo *Millicom* –popularmente reconocido a través de su marca comercial Tigo– adquirió, transferencia parcial de activos mediante, el negocio de un grupo local para prestar el **servicio de TV cable por suscripción y acceso a internet y transmisión de datos en los distritos de Presidente Franco, Ciudad del Este y Hernandarias** (área fronteriza al Brasil, núcleo comercial importante para el país), incluyendo las licencias pertinentes emitidas por el ente regulador para tal efecto, la infraestructura de red y los clientes del vendedor.

El Directorio de la CONACOM entendió que era necesario establecer condicionamientos que permitan aumentar la presión competitiva en el mercado relevante, por lo que ordenó a *Tigo*: **(i)** la comunicación de la operación a los clientes de la vendedora y la expresa facultad de los mismos de cambiar de operadores, sin costo alguno ni obstáculos; **(ii)** mantener una política comercial uniforme en los distritos en cuestión con respecto al resto del país, incluyendo la prohibición de alzas indebidas e irrazonables de precios; **(iii)** la sustitución de las infraestructuras de red existentes por unas más nuevas, tecnológicas y de mayor capacidad, para ofrecer un mejor servicio, y; finalmente, **(iv)** prohibió la venta atada de los servicios de televisión e internet en los distritos en cuestión, salvo voluntad libre y voluntaria de los clientes.

2) Un tiempo después, en *TIGO/Itapúa*²⁴, el mismo actor adquirió, bajo la misma modalidad de la operación anterior, el negocio de una empresa local para prestar el **servicio de TV cable por suscripción y acceso a internet y transmisión de datos** en cinco distritos del Departamento de Itapúa (al sur del país, fronterizo con la República Argentina), incluyendo también licencias para operar, activos y clientes, pero **el mercado geográfico definido fue el nacional**. Para dimensionar la

operación –y la que le antecedió–, en ese momento, el grupo *Millicom* tenía *ex post* (es decir, sumadas las cuotas de la empresa vendedora) el 53,1% del mercado de servicio de TV por suscripción, siendo el indicador del *IHH* de 3,497 puntos, y el 70,3% del mercado de provisión de internet, con un indicador *IHH* de 5,375 puntos; ambos mercados altamente concentrados²⁵.

Fundamentado en gran medida en la existencia de al menos dos competidores importantes, subsidiarias de multinacionales, con solvencia financiera y capacidad para aumentar sus respectivas capacidades productivas y de innovación; con personal (del Grupo Telecom) y Claro; así como con niveles de penetración en los hogares, tanto de la televisión por suscripción (33%), como del acceso a internet (20,38%), que dejaban ver altas perspectivas de crecimiento de la demanda, en función de la existencia de incentivos al crecimiento y desarrollo de los competidores, el Directorio de la CONACOM entendió que *Tigo* no detentaba una posición de dominio. No obstante, y mediando ofrecioimiento de la misma notificante, el Directorio de la CONACOM decidió autorizar la operación sujeta a condicionamientos que permitieran aumentar la presión competitiva ejercida por los agentes señalados *supra*.

En ese contexto, las condiciones establecidas fueron las mismas que las de la operación anterior, sumando una que ordenaba una segmentación de planes disponibles para la contratación por parte de los clientes.

3) Cambiando de mercado, en *Prosegur/Wackenhut*²⁶ se determinó que incluso ya antes de la operación, la adquirente no se encontraba expuesta a una competencia efectiva sustancial en el **mercado de ahorro, custodia, gestión y transporte de valores en el territorio nacional**; es decir, con la operación se estaría reforzando su posición dominante. *Ex post*, el índice *IHH* denotaba un altísimo grado de concentración del mercado siendo este de 7,138 puntos con un delta de 1,070 puntos, *Prosegur* no tenía competidor alguno con entidad suficiente para representarle un competidor amenazante, y las barreras económicas por los costos hundidos, economías de escala e inversiones de capital son importantes en el mercado. No se demostraron eficiencias productivas ni dinámicas.

Por tanto, se establecieron las siguientes condiciones principales para aprobar la operación: **(i)** Permitir a sus competidores la subcontratación



de sus servicios de atesoramiento y recuento en bóveda en las instalaciones de *Prosegur* en Ciudad del Este, Encarnación, Concepción y Coronel Oviedo (principales ciudades del interior del país); **(ii)** Abstenerse de aumentar la capacidad de sus bóvedas instaladas en el interior del país; **(iii)** Abstenerse a pagar anticipadamente a sus clientes en caso de siniestros o faltantes, debiendo regirse únicamente por las condiciones de la póliza contratada, y a realizar descuentos o bonificaciones a sus clientes con modalidad “con pernoche” (condiciones apuntadas a disipar efectos por su fortaleza financiera); **(iv)** Vender a sus competidores tres camiones semi-blindados y tres blindados, dentro de los siguientes 45 días, para posibilitar el acceso de estos a insumos de manera ventajosa y mejorar su competitividad y competencia.

4) El otro mercado que tuvo mucho movimiento fue el de combustibles y afines. En *Copetrol/Petrobras*²⁷, el grupo Copetrol, de capital nacional, se hizo con la totalidad del negocio de la multinacional brasileña *Petrobras* en Paraguay. Los mercados relevantes de la operación y en los que se solapaba la actividad de ambos ex ante eran numerosos, a saber: a) importación, distribución y comercialización de **combustibles líquidos**; b) importación transporte, almacenamiento, fraccionamiento y distribución, comercialización minorista de **GLP**; c) importación, distribución y comercialización de **lubricantes**; y, d) comercialización de productos varios en **tiendas de conveniencia**, todos a nivel nacional, salvo los de comercialización minorista de combustible líquido en Estaciones de Servicio (EESS), lubricantes y tiendas de conveniencia, que fueron definidos a nivel distrital.

A pesar de la magnitud de la operación, hecha la evaluación, se encontró que la misma otorgaría al grupo Copetrol posición de dominio solamente en el mercado de comercialización de combustibles en EESS en seis

distritos del país. Por ello, se autorizó la operación con las siguientes condiciones: **(i)** se limitó la cantidad de estaciones de servicios que puedan operar bajo cualquiera de los emblemas del Grupo Copetrol (*Copetrol* y *Petrobras* a este entonces) en los seis distritos, a un máximo del 50% del total de estaciones de servicios habilitadas y operativas en la misma; **(ii)** se ordenó al adquirente mantener los precios de venta al público sugeridos en los distritos relevantes equivalentes a ciudades aledañas; **(iii)** se ordenó al adquirente ofrecer prestación de servicio de flete terrestre y fluvial a sus competidores a precios de mercado y en condiciones no menos favorables a las que ofrece a sus afiliadas, y servicio de almacenaje a los mismos en hasta el 15% de la capacidad instalada de una terminal de su propiedad, todo por el plazo de tres años

5) Finalmente, en *Copetrol/Axion*²⁸ el Directorio encontró que la operación –consistente en la adquisición de los activos del grupo internacional *Axion* en Paraguay, subrogándose el grupo Copetrol en la explotación de las EESS que operaban bajo dicho emblema, sea mediante transferencia de propiedad de los inmuebles o en los contratos de arrendamiento y en los de licencia con los operadores– reforzaba la posición de dominio de la adquirente en el **mercado de comercialización minorista de combustible líquido a través de Estaciones de Servicios (EESS) en la ciudad de Asunción**, ciudad con mayor población del país.

Por tanto, autorizó la operación –que tenía alcance nacional- con las siguientes condiciones: **(i)** se limitó la cantidad de EESS que puedan operar bajo cualquiera de los emblemas del Grupo Copetrol (*Copetrol*, *Petrobras* o *Axion*) en dicha ciudad, a un máximo del 50% del total de estaciones de servicios habilitadas y operativas en la misma. Para esto, teniendo en cuenta que con la operación, el grupo Copetrol se hacía de un número de estaciones de servicios que abarcaban un porcentaje mayor al 50%, ordenó al adquirente que en el plazo de 180 días se deshaga de cuantas estaciones de servicio sean necesarias hasta cumplir con el condicionamiento de no superar ese porcentaje, sea vendiéndolas, o desvinculándose de contratos vigentes con operadores de las mismas, para que estos cierren acuerdo con otros emblemas; **(ii)** se ordenó al adquirente mantener los precios de venta al público sugeridos equivalentes en todas las estaciones de servicio que operen bajo alguno de sus emblemas en Asunción y Gran Asunción (zona compuesta por las ciudades aledañas a la Capital); **(iii)** además, se confirmó el condicionamiento impuesto en *Copetrol/Petrobras* con respecto al ofrecimiento de servicio de flete y almacenaje en tanques a sus competidores, a precios razonables de mercado. Todas las condiciones fueron impuestas por el plazo de 3 años.



V. Reflexiones Finales

En sus primeros cinco años de funcionamiento, en paralelo con el proceso de instalación y desarrollo institucional, la CONACOM ha focalizado gran parte de su actividad al análisis de las operaciones de concentración que fueron notificadas, en cumplimiento de la Ley de Defensa de la Competencia.

El control de concentraciones es, sin lugar a duda, un pilar fundamental para el sistema de defensa y promoción de la competencia. El establecimiento de un régimen de notificación y autorización previa de ciertas concentraciones empresariales, que por su importancia requieran una especial atención por parte de la autoridad de aplicación, busca tutelar el correcto funcionamiento de los mercados y evitar la creación de estructuras que puedan suponer un obstáculo significativo para una competencia efectiva, mediante la adquisición o el refuerzo de una posición dominante, que no aporte eficiencias a los mercados.

Los mercados dinámicos y competitivos redundan en beneficio de los agentes y, en última instancia, de los consumidores. En muchas ocasiones, la misma dinámica del mercado se ve desfavorecida con las concentraciones empresariales; por lo que, no debemos entender al proceso de control como un obstáculo al desenvolvimiento de la libertad empresarial. En la gran mayoría de los casos, las concentraciones, por no superar los umbrales establecidos en la Ley, ni siquiera caen, ni deben caer, bajo la óptica de la autoridad de competencia.

Solo aquellas operaciones que puedan tener la virtualidad de constituirse en un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al establecer o consolidar estructuras dominantes, deben ser sometidas al proceso de autorización previa. Y, en este marco, la autoridad de aplicación debe poner sus mayores esfuerzos en la consolidación de capacidades técnicas que permitan un análisis transparente y previsible.



Trabajos citados

1. En su Artículo 107 – “De la Libre Concurrencia”
2. Texto completo de la Ley disponible en el portal web de la Biblioteca y Archivo Central del Congreso de la Nación: <https://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/4775/defensa-de-la-competencia>
3. Texto completo del Decreto disponible en el portal web de la CONACOM: <https://www.conacom.gov.py/institucion/marco-legal>
4. Fuente: Elaboración propia
5. Artículo 12 (1) de la LDC
6. Artículo 12 (3) de la LDC
7. Artículo 14 (1) de la LDC
8. Artículo 16 a) de la LDC
9. Fuente: Elaboración propia
10. Artículo 12 (1) de la LDC
11. Artículo 12 (3) de la LDC
12. Artículo 14 (1) de la LDC
13. Artículo 16 a) de la LDC
14. Artículo 9 de la LDC
15. Artículo 23 del DR
16. Artículo 25 del DR
17. Artículo 26 del DR
18. Artículo 30 del DR
19. Un detalle de las mismas puede encontrarse en el Registro de Concentraciones de la CONACOM, disponible en: https://drive.google.com/file/d/15rX5bM5pSlhCUXYIpufBfE1MIQf9aSS_u/view
20. Fuente: Elaboración propia en base a datos disponibles en la nota del pie 19 supra
21. idem
22. idem
23. Resolución D/AL No. 08/2017, dictada en el Expte. No. 015/2017 “Servicios y Productos Multimedios S.A., Get Line Internet S.A., TV Cable Paraná S.A. y Cable 3 Fronteras S.A. s/ Notificación de operación de concentración (adquisición parcial de activos)”. Disponible en: https://drive.google.com/file/d/1kfwn7nMYHTNB_404Vjh6Qd6JhJAWjuvw/view
24. Resolución D/AL No. 025/2018, dictada en el Expte. No. 033/2018 “Servicios y Productos Multimedios S.A. y Cable Visión del Sur S.A. s/ Notificación de operación de concentración (adquisición de activos)”. Disponible en: <https://drive.google.com/file/d/13K3m3zuxhwjQqcZnxckldrGrEncdRi/view>
25. El Índice de Herfindahl-Hirschman (IHH) es el indicador más utilizado a nivel internacional para medir el grado de concentración de mercado, apareciendo en las directrices de evaluación de operaciones de concentración de varias agencias de competencia. El índice se calcula sumando el cuadrado de la cuota de mercado de cada agente económico que participa del mismo (Por ejemplo, en un mercado con cuatro firmas cuyas cuotas de mercado son del 30, 30, 20 y 20 %, el IHH resultante es de 2,600 puntos). El resultado siempre será un valor numérico entre cero (0) y diez mil (10,000), donde los valores cercanos a 0 denotan un alto grado de atomización de empresas y los cercanos a 10,000 una estructura monopólica. En ese orden, en concordancia con lo establecido por la Federal Trade Commission y el Department of Justice de los EEUU, mercados en donde el índice resultante sea entre mil (1,000) y mil ochocientos (1,800) puntos son considerados moderadamente concentrados; y aquellos donde el resultado sea mayor a mil ochocientos (1,800) puntos son considerados altamente concentrados, por ende, levantan preocupaciones concurrenceales y deben ser analizados detenidamente.
26. Resolución D/AL No. 08/2018, Expte. No. 105/2017 caratulado “Prosegur Paraguay S.A. y Wackenhut Paraguay S.A. s/Concentración (Adquisición de activos)”. Disponible en: https://drive.google.com/open?id=1nC3ctJkNd5nAzGYa2_tzrb0th4PoE4MZ
27. Resolución D/AL No. 03/2019, dictada en el Expte. No. 072/2018 “Copetrol S.A. y Petrobras Paraguay Distribution Limited/Petrobras Paraguay Operaciones y Logísticas S.R.L./Petrobras Gas S.R.L. s/ Notificación de operación de concentración”. Disponible en: <https://drive.google.com/file/d/1IBguARjvAHq4HoZUyGcgxD6LyZwQoj/view>
28. Resolución D/AL No. 029/2019, dictada en el Expte. No. 060/2019 “Copetrol S.A. y Axion Energy Paraguay s/ Notificación de operación de concentración (adquisición de activos)”. Disponible en: https://drive.google.com/file/d/1249PSFCI8sNYO10BzDT_ElZIpSX8YcrD/view

SEMINARIOS DE LA DIRECCIÓN DE PROMOCIÓN A LA COMPETENCIA

Durante el mes de julio de 2020, la **Dirección de Promoción a la Competencia**, con el apoyo de la **Unidad de Políticas de Competencia y de Protección del Consumidor de la UNCTAD** (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo) realizó dos conferencias de alto nivel en **formato virtual**, la premisa fue divulgar la **importancia de las políticas y regulaciones de competencia para mitigar los efectos negativos de la crisis del COVID-19 en la economía de cada país** y discutir la necesidad de que Guatemala **posea una Ley de Competencia**.

SEMINARIOS VIRTUALES

ORGANIZADOS POR
LA DIRECCIÓN DE PROMOCIÓN A LA COMPETENCIA,
MINISTERIO DE ECONOMÍA.
CON APOYO DE
LA UNIDAD DE POLÍTICAS
DE COMPETENCIA Y DE PROTECCIÓN
DEL CONSUMIDOR DE LA UNCTAD

SEMINARIO 1
El impacto de la crisis del Covid-19 en la Economía:
el papel de la política de competencia en la gestión de la crisis y en la recuperación económica

21 JULIO | 10:00 AM



MODERADOR



Hugo Maul

Economista



Nicholas Virzi
Economista,
polítólogo y sociólogo
(Guatemala)



Juan Gutiérrez
Abogado y Director
de ASCOCA Capítulo
América Latina
(Colombia)

PANELISTAS



Jhorlenny Rodríguez
Directora Ejecutiva
Procompetencia
(República Dominicana)



Juan Luis Crucelegui
Chief of Capacity Building
and Advisory Services and
Executive Partner, Latin America
Division on International Trade and Commodities
- UNCTAD -



GOBIERNO de
GUATEMALA
DR. ALESSANDRO GIAMMATTI

MINISTERIO
DE ECONOMÍA



SEMINARIOS VIRTUALES

ORGANIZADOS POR
LA DIRECCIÓN DE PROMOCIÓN A LA COMPETENCIA,
MINISTERIO DE ECONOMÍA.
CON APOYO DE
LA UNIDAD DE POLÍTICAS
DE COMPETENCIA Y DE PROTECCIÓN
DEL CONSUMIDOR DE LA UNCTAD

SEMINARIO 2
¿Por qué es conveniente
que Guatemala se provea
de una Ley de Promoción y
Defensa de la competencia?

23 JULIO | 10:00 AM



MODERADOR



Mario Umaña
Banco
Interamericano
de Desarrollo (BID)



Dr. Guillermo Díaz
Vicedecano,
Facultad de Ciencias
Económicas y
Empresariales,
Universidad Rafael
Landívar (Guatemala)



Javier Tapia
Profesor de la
Universidad de Chile y
Ex-ministro del
Tribunal de Defensa
de la Libre
Competencia de Chile
(Chile)

PANELISTAS



Javier Berasategui
Abogado especializado en
Derecho de Competencia
comunitario y español.
Ex presidente del Tribunal
Vasco de Defensa de la
Competencia y socio
fundador de Berasategui & Abogados.



Pamela Sittenfeld
Abogada y experta en
Derecho de la
Competencia.
(Costa Rica)



GOBIERNO de
GUATEMALA
DR. ALESSANDRO GIAMMATTI

MINISTERIO
DE ECONOMÍA



Regulación de la Competencia:

La Caída de Ícaro



Hugo Maul R.

"Cuando un economista descubre ...una práctica empresarial de una u otra clase ... que no es capaz de comprender, generalmente suele recurrir alguna explicación en términos de poder monopólico". R. Coase¹

Si a la deformación profesional a la que Coase se refiere en el epígrafe se le suma lo que la ciencias del comportamiento llaman “sesgo cognitivo de reconocimiento”², la combinación resultante puede ser muy negativa para la regulación de la competencia. En otras palabras, si a la tendencia de ver “micos aparejados” por parte de los economistas se le suma la tendencia de las personas de ver “fantasmas donde no los hay”, es bastante más probable que el deseo de regular la competencia termine en una “cacería de brujas”. Sobre todo en situaciones en donde las ocurrencias, los dogmas y las preconcepciones son más importantes que la evidencia empírica para tomar decisiones. La existencia y efectos de prácticas contrarias a la competencia es algo que debe determinarse empíricamente, no asumirse como punto de partida para justificar una regulación gubernamental.

1. Incapacidad de Reconocer el Camino Recorrido

Hablar de la intensidad de la competencia en los mercados guatemaltecos a inicios de la tercera década del Siglo XXI es muy diferente que a principios o mediados del siglo pasado; durante los últimos 35 años Guatemala ha efectuado importantes reformas económicas que han abierto su economía a la competencia. No hay duda alguna que actualmente Guatemala goza de un entorno económico e institucional mucho más orientado a la promoción de la competencia que hace unas décadas atrás. Un pequeño pero importante detalle que muchas veces se pierde de vista cuando se habla de la necesidad de regular prácticas anticompetitivas. No obstante, el debate en torno a este tema rara vez reconoce el impacto en los mercados de la “abogacía de la competencia”³ y la apertura de la economía a la competencia internacional. En este sentido,

basta con reconocer que la mayor parte del comercio internacional de Guatemala ocurre bajo algún tipo de tratado de libre comercio; que el arancel promedio de casi la totalidad de las partidas arancelarias es, en promedio, menor al 5%; y además se han abierto a la competencia sectores clave como las telecomunicaciones, la electricidad y los combustibles, entre otros.

Tal y como sugiere el profesor Demsetz, en asuntos de regulación de la competencia “creer es ver”;⁴ esto es, quienes creen que los mercados se caracterizan por condiciones poco competitivas, verán oligopolios, carteles y monopolios por todos lados; quienes creen que los mercados se caracterizan por una intensa competencia, verán condiciones competitivas por doquier. De esa cuenta, con la misma celeridad con la que se aborda la discusión de una ley de competencia habría que abordar la necesidad de construir un cuerpo de evidencia empírica en relación a la intensidad de la

competencia en distintos mercados. En ausencia de algún tipo de evidencia en relación a la intensidad y nivel de competencia actuales en los mercados, la discusión de una ley de este tipo termina por convertirse en un ejercicio caracterizado por valoraciones ideológicas o meras creencias personales de los interlocutores. Un riesgo latente que muchas veces no se toma en cuenta y que puede resultar muy dañino, independientemente de cuál de los paradigmas en disputa resulte validado en la arena política.

2. Fragilidad del Estado de Derecho

En materia económica es común cometer el error de suponer que basta con adoptar una buena práctica internacional para garantizar el éxito de una reforma. Nada más alejado de la realidad, la forma en que funciona una determinada política o intervención gubernamental depende de

1. Coase, R. Industrial Organization: A Proposal for Research in Economic Research: Retrospect and Prospect, Volume 3, Policy Issues and Research Opportunities in Industrial Organization, NBER, 1972, Editor Victor Fuchs.

2. Identificar patrones de comportamiento en donde no los hay.

3. Este término se refiere al papel que puede jugar el gobierno en la promoción de la competencia mediante la eliminación de obstáculos a la competencia generados por la propia intervención gubernamental mediante permisos, regulaciones, requisitos técnicos de participación en los mercados, barreras de entrada y de salida legales a los mercados y desmonopolizando actividades reservadas para el sector público

4. Harold Demsetz, “Two systems of belief about monopoly,” in, Demsetz, Harold. Efficiency, Competition, and Policy. Cambridge MA: Basil Blackwell, 1989

Hugo Maul Rivas es Economista y M.A. de la Universidad de California en Los Ángeles -UCLA-, además tiene una especialización en Banca Central. Director del Área Económica del Centro de Investigaciones Económicas Nacionales -CIEN-. Investigador y conferencista de comercio exterior, macroeconomía, política fiscal, mercado laboral y desarrollo económico. Consultor nacional e internacional para diversas organizaciones financieras internacionales y fundaciones privadas Miembro de la Comisión de Seguimiento del Pacto Fiscal entre el año 2003 y 2004. Columnista y analista económico. Autor de varios libros sobre la economía nacional y artículos en revistas académicas nacionales e internacionales.

factores institucionales y organizaciones peculiares de cada lugar. Creer que determinada regulación funcionará con el mismo nivel de efectividad y éxito en todos los lugares implica presuponer la existencia de factores institucionales similares en ambos lugares. Como lo demuestran incontables ejemplos en múltiples campos, un mismo tipo de medida económica puede dar resultados muy distintos dependiendo de los factores institucionales, culturales y organizacionales propios de cada país⁵. En el caso de la regulación de la competencia, con todas las complejidades legales y económicas que esto conlleva, sumada a los sesgos de reconocimientos tan arraigados en esta materia y a la ausencia de evidencia empírica contundente, el adecuado funcionamiento de este tipo de regulación descansa de manera primordial en la solidez del Estado de Derecho en cada país. Los riesgos que conlleva el funcionamiento de este tipo de regulación se exacerbaban en ambientes institucionales caracterizados por la falta de independencia del sistema judicial, la ausencia de una tecnocracia debidamente formada, la debilidad del Estado de Derecho y los altos niveles de corrupción.

En ese orden de ideas, no es lo mismo regular la competencia en países con larga tradición de fortaleza institucional y jurídica que en países con Estados de Derecho frágiles o fallidos. Cuestión en la cual,

lamentablemente, Guatemala destaca por las razones equivocadas. Algunos antecedentes sobre la calidad de las instituciones guatemaltecas permitirán visualizar y comprender los desafíos a enfrentar para implementar una regulación tan compleja como una Ley de Competencia en un contexto de fragilidad institucional y ausencia de un Estado de Derecho. Según datos del Proyecto de Justicia Mundial –WJP- 2020 Guatemala ocupa, entre 128 países evaluados a nivel mundial, el puesto 107 en materia de Cumplimiento Regulatorio; 121 en materia de Justicia Civil; y 108 en materia de Ausencia de Corrupción. En lo que a Cumplimiento Regulatorio se refiere, destacan las brechas, en relación a los países de la región y países de ingresos similares, en materia de Aplicación Efectiva de las Regulaciones y Respeto al Deusto Proceso. En lo que respecta a la Justicia Civil, Guatemala solo está por arriba de Venezuela y Bolivia en la región de Latino América y el Caribe; además, resaltan las brechas relativas en lo que respecta a Influencias Indebidas, Retrasos Injustificados y Aplicación Efectiva.⁶

Ignorar las falencias del sistema de justicia guatemalteco en nada ayuda a entender los desafíos que conlleva poner en práctica una ley tan compleja y especializada como la de competencia. Dada la naturaleza de este tipo de instrumento legal es vital

asegurar su aplicación efectiva, libre de influencias externas, garantizando el debido procesos para los implicados y la imparcialidad y honestidad en la decisiones finales. Materias en las cuales, como se mostró antes, Guatemala tiene los retrasos más grandes, en términos absolutos y relativos, entre los países de la región. En tal tipo de entorno institucional resulta muy complicado garantizar que la entidad encargada de hacer que se cumpla la normativa de competencia pueda estar libre de los problemas sistémicos que caracterizan al sistema judicial.

En este tipo de entorno, como ha quedado demostrado con el caso de la administración tributaria y muchas de las comisiones de regulación sectorial, resulta muy difícil garantizar la independencia técnica y autonomía de entidades especializadas en hacer cumplir complejos marcos regulatorios. El caso de “La Línea” en la SAT es un buen ejemplo de cómo la institución terminó siendo capturada por intereses ligados al crimen organizado y a la clase política gobernante. Aunque en el diseño original se creía que la organización estaría libre de estos problemas en función de las precauciones que se tomaron, en la práctica resultó ser todo lo contrario.⁷ Tanto así que, incluso después de las reformas a la Ley Orgánica de la SAT producto de los escándalos de corrupción de 2015, siguen persistiendo serías dudas acerca de la independencia de la institución.⁸ Otro ejemplo de

5. Según Broom, Homolar y Kranke (“Bad Science: International Organizations and the Indirect Power of Global Benchmarking”, European Journal of International Relations, Vol 24, Issue 3. Sept 2018) este tipo de práctica no reconoce que que “los países tienen posiciones estructurales muy divergentes (tanto en términos políticos como económicos) y están dotados de capacidades marcadamente desiguales para implementar políticas internas... diferencias [que] tienden a pasarse por alto en el proceso de hacer operativos conceptos clave para el desempeño nacional.”

6. Por si todo esto fuera poco, es importante notar que Guatemala tiene el dudoso honor de ser un caso de estudio a nivel mundial por haber tenido durante un largo período una comisión internacional contra la impunidad en el país auspiciada por Naciones Unidas. No es este el lugar para juzgar los errores y aciertos de la referida comisión en el ejercicio de su mandato, pero, a manera de ejemplo, la existencia de un organismo de este tipo, se quiera o no, denota el tipo de retos que afronta Guatemala en materia del adecuado funcionamiento del sistema de justicia local.

7. El Periódico. (1 de Agosto de 2017). Caso La Línea: ¿Cómo llegó Omar Franco a la SAT? <https://elperiodico.com.gt/nacionales/2017/08/01/caso-la-linea-como-llego-omar-franco-a-la-sat/>

3.

Conclusiones

ello es la Superintendencia de Telecomunicaciones, organismo que en el diseño original se suponía debería llegar a tener el mismo nivel de prestancia, autonomía y rigurosidad técnica que la Superintendencia de Bancos o la Comisión Nacional de Energía, en la práctica resultó totalmente vulnerable a la captura por parte las entidades reguladas e intereses políticos. Al punto que muchos hablan de la necesidad de reformar la Ley de Telecomunicaciones para fortalecer a la Superintendencia.⁹

Adoptar “a ciegas” prácticas comunes a nivel internacional en materia de regulación de la competencia, haciendo caso omiso de las particularidades del arreglo institucional existente en Guatemala y de la extrema debilidad del Estado de Derecho en Guatemala, representa una gran amenaza para el adecuado funcionamiento de la misma. En este tipo de economías resulta más efectiva la abogacía por la competencia para promover la eficiencia y el bienestar del consumidor que la pura cacería de prácticas y comportamientos contrarios a la competencia.



Ilustración 1. La Caída de Ícaro: “El Regulador”.

Foto tomada por el autor al mural en el edificio situado en la esquina poniente de Insurgentes y Álvaro Obregón, Ciudad de México, Delegación Cuauhtémoc

“Guatemala y Cuba son los únicos países en Latinoamérica que no cuentan con una Ley de Competencia”¹⁰. Por tanto, argumentan quienes favorecen la adopción de este tipo de regulaciones, Guatemala, siendo una economía de mercado, no puede ser la excepción. Este tipo de posturas plantean que las leyes de competencia son “lo normal y deseable” y, en consecuencia, “es anormal e indeseable”, no tener una de ellas. Este tipo de interpretaciones tratan de hacer pasar temas altamente discutibles y sujetos a la politización como cuestiones que han sido objetivamente demostradas y/o valorativamente neutrales. Este tipo de argumentos buscan influir la forma en que las personas dan sentido a la experiencia, reforzando conceptos y valores preexistentes acerca de la definición y solución de un problema. Esta forma de articular el problema pretende desarrollar un consenso normativo y una acción política consistente con los objetivos y agenda de las organizaciones que promueven este tipo de legislación. En tal sentido, aunque no exista en Guatemala una ley de este tipo, no se desprende de esto, lógicamente hablando, la necesidad que Guatemala deba contar con una.

Desde la perspectiva económica, la supuesta necesidad de este tipo de leyes debe juzgarse a partir de los costos y beneficios en términos del bienestar de los consumidores y la eficiencia que podrían obtenerse de la misma. Suponer que basta con dotar de amplios poderes discrecionales a un grupo de reguladores para asegurar la competencia, equivale a suponer que si tuviéramos alas, cuáles Ícaros modernos, podríamos volar tan alto como el brillante sol. Sin embargo, como lo atestiguó Ícaro en la leyenda, no hay que confundir un par de alas adheridas a la espalda con cera, con las poderosas alas del Arcángel Uriel, regente del Sol.

Lamentablemente, en esta materia los errores de juicio de Ícaro, el regulador de la competencia, pasan factura a todos. Quienes ponen su fe en las leyes de competencia, al igual que Ícaro, se olvidan que ciertos mecanismos no fueron creados para funcionar en situaciones extremas, el sol en el caso en el caso de las alas del mítico personaje, y la impunidad, corrupción y falta de certeza jurídica en cuanto a las leyes de competencia. Hay que tener claro que, en esta materia, “no todo lo que brilla es oro”, salvo que sea el oro que engrosa los bolsillos de “abogados y economistas que se enriquecen con el litigio en esta materia”.¹¹

8. El Periódico. (24 de octubre de 2020). La SAT en la Encrucijada. <https://elperiodico.com.gt/opiniones-de-hoy/2020/10/24/la-sat-en-la-enrucijada/>

9. América Economía. (18 de junio de 2020) Sugieren Cambios a la ley de la SIT en Guatemala. (<https://www.americaeconomia.com/negocios-industrias/sugieren-cambios-ley-de-la-sit-de-guatemala>)

10. El Economista. Ley de Competencia de Guatemala debe aprobarse antes de Noviembre. June 27, 2016 (<http://www.eleconomista.net/2016/06/27/ley-de-competencia-de-guatemala-debe-aprobarse-antes-de-noviembre> consulted August 1, 2017)

11. Frase expresada por el Profesor Benjamin Klein al autor de esta nota. Benjamin Klein (<https://www.justice.gov/atr/benjamin-klein-biography>)

SEMINARIOS DE LA DIRECCIÓN DE PROMOCIÓN A LA COMPETENCIA

En los meses de agosto y septiembre la Dirección de Promoción a la Competencia, con el apoyo del Departamento de Comercio y Competencia (Unidad de División de Comercio e Inversión) del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) realizó dos conferencias de alto nivel en formato virtual, la principal premisa fue difundir los Aspectos Económicos de la Legislación de Competencia y los Aspectos importantes de la Abogacía y el Derecho de la Competencia.

SEMINARIOS VIRTUALES

ORGANIZADOS POR
LA DIRECCIÓN DE PROMOCIÓN
A LA COMPETENCIA, MINISTERIO DE ECONOMÍA.
CON APOYO DE
LA DIVISIÓN DE COMERCIO E INVERSIÓN DEL DEPARTAMENTO
DE INTEGRACIÓN Y COMERCIO DEL BANCO INTERAMERICANO
DE DESARROLLO (BID)

SEMINARIO 2

Aspectos
Económicos de la
Política y Legislación
de Competencia

01 SEPTIEMBRE | 10:00 AM


MODERADOR



Hugo Maul

Reconocido
Economista a
Nivel Nacional e
Internacional.

PANELISTAS



Nicholas Virzi

Economista,
polítólogo y sociólogo
(Guatemala)



Mario Cuevas

Economista, Director
del Centro de
Investigaciones
Económicas
Nacionales (Cien)
(Guatemala)



Esteban Greco

Economista, fungió como
Titular de la Comisión
Nacional de Defensa de la
Competencia (CNDc)
de Argentina.



GOBIERNO de GUATEMALA
DR. ALEJANDRO GIANMATTEI

MINISTERIO
DE ECONOMÍA



Banco Interamericano
de Desarrollo

Dirigido a abogados y público en general

SEMINARIOS VIRTUALES

ORGANIZADOS POR
LA DIRECCIÓN DE PROMOCIÓN
A LA COMPETENCIA, MINISTERIO DE ECONOMÍA.
CON APOYO DE
LA DIVISIÓN DE COMERCIO E INVERSIÓN DEL DEPARTAMENTO
DE INTEGRACIÓN Y COMERCIO DEL BANCO INTERAMERICANO
DE DESARROLLO (BID)

SEMINARIO 1

Aspectos Importantes de
la Abogacía y el Derecho
de la Competencia

25 AGOSTO | 10:00 AM


MODERADOR



Mario Umaña

Banco
Interamericano
de Desarrollo (BID)



Juan Luis Crucelegui

Abogado y Jefe de la Unidad
de Políticas de Competencia
y de Protección al
Consumidor de la UNCTAD
(Conferencia de las Naciones
Unidas sobre Comercio y
Desarrollo)

PANELISTAS



Javier Tapia

Profesor de la
Universidad de Chile y
Ex-ministro del
Tribunal de Defensa
de la Libre
Competencia de Chile
(Chile)



Rolando Diaz Delgado

Abogado y Miembro
Titular del Directorio
Comisión Nacional de la
Competencia de Paraguay.



Pamela Sittenfeld

Abogada y experta en
Derecho de la
Competencia.
(Costa Rica)



GOBIERNO de GUATEMALA
DR. ALEJANDRO GIANMATTEI

MINISTERIO
DE ECONOMÍA



Banco Interamericano
de Desarrollo



TOCA LA IMAGEN
PARA ACCEDER
AL FORMULARIO

Política de competencia en Guatemala, algunas preguntas.

Francisco Javier Nuñez Melgoza¹



Desde hace algunos años, en Guatemala se discute la posibilidad de crear un sistema promotor de la competencia económica, garantizar el acceso a los mercados y combatir comportamientos anticompetitivos. De concretarse el proyecto, sintetizado como una ley de competencia económica, Guatemala se incorporaría al numeroso grupo de países que, bajo distintas modalidades, aplican políticas para proteger el funcionamiento de los mercados. Durante muchos años estuve involucrado, como autoridad, en la aplicación de la política de competencia en México. En este artículo quiero compartir algunas reflexiones, que se derivan de mi experiencia, que espero contribuyan a enriquecer el debate.

¿Qué es la competencia económica?

La competencia económica se refiere al proceso de rivalidad entre empresas en el mercado, que permite a los consumidores beneficiarse a través del acceso a productos más baratos, con mayor variedad y mejor calidad. Las empresas también se benefician al verse incentivadas a mejorar su productividad, a reducir sus costos y a diseñar nuevas soluciones para atender las necesidades de los consumidores. Cuando se tiene un entorno adecuado de competencia y acceso a los mercados, éstos funcionan de manera más eficiente, lo cual es favorable para la sociedad y contribuye a mejorar la capacidad competitiva de la economía.

¿Para qué sirve?

Desde hace mucho tiempo, los economistas han reconocido que las fuerzas del mercado, así como la posibilidad de surgimiento de nuevos competidores, no son suficientes para eliminar los monopolios, las posiciones dominantes y reducir los precios.

Más aun, las empresas pueden incurrir, de manera consciente, en acciones que pueden dañar a sus competidores o a los consumidores. En el siglo XVIII Adam Smith, uno de los padres de la economía, alertaba que los hombres de negocios solían convivir socialmente y a partir de ello construían relaciones que los llevaban a conspirar en los mercados. Por ello, desde distintas vertientes de pensamiento se acepta la aplicación de ciertas medidas de intervención del gobierno que sirven para eliminar las distorsiones que el libre mercado no es capaz de suprimir.

Los países aplican estas políticas de distinta manera, aunque un principio generalmente aceptado es que el tamaño de una empresa no es sinónimo de poder de mercado. Por ello, las agencias de competencia aplican leyes que, usualmente, persiguen el uso del poder de mercado de parte de las empresas².

¿Se puede aplicar en Guatemala?

Una idea frecuentemente difundida, es que esta política es propia de las grandes economías y que, en países como Guatemala, es innecesaria. Este señalamiento proviene del error ya señalado, de considerar que solo las grandes empresas podrían tener capacidad monopólica.

En la realidad existen empresas relativamente pequeñas que, en el contexto del mercado al que pertenecen, podrían tener la capacidad de actuar anticompetitivamente. Un aprendizaje del caso mexicano es que la carencia de competencia afecta más a los segmentos de la población de bajos ingresos y, entre ellos, a los ubicados en las áreas rurales, donde las estructuras de mercado poco competitivas son más frecuentes. Por ejemplo, las autoridades mexicanas han sancionado casos relacionados con la comercialización de tortilla, el transporte de pasajeros y los sistemas de ahorro para el retiro, casos todos en los que es posible afectar el bolsillo y los ahorros de consumidores ubicados en los segmentos inferiores de la distribución del ingreso.

En economías de desarrollo medio, la falta de infraestructura, la deficiente operación de las cadenas de suministro y de distribución y la aplicación de políticas regulatorias que no son afines a la operación eficiente de los mercados, entre otros aspectos, establecen las bases para la creación de mercados fragmentados, sujetos a la operación de pequeños poderes que distorsionan la operación de los mercados y dañan a quienes acuden a ellos.

Por ello, un país como Guatemala puede resultar ampliamente beneficiado de la aplicación de medidas de política que garanticen el acceso a los mercados y establezcan reglas uniformes para quienes buscan competir.

Economista egresado de la Facultad de Economía de la UNAM, con estudios de maestría en economía en El Colegio de México. Asimismo, ha tomado cursos de especialización en diversas instituciones, como The London School of Economics and Political Science (LSE), el Tribunal de Defensa de la Competencia de España, la Federal Trade Commission (FTC) y el Department of Justice (DOJ) de los EUA, el Instituto Panamericano de Alta Dirección de Empresas (IPADE) y la Harvard Business School (HBS). Fue Comisionado de la Comisión Federal de Competencia Económica, la agencia mexicana antimonopolios, desde septiembre de 2013 y hasta febrero de 2016. Trabajó en dicha institución por más de 22 años, como asesor y como Director General de Concentraciones, esto último durante 8 años. Participó en el análisis y resolución de más de 3,000 fusiones y adquisiciones, así como cientos de investigaciones de prácticas monopólicas, procedimientos de licitación y privatización así como en la emisión de diversas opiniones acerca de leyes, reglamentos y condiciones de competencia.

¿Quiénes participarían en el diseño y aplicación de la política de competencia?

La política de competencia, entendida como el conjunto de leyes, reglamentos y disposiciones administrativas que buscan que no haya restricciones al comportamiento competitivo de los mercados, requiere de la participación de diversos grupos.

Al Poder Legislativo corresponde la responsabilidad del diseño institucional, la emisión de las leyes y reglamentos respectivos, así como la adecuación de otros ordenamientos.

El Poder Ejecutivo es fundamental, pues puede actuar como impulsor de las propuestas y además probablemente sería el encargado de la aplicación de las políticas. Su compromiso es esencial para la obtención de resultados, pues le corresponde buscar la armonización de la política de competencia en el contexto general de las políticas públicas.

El Poder Judicial será el encargado de validar las decisiones del órgano administrativo. Este poder es quien en última instancia da forma a la política de competencia, pues sus decisiones e interpretaciones completan y dan cauce al marco legal. La interacción con la autoridad de competencia depende del tipo de diseño institucional que se implemente. En algunos casos, el poder judicial es revisor de las actuaciones de las agencias de competencia, mientras que en otros casos es la autoridad que procesa la decisión final, y la agencia de competencia actúa como fiscalía. Cabe advertir sobre los riesgos de excesiva judicialización de los procedimientos, que puede hacer lenta la aplicación de la política de competencia e incidir en su efectividad.

El sector privado, quien es uno de los potenciales beneficiarios, pero también es sujeto obligado a cumplir con la ley, tiene la responsabilidad de ajustar sus conductas de negocios para hacerlas compatibles con el marco normativo.

La política de competencia no puede ser definida y aplicada por solo un grupo de actores. Se requiere la concurrencia y el diálogo constructivo de todas las partes.

¿Cuáles son los Objetivos?

En la experiencia internacional no se identifica un objetivo único. Por ejemplo, en los EUA se privilegia la defensa de los consumidores, en tanto en Australia, Nueva Zelanda y Canadá, se protege la eficiencia económica. En Europa, se ha seguido un enfoque más preocupado por la integración económica y por evitar los subsidios públicos que desequilibran la competencia en los mercados.

En realidad, los países diseñan sistemas de promoción de la competencia de acuerdo con sus necesidades. En términos generales, los objetivos más frecuentes son la defensa de los consumidores y la mejora de la eficiencia económica.

Una discusión importante tiene que ver con la aplicación de las leyes de competencia a los diversos sectores de la economía. En este sentido, los organismos públicos, en tanto participantes de la actividad económica, no deberían ser excluidos del ámbito de aplicación de la ley y deberían tener un trato similar al de las empresas privadas. Otro aspecto tiene que ver con las posibles exenciones a la aplicación de la ley a sectores estratégicos, situación que existe en otras jurisdicciones como los Estados Unidos de América (EUA) y la Unión Europea, en que se ha optado por proteger la operación de las actividades agropecuarias.

Efectivamente, en los EUA desde hace 100 años existe una ley que otorga protección respecto de las disposiciones de competencia a las actividades agropecuarias. En Europa, durante mucho tiempo la promoción de este tipo de actividades gozó de la mayor protección y se consideró un objetivo primordial. Hay países como Dinamarca, que en algunos productos como el cerdo han promocionado la asociación de productores con el objetivo de tener una de las industrias productoras de carne porcina más innovadoras y productivas del mundo.

La definición del objetivo de la ley es esencial, pues a partir de ello es que se diseñan las facultades de investigación y sanción del organismo encargado de su aplicación.

¹ Poder de mercado es entendido como la capacidad de una empresa, o grupo de empresas, de obtener una rentabilidad extraordinaria, por encima de la que prevalecería en condiciones competitivas, durante un periodo significativo, sin que consumidores o competidores puedan actuar para compensar esa manera de actuar de la empresa.

¿Es necesaria la autonomía de la agencia?

Existen diversos modelos de diseño institucional. Hay países que cuentan con fiscalías que actúan de manera independiente; en otros casos la agencia de competencia depende administrativamente del gobierno central, y casos de independencia constitucional, como México, donde además existen dos organismos de competencia, uno dedicado a las telecomunicaciones y radiodifusión y otro que atiende al resto de los mercados. Asimismo, hay situaciones como la Unión Europea en que hay autoridades supranacionales, por país y a nivel de comunidades autónomas.

En el caso mexicano, la autonomía ha sido fundamental para dotar de capacidad técnica, operativa y presupuestal a los organismos que aplican la ley de competencia y han facilitado la inserción de los temas de competencia en la agenda pública. Esta autonomía ha ido acompañada del establecimiento de mecanismos de control y transparencia para prevenir actos indebidos de los miembros de los organismos.

Independientemente del modelo de organización, una de las mejores prácticas recomendadas a nivel internacional es dotar de independencia técnica y operativa a la institución, pues ello permite obtener los mejores resultados. Ello no quiere decir que la agencia no pueda ser parte del gobierno central. Lo que significa es que se le debe dar la libertad de realizar su trabajo, que es de naturaleza técnica, pues las decisiones de las agencias trascienden los períodos políticos.

¿Qué errores se deben evitar?

Las determinaciones de las agencias de competencia impactan las decisiones de comercio e inversión de las empresas, así como el bienestar de la población. Por ello deben evitarse dos tipos de errores, conocidos como errores tipo I y tipo II.

El primero se refiere a los llamados falsos positivos, que ocurren cuando la agencia concluye, erróneamente, la existencia de un comportamiento anticompetitivo, cuando en realidad no es así. Esta situación impacta directamente a las empresas que legítimamente desarrollan sus actividades de negocios. El segundo ocurre cuando la agencia falla en descubrir conductas lesivas. En este caso, el afectado es el consumidor y/u otras empresas.

Ambas situaciones son dañinas y producen efectos más allá del corto plazo. Para evitarlas, se debe construir capacidad técnica. La política de competencia es altamente especializada y requiere contar con profesionales del derecho y la economía ampliamente capacitados. La agencia pública debe invertir recursos y tiempo en la formación de su personal. Y debe generar una estructura que incentive la permanencia y profesionalización. Los mismos principios son aplicables al Poder Judicial, que sería encargado de dirimir las controversias técnicas y procedimentales derivadas de las resoluciones de la agencia.

Debido proceso

Un componente esencial de la política de competencia es la existencia de instancias para la revisión de las resoluciones de la agencia. En ocasiones, una primera revisión se realiza ante la propia agencia. En cualquier caso, es importante que una instancia distinta, principalmente del Poder Judicial, tenga la función revisora sobre la legalidad de las actuaciones del órgano administrativo.

El debido proceso también significa que los agentes económicos deben tener la oportunidad, en todo proceso, de ser informados de manera oportuna sobre los hallazgos de la autoridad y se les debe garantizar un mecanismo para exponer sus razones y aportar medios probatorios antes de que la autoridad tome su resolución. Esto es así para evitar que las determinaciones de la autoridad ocasionen un daño irreparable a las empresas imputadas, que podrían ser afectadas reputacionalmente y en su operación ordinaria de negocios, sobre todo si el proceso de apelación demora.

Conclusiones

El proceso de construcción de un sistema de defensa de la competencia es complejo y requiere de la definición y discusión de diversos elementos. Particularmente importante es seleccionar objetivos e instrumentos, así como establecer un diseño institucional que dote de la independencia necesaria y esté acompañado de un sistema de rendición de cuentas de la autoridad.

El objetivo debe ser crear un sistema balanceado, que identifique correctamente las conductas dañinas al mercado y los consumidores así como preserve los incentivos a la actividad empresarial. Para ello es fundamental el compromiso con la creación de capacidades técnicas, así como propiciar una discusión y participación de los diversos actores involucrados.

La competencia económica es un medio para mejorar las condiciones de vida de la gente, que puede ayudar a mejorar las perspectivas futuras de la población. En ese sentido, es un instrumento de apoyo a la política social.

La mejora regulatoria desde el derecho a la competencia

Pamela Sittenfeld



Introducción

I Las restricciones a la competencia en los mercados no se originan solamente en las conductas de los agentes económicos. También nacen de las regulaciones y actuaciones del mismo Estado. Por ello, junto con la investigación y sanción de las prácticas anticompetitivas y el control de concentraciones económicas, la “abogacía de la competencia” juega un rol fundamental en toda política de competencia.

Las regulaciones que no son diseñadas adecuadamente pueden restringir indebidamente la entrada de nuevos agentes económicos en el mercado, así como limitar o distorsionar la competencia entre los agentes existentes en perjuicio de los consumidores¹. Por ello, para lograr una efectiva política de competencia es clave que las autoridades tengan a su disposición suficientes herramientas tanto para ejercer su función de defensa de la competencia, como su función de abogacía. Ambas funciones son indispensables y se complementan entre sí.

América Latina tiene importantes retos respecto de las limitaciones a la competencia establecidas mediante la regulación. Si se toma como referencia el índice denominado *“Regulación del Mercado de Producto (PMR)”* de la OCDE, que mide cómo el entorno regulatorio de un país es favorable a la competencia dentro de una amplia gama de sectores económicos y ámbitos políticos², se observa que en el año 2018, a excepción de Chile, todos los países de la región que fueron evaluados están por encima del promedio de los países de la OCDE³, destacando Argentina y Costa Rica como los países con las regulaciones menos amigables con la competencia.

INDICADOR PMR - 2018

Mide las regulaciones en una escala de 0 a 6.

Entre más bajo sea el valor, el esquema regulatorio es más amigable con la competencia.

| País | PMR de toda la economía |
|----------------|-------------------------|
| Argentina | 2.77 |
| Brasil | 2.27 |
| Chile | 1.21 |
| Colombia | 1.56 |
| Costa Rica | 2.46 |
| México | 1.94 |
| OCDE | 1.38 |
| América Latina | 2.10 |

Fuente: OECD 2018 Product Market Regulation Database, <http://oe.cd/pmr>

Este índice se construye con base en dos grandes pilares, que se dividen a su vez en tres grupos. Estos tres grupos se dividen en otros indicadores, pero para efectos de este artículo se analizará hasta el tercer nivel de desagregación.

El primer pilar se refiere a las distorsiones inducidas por la participación del Estado. Este grupo está compuesto por tres parámetros:

- El alcance de la presencia de empresas estatales en la economía y su gobernanza;
- Los controles y obligaciones impuestos a las empresas privadas (como las regulaciones de precios), incluidas las normas que regulan la contratación pública (participación en operaciones comerciales); y
- Las reglas establecidas para evaluar las regulaciones nuevas y existentes a fin de minimizar los impactos negativos en la competencia, la regulación de la interacción entre los grupos de interés y los encargados de formular políticas, y los esfuerzos para simplificar la carga administrativa de las empresas al interactuar con el gobierno (simplificación y evaluación de las regulaciones)⁴.

El segundo pilar se refiere a los obstáculos a la entrada nacional y extranjera. Este grupo está compuesto por tres parámetros:

- La carga administrativa que deben afrontar las nuevas empresas para iniciar su actividad (carga administrativa sobre las nuevas empresas);
- Las barreras cualitativas y cuantitativas que enfrentan las empresas al ingresar y operar en sectores económicos claves (barreras en los sectores de servicios y redes); y;
- Las barreras que podrían limitar el acceso a los mercados internos de empresas e inversionistas extranjeros (barreras al comercio y la inversión)⁵.

Abogada por la Universidad de Costa Rica. Cursó su Maestría en Regulación y Competencia en la London School of Economics and Political Science. Actualmente, se desempeña como asesora del Ministro de Comercio Exterior de Costa Rica. Coordina el Comité de Competencia en el proceso de acceso del país a la OCDE. Además, ha sido profesora de Derecho de la Competencia en la Universidad La Salle, miembro de la Junta Directiva del Regulador de Servicios Públicos (Aresep). Asesora Comisión para Promover la Competencia de Costa Rica. *Las opiniones expresadas en este documento son de exclusiva responsabilidad del autor y no representan la opinión del Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica.*

Es importante indicar, que el índice se fundamenta en la regulación de un determinado país y no en la forma en cómo se implementa por parte de las autoridades. Lo anterior es claramente una limitación a los alcances de la información que nos ofrece, pero sí puede dar una idea clara de dónde están los problemas y qué políticas públicas están llamadas a solucionar los problemas detectados⁶.

II El caso de Costa Rica

Durante varios años Costa Rica ha hecho importantes esfuerzos de mejora regulatoria. Sin embargo, las distintas iniciativas se han concentrado en la simplificación de trámites y requisitos que, si bien es útil e importante, representa solamente una parte relativamente pequeña de la tarea.

Como se observa en la siguiente tabla del año 2018, todos los parámetros del PMR de Costa Rica están por encima del promedio de los países OCDE y en cinco de ellos supera el promedio de América Latina (el único que tiene un puntaje menor es en las barreras al comercio y la inversión):

| INDICADOR PMR: Un desglose por componentes principales, 2018 | | | | | | | |
|--|---|-------------------|--|---|--|--|-------------------------------------|
| País | Distorsiones inducidas por la participación estatal | | | | Barreras a la entrada doméstica y extranjera | | |
| | PMR de toda la economía | Propiedad Pública | Participación en operaciones comerciales | Simplificación y evaluación de normativas | Carga administrativa sobre la puesta en marcha | Barreras en sectores de redes de servicios | Barreras al comercio y la inversión |
| Costa Rica | 2.46 | 3.10 | 1.81 | 2.70 | 2.56 | 2.84 | 0.89 |
| OCDE | 1.38 | 2.15 | 1.15 | 1.50 | 1.07 | 1.73 | 0.67 |
| América Latina | 2.10 | 2.34 | 1.73 | 2.69 | 2.10 | 2.28 | 1.46 |

Fuente: OECD 2018 Product Market Regulation Database, <http://oe.cd/pmr>

Estos resultados muestran elementos centrales que definen el marco regulatorio costarricense. Señala claramente dónde están los obstáculos que desde hace varios años tiene el país, que afectan su productividad y competitividad. Evidentemente, los consumidores (en mayor medida que los agentes económicos) son los más afectados por las regulaciones que limitan la competencia en los mercados.

El país tradicionalmente se ha caracterizado por tener una fuerte presencia del Estado en la economía, no solo por su participación en varias empresas estatales en sectores claves, como las telecomunicaciones y la energía⁷, sino también por tener controles estatales bastante estrictos.

Ejemplos de lo anterior, son las regulaciones de precios en los servicios públicos⁸, así como las regulaciones de las condiciones de entrada y salida de los agentes económicos en este sector⁹.

Asimismo, el Estado compite con particulares en determinadas actividades, pero no siempre en igualdad de condiciones, ya que muchas veces goza de privilegios (un ejemplo de ello es el sector financiero, en el que los bancos públicos gozan de una garantía estatal que no disfrutan los privados, lo que genera una desigualdad en el mercado para competir)¹⁰. Ciertos sectores, donde destacan algunos productos básicos, son también objeto de regulaciones especiales que los protegen de la competencia¹¹. Finalmente, los obstáculos al emprendimiento en el país son importantes debido al sistema para la obtención de licencias y permisos, y las cargas administrativas a las pequeñas empresas¹².

Las políticas de comercio e inversión extranjera son las únicas que se acercan más a los estándares de los países OCDE. Esto es producto de una estrategia de apertura comercial que ha desarrollado consistentemente el país luego de la crisis de los años ochenta. Lo que le ha permitido una mayor inserción en el mercado mundial. Ejemplo de lo anterior, es la robusta plataforma de tratados de libre comercio que el país ha negociado desde 1995¹³.

Estos resultados muestran la necesidad de construir políticas públicas que incluyan los principios de competencia de manera transversal. Es decir, la mejora en la regulación debe entenderse desde una perspectiva más amplia que la simplificación de trámites, y debe buscar la eliminación de distorsiones al funcionamiento del mercado y de las barreras a la competencia.

La legislación de la competencia y su efectiva implementación por parte de la autoridad es clave para promover este cambio hacia un marco regulatorio más amigable con la competencia, siendo la abogacía de la competencia un elemento central para lograr este objetivo.

III. Reciente reforma a la legislación de competencia de Costa Rica

En el año 2014 la OCDE¹⁴ formuló una serie de recomendaciones para el fortalecimiento de su sistema de promoción de la competencia. Estas recomendaciones culminaron en el año 2019 en la “Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica”, Nº 9736, que reforma totalmente el sistema de promoción y protección de la competencia en el país.

Producto de estas reformas, se fortalecieron las funciones de abogacía de la competencia de dichas autoridades, al otorgarle herramientas más robustas para que la autoridad pueda promover la eliminación de las barreras regulatorias y distorsiones a la competencia. En este contexto, se define a la abogacía de la competencia como aquellas actividades realizadas para la promoción de un entorno competitivo, principalmente a través de sus relaciones con otras entidades gubernamentales, así como para aumentar la conciencia pública sobre los beneficios de la competencia¹⁵. Por lo general esta función utiliza medios no-coactivos para su ejercicio.

La nueva legislación señala que las autoridades deben establecer de forma anual sus prioridades en materia de promoción y abogacía de la competencia para asegurar el cumplimiento de sus objetivos en esta materia y una efectiva aplicación de los recursos (artículo 20).

Además, pueden emitir opiniones y recomendaciones en materia de competencia y libre concurrencia, de oficio o a solicitud de parte, respecto de leyes, reglamentos, acuerdos, circulares y demás actos y resoluciones administrativas, pliegos de condiciones o carteles de contratación administrativa. En caso de que las entidades públicas se aparten de estas opiniones quedarán obligadas a informar a la autoridad correspondiente sus motivaciones (artículo 21). Un caso reciente que ilustra el uso de esta facultad fue la opinión emitida por parte de la Comisión para Promover la Competencia en la que recomienda al Ministerio de Economía, Industria y Comercio eliminar la regulación del precio del arroz. En caso de no acoger esta recomendación, en un plazo de 30 días naturales, el Ministerio de Economía, Industria y Comercio queda obligado a informar sobre sus motivaciones para mantener la medida. OP-COPROCOM-016-2020 del 8 de setiembre del 2020¹⁶.

Deben revisar de oficio o a solicitud de parte, al menos una vez cada cinco años, las excepciones y exenciones existentes a la aplicación de la legislación de competencia (artículo 21), y se les otorgan poderes y legitimación procesal para impugnar aquellas leyes y regulaciones vigentes que establezcan barreras a la competencia en los mercados (artículo 3). Por ejemplo, la autoridad de competencia de Costa Rica estableció un calendario en el que revisará las excepciones que todavía mantiene de la legislación de competencia, con el propósito de determinar si existen justificaciones por las que éstas deban mantenerse.

Por otro lado, las autoridades deberán también realizar estudios de mercado con el fin de profundizar su comprensión sobre el funcionamiento de los mercados sobre los que ejercen su competencia, detectar distorsiones o barreras en materia de competencia y libre concurrencia y propiciar su eliminación (artículo 23).

Finalmente, la nueva regulación le otorga a las autoridades la facultad de emitir guías para promover la transparencia, predictibilidad y seguridad jurídica en relación con la aplicación, los trámites y los procedimientos ante las autoridades (art 22). Es importante mencionar que las autoridades de competencia están en el proceso de elaboración de las guías para promover la competencia en los mercados, entre las que destaca la guía para que los agentes económicos puedan establecer sus programas de cumplimiento voluntario de la legislación de competencia.

Si bien la regulación les otorga las herramientas adecuadas a las autoridades, según las mejores prácticas internacionales, es claro que todavía queda mucho camino por recorrer. En este sentido, en la última evaluación sobre la política de competencia, la OCDE reconoce algunos esfuerzos del país en esta materia¹⁷, pero claramente el índice del PMR evidencia la urgente necesidad de profundizar las acciones de abogacía de la competencia.

Trabajos citados

1. Organization for Economic Development (OECD). Product Market Regulation. OECD PMR Indicators. Paris, Francia, 2018. Pág. 1.
Disponible en: <https://www.oecd.org/economy/reform/indicators-of-product-market-regulation/>
2. Ibid.
3. Según la última evaluación realizada por la OCDE en el 2018.
4. Organization for Economic Development (OECD). Product Market Regulation. A detailed explanation of the Methodology used to build the OECD PMR Indicators. París, Francia, 2020. Pág. 5.
Disponible en: https://www.oecd.org/economy/reform/A%20detailed%20explanation%20of%20the%20methodology%20used%20to%20build%20the%20OECD%20PMR%20indicators_FINAL.pdf
5. Ibid. Pág. 7.
6. Ibid. Pág. 4.
7. En este sentido, ver la Ley de Creación del Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), N° 449; Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones; N° 8660.
8. La Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP), N° 7593 establece que la ARESEP fijará los precios y tarifas de los servicios públicos con base en el principio de servicio al costo.
9. Por ejemplo, el Consejo de Transporte Público es el encargado de la administración y otorgamiento de concesiones y permisos en el sector de transporte público.
En este sentido ver: <https://www.ctp.go.cr/acerca-de.html>
10. En este sentido, ver la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, N° 1644.
11. El artículo 9 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, N° 7472 señala que la normativa se aplica a todos los agentes económicos cuyos actos generen efectos en el país, pero se exceptúan los actos expresamente autorizados por leyes especiales. Esto significa que ciertos actos en algunos sectores quedan exceptuados de la aplicación de la legislación.
Especificamente, estos actos se centran en cinco sectores: arroz, azúcar, café, conferencias marítimas y colegios profesionales.
12. Organization for Economic Development (OECD). Estudios Económicos de la OCDE. Costa Rica. París, Francia, 2020. Pág. 77.
<http://www.oecd.org/economy/surveys/Costa-Rica-2018-Estudios-Económicos-de-la-OCDE.pdf>
13. En este sentido ver: Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica. Inserción de Costa Rica en la Economía Mundial. Los primeros 20 años en el Sistema Multilateral de Comercio. San José, Costa Rica, 2012.
Disponible en: <http://www.comex.go.cr/media/7687insercion-de-costa-rica-en-la-economia-mundial-los-primeros-20-años-en-el-sistema-multilateral-de-comercio.pdf>
14. Disponible en: <https://www.oecd.org/competition/competition-law-and-policy-in-costa-rica-2014.htm>
15. International Competition Network (ICN). Advocacy and Competition Policy. Nápoles, Italia, 2002. Pág. i.
Disponible en: https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/AWG_AdvocacyReport2002.pdf
16. Disponible en: https://www.coprocom.go.cr/resoluciones/2020/OP-16-20%20REGULACION_PRECIO_ARROZ.pdf
17. Organization for Economic Development (OECD). Cost Rica: Assessment of Competition Law and Policy. París, Francia, 2020. Págs. 73-79.
Disponible en: <https://www.oecd.org/countries/costarica/costa-rica-assessment-of-competition-law-and-policy2020.pdf>

IV. Conclusiones

Para lograr una efectiva política de competencia es clave que las autoridades tengan suficientes herramientas tanto para ejercer su función de defensa de la competencia, como su función de abogacía.

La abogacía de la competencia, a pesar de ser quizás la parte menos visible o llamativa de las tareas de una autoridad, es igualmente importante. Tanto daño hacen al funcionamiento del mercado las prácticas anticompetitivas de algunas empresas como las intervenciones del Estado que sean mal diseñadas.

De ahí que es vital para la economía de un país establecer mecanismos robustos para la revisión de las regulaciones tanto de previo a su adopción como durante su vigencia. De esta forma, la promoción de la competencia podrá incorporarse de forma transversal en todas las actividades económicas.

Los resultados expuestos muestran la magnitud del reto que enfrenta el país en esta materia. Esperamos que las herramientas recientemente incorporadas en la legislación logren este cometido.



El deporte es competencia pura

¿Qué nos enseña sobre empresas, consumidores y mercados?¹

Juan David Gutiérrez

En los deportes individuales y colectivos, los jugadores o equipos compiten contra otros para obtener un objetivo exclusivo: un partido, un campeonato, el primer lugar, un récord. En las economías de libre mercado, las empresas de todos los tamaños tienen como objetivo maximizar su valor compitiendo por los clientes. La naturaleza exclusiva del objetivo perseguido, en los deportes y los mercados, hace que los rivales sean interdependientes porque el destino de cada jugador depende tanto de su propio desempeño como del desempeño de los demás. En ese sentido, los deportistas y las empresas se preparan individualmente para triunfar, pero sus logros dependen de cómo se comporten sus competidores: no están solos en el mercado, tienen que adaptarse inteligentemente a las estrategias de otros jugadores.

Además, los jugadores en los deportes y las empresas en los mercados tienen que jugar bajo el mismo conjunto de reglas y son supervisados por autoridades o jueces independientes. Estas reglas comunes y el contexto en el que se aplican afectan los incentivos de los jugadores y las empresas para tomar decisiones. Por ejemplo, la existencia de reglas claras y un juez riguroso incidirán en que los participantes decidan “jugar limpio” para competir en vez de usar “triquiñuelas” que pueden ser detectadas y sancionadas. Además, los deportistas y las empresas requieren preparación, objetivos claros, perseverancia, innovación, liderazgo fuerte y capacidad de trabajo colectivo, para comprender la lógica del juego y anticipar las estrategias del rival para poder materializar sus triunfos.

Sin embargo, la analogía entre competencia deportiva y competencia económica no nos permite comprender la historia completa sobre empresas, consumidores y mercados. Primero, los torneos y los partidos siempre tienen una

línea de inicio y meta, siempre terminan con un ganador o un campeón. En cambio, el mercado nunca se detiene, no hay final a menos que la empresa quiebre y desaparezca. La empresa, sus directivos y empleados pueden lograr altos ingresos en un período, pero el “trofeo” ganado el día anterior debe ser validado al día siguiente y así sucesivamente.

En ese sentido, las empresas corren la misma suerte de un personaje de la mitología griega: Sísifo. El castigo impuesto sobre Sísifo consistía en que debía escalar una montaña todos los días con una pesada roca y, justo cuando estaba a punto de llegar la cima, una fuerza externa derrumbaba la roca hasta la llanura, obligándolo a comenzar de nuevo.² Es por eso que una empresa que alcanza la cima del mercado a través de productos innovadores, procesos de producción, alta calidad, estrategias de marketing, etc., debe mantener un esfuerzo constante para satisfacer las necesidades de los consumidores y así garantizar

su sostenibilidad.

La segunda razón por la cual la analogía entre competencia deportiva y competencia económica tiene límites es que mientras el deporte tiene un único objetivo, ganar y prevalecer sobre los demás, las empresas pueden tener otros objetivos que no son exclusivos y que pueden incentivar la colaboración con otras empresas. Este es el caso del emprendimiento social o empresas tipo b, donde el valor creado a través del impacto en una sociedad se considera tan importante como el valor para el accionista. Otro ejemplo de colaboración entre empresas tiene lugar cuando deciden agremiarse en asociaciones que aboguen por sus intereses comunes.

Finalmente, la analogía propuesta al comienzo del escrito se queda corta porque la colaboración entre rivales en uno y otro contexto es más compleja de lo que parece. En principio, tanto en los deportes como en los mercados los rivales no pueden colaborar entre sí sin romper las reglas

1. Este artículo fue publicado originalmente en Inglés y Castellano en el blog www.lalibrecompetencia.com.

2. Homero, “La Odisea”, canto XI, verso 593.

Juan David Gutiérrez es abogado de la Universidad Javeriana graduado con mención de honor. Tiene una maestría en derecho y economía (LLM) otorgada conjuntamente por las Universidades de Bolonia y Erasmus Rotterdam. Obtuvo los títulos de maestría y doctorado (PhD) en política pública en la Universidad de Oxford. Es director del capítulo América Latina de la Academic Society for Competition Law. Tiene más de quince años de experiencia como asesor en asuntos de derecho de los mercados. Actualmente es socio de Avante Abogados.

del juego. En el deporte hay instancias extraordinarias donde la colaboración ocurre, como cuando uno de los rivales necesita atención médica. Pero esas instancias normalmente están previstas en las reglas y los jueces tienen la protestad de interrumpir el juego si el rival trata de aprovecharse de la situación.

Por otra parte, las normas de protección o defensa de la competencia prohíben a las empresas competidoras realizar determinados tipos de colaboración que restrinjan indebidamente la libre competencia, mientras que otras conductas colaborativas no están prohibidas. Por ejemplo, las leyes de competencia prohíben los acuerdos fijación de precios máximos entre competidores. En el derecho de la

competencia, este tipo de conducta se considera como una de las infracciones más graves por sus consecuencias negativas para los consumidores. En Estados Unidos un acuerdo anticompetitivo de fijación de precios horizontal está tipificado como delito. En Colombia un acuerdo entre competidores que tiene lugar en el marco de un proceso de contratación pública está tipificado como conducta delictiva en el Código Penal.

Sin embargo, las legislaciones de competencia no prohíben todo tipo de colaboración entre competidores. Por ejemplo, la creación de nueva tecnología puede requerir acuerdos específicos de empresas conjuntas entre competidores del mercado y este tipo de colaboraciones no son

consideradas anticompetitivas. Por el contrario, la innovación es una de las formas más radicales de competir y por esa razón las leyes de competencia no prohíben colaboraciones empresariales que procuran alcanzar innovaciones.

En suma, la competencia en los deportes es ilustrativa para entender las dinámicas competitivas en los mercados pero la analogía tiene límites. En este texto expliqué tres limitaciones de la analogía: i) Las empresas nunca pueden cesar de competir so pena de perder su vigencia en el mercado; ii) a veces las empresas competidoras tienen incentivos para colaborar entre sí para lograr fines diferentes a la generación de ingresos (ej. promover un campaña pública de reciclaje); y, iii) el derecho de la competencia prohíbe los acuerdos entre competidores que restrinjan indebidamente la competencia pero también permite otras formas colaboración entre empresas rivales, como cuando estas realizan investigación conjunta para desarrollar un nuevo producto.

A pesar de estas limitaciones de la analogía entre competencia deportiva y económica, hay un punto central que sí une los dos ámbitos: las reglas y los árbitros son importantes para que los juegos deportivos y los mercados funcionen bien. En Guatemala es hora de que los mercados cuenten con reglas claras y un árbitro competente y ecuánime que vele porque las empresas compitan por sus méritos en beneficio de todos los consumidores.



Las bondades de la competencia

Mariano Rayo Muñoz



Los últimos seis meses han sido extraordinarios para Guatemala. La pandemia (*¿o sindemia?*¹) provocada por expansión del coronavirus SARS-CoV-2 motivó al gobierno a tomar medidas de contención y mitigación, incluyendo el confinamiento y el toque de queda por días. Esta inusual situación nos obligó a quedarnos en casa y a reencontrarnos con cosas y hábitos que habíamos perdido o que, por los afanes de la vida diaria, no da tiempo para vivirlos.

Los últimos seis meses han sido extraordinarios para Guatemala. La pandemia (*¿o sindemia?*) provocada por expansión del coronavirus SARS-CoV-2 motivó al gobierno a tomar medidas de contención y mitigación, incluyendo el confinamiento y el toque de queda por días. Esta inusual situación nos obligó a quedarnos en casa y a reencontrarnos con cosas y hábitos que habíamos perdido o que, por los afanes de la vida diaria, no da tiempo para vivirlos.

De los más gratificante para mí, y estoy casi seguro de que no fue solo mi caso, ha sido volver a abrir libros empolvados por el olvido, hojear cuadernos usados y revisar hojas sueltas con una letra manuscrita muy alejada a los garabatos que hoy escribimos. En esas horas de redescubrimiento, aparecieron notas del colegio y la universidad. Han sido meses con grandes dificultades, pero con momentos excepcionales.

En medio de esto, recibo la invitación de la Dirección de Promoción a la Competencia del Ministerio de Economía para escribir un artículo en esta Revista de Promoción a la Competencia, invitación que acepté porque el tema de competencia ha sido, desde mi época universitaria, lo que más me ha apasionado.

La libertad de seleccionar el tema me dio otro impulso para escribir unas líneas sin los amarrillos de un tema específico, por lo que opté por recurrir a textos básicos sobre competencia para presentar sus bondades².

Seleccioné este tema porque en Guatemala fuimos testigos, durante la emergencia sanitaria, de cómo la competencia logra bajar los precios^{3 4} y, en algunos casos, aumentar la calidad y disponibilidad de bienes y servicios dentro de un contexto económico muy complicado, a partir de la disrupción de las cadenas de valor, restricciones a la movilidad, cierre de fronteras, empresas y comercios, confinamientos y otras medidas.

Nunca hubo un cierre absoluto de la economía (como sucedió en otros países), pero las limitaciones pusieron en jaque la producción y el aprovisionamiento de muchos bienes y servicios (tantos de primera necesidad como aquellos que han tenido una demanda excepcional nueva como los de limpieza⁵ e higiene o sanitarios⁶), se perdieron empleos tradicionales, se cayeron o desaparecieron los ingresos ordinarios de muchos.

Lo anterior en un contexto donde la oferta de bienes y servicios parece amplia, pero es limitada en varios mercados con poca competencia⁷, con regulaciones obsoletas o que otorgan privilegios o posiciones de dominio. No quiero se exhausto en la descripción de los mercados en Guatemala, cada uno tiene sus características y merecen un estudio específico para ser certero. Lo que sí puedo anticipar es que hay una asimetría entre el grado de apertura externa (libertad de exportar e importar) y el grado de apertura interna (libertad de competir en y concurrir a mercados nacionales).

1 La sindemia es una epidemia que causa problemas de salud y económicos para uno o varios países. Problemas económicos derivados de las exigencias de los tratamientos masivos de prevención y control.

2 Estos textos clásicos alemanes y austriacos vieron la luz entre las guerras mundiales del Siglo XX y posterior al año 1945, o sea, sociedades y economías destruidas, sin puestos de trabajo, altas tasas de inflación, concentraciones económicas, pobreza y confrontaciones culturales y políticas.

3 María Teresa González (@EsaBocaReloaded) lo puso claro: "Interesante muestra de cómo funciona la competencia y la fijación de precios cuando hay libre mercado. Tecniscan comenzó con la prueba de PCR a Q3,200. Hace un par de meses la bajó a Q980. Hoy me llegó un correo con el precio a Q690. La competencia ha bajado los precios."

4 Tema de estudio tiene que ser sobre la calidad de esos productos y servicios sanitarios. Bajaron los precios, pero, con frecuencia, con pérdida de calidad y efectividad. Además, un ámbito importante de la competencia efectiva es su incidencia sobre las compras públicas para evitar la corrupción por medio de las colusiones y manipulaciones (el caso de pruebas es ejemplar).

5 Recuerdo cómo, a finales de marzo, un productor local me comentaba como la demanda por gel y cloro, entre otros, se multiplicó por 10 en cosa de días, sin que tuviera la capacidad de atender la demanda y sin inventarios suficientes de materia prima. En 2 semanas introdujo líneas adicionales de producción, consiguió materia prima, sus trabajadores multiplicaron su esfuerzo y pudo empezar a suplir los anaqueles de los comercios y suprimir la especulación en precios.

6 El caso de las mascarillas es emblemático. De escasez y precios altos en marzo-abril, hoy hay oferta variada y a precios asequibles. Lo que me sigue generando escocor son las compras públicas, allí no hay competencia.

7 Un caso emblemático es el mercado de producción farmacéutica y de distribución y comercialización de medicamentos. La concentración sucedida en los últimos años en las cadenas de farmacias, que se presenta como beneficiosa para el consumidor, muestra restricciones a la competencia y la concurrencia a mercados, perjudicando a los consumidores.

Mariano Rayo es un Economista guatemalteco por la Universidad de Colonia (RFA). Ha ocupado varios cargos como funcionario en la administración pública. Ha sido Diputado al Congreso de la República. Se ha desempeñado en la Asociación de Investigación y Estudios Sociales (ASIES). Catedrático universitario. Asesor y consultor.

Coloco la epidemia y la respuesta de los guatemaltecos para afirmar que las fuerzas que desata el deseo de supervivencia y de proveer a la familia en contextos difíciles y con múltiples adversidades, son la evidencia que, si hay libertad de competir en y concurrir a mercados en una sociedad, se alcanza la prosperidad para todos.

Utilizar la frase “prosperidad para todos” me permite recuperar esos textos básicos a los que hice referencia arriba. Prosperidad para todos (Wohlstand für Alle) es el título del libro clásico de Ludwig Erhard⁸. Erhard defiende en este libro que “la única manera de alcanzar la prosperidad es por medio de la competencia que puede hacer que el progreso económico llegue a todas las personas en sus roles de consumidor y como factor de producción. Por medio de la competencia, es posible elevar la productividad y socializar los beneficios de la mayor producción, manteniendo despierto el afán de rendimiento personal. Más competencia en todas las áreas provocará aumentos en la productividad, salarios crecientes e incremento del consumo. Un ciclo virtuoso.

Por tanto, la clave para este éxito es defender la libre competencia en todos los mercados. Algunos empresarios argumentan que las tendencias evolutivas de la economía (por ejemplo, la búsqueda de las economías de escala) los autorizan para buscar alianzas

entre empresas en la forma de carteles y monopolios, pero esto debe impedirse a toda costa porque incrementa la concentración y se reduce la competencia.”^{9 10}

Otro libro que estaba en la librería con muchos años sin haber sido abierto es Deutsche Wirtschaftspolitik. Der Weg der sozialen Marktwirtschaft (Política Económica Alemana. El camino de la Economía Social de Mercado).¹¹ Esta es una recopilación de discursos y disertaciones pronunciados entre 1946 y 1962. Los temas sobre la competencia, la ley contra las restricciones a la competencia o ley anti-cárteles se encuentran en muchas páginas. Ludwig Erhard denominó a la ley contra las restricciones a la competencia como la ley básica de la Economía Social de Mercado.

En este libro se encuentra una carta de Erhard¹² al presidente de la Asociación Federal de la Industria Alemana con motivo de la discusión sobre la ley anti-cárteles. Los industriales se oponían a la ley por razones «económicas, jurídicas y administrativas».

La carta de Erhard contiene 10 tesis que resumo:

- 1) Un mercado libre no puede existir sin una competencia libre y eficiente y esta tampoco, sin una formación libre de precios.
- 2) El intento de evitar los ajustes en el mercado mediante acuerdos concertados de un cártel y, en particular, querer evitar el ajuste del mercado mediante la fijación o concertación de precios solo endurece y profundiza las perturbaciones y tensiones y, en última instancia, conduce a una economía planificada.
- 3) Los partidarios de los cárteles o acuerdos concertados entre empresas señalan la necesidad de evitar el colapso económico y creen que encontraron la panacea en los precios fijos o acordados.
- 4) En un mercado libre, las perturbaciones provocadas por una crisis (caso de la epidemia por el coronavirus) son mucho más difíciles que se expandan porque el precio libre se ajusta en el mercado, y mejor y más rápido, si hay competencia.
- 5) El empresario libre crece, se mantiene y cae con el sistema de la economía de mercado.
- 6) Los precios fijos significan siempre cantidades fijas desde un punto de vista económico.
- 7) La cuestión de la legislación sobre abusos o la legislación de prohibición pasa por alto el meollo del problema, la fijación o coordinación de precios.
- 8) La legislación de prohibición de carteles o contra las restricciones a la competencia es consecuente porque considera la experiencia negativa vivida y permite las excepciones calificadas que resulten económicamente necesarias.
- 9) En lo que respecta al principio de libertad en sí mismo, parece casi grotesco cuando los amigos del cartel o las concertaciones quieren justificar el derecho a tales fusiones con la pretensión de libertad.
- 10) El tamaño de la nueva burocracia contenida en la ley de carteles dependerá del comportamiento de los agentes económicos.

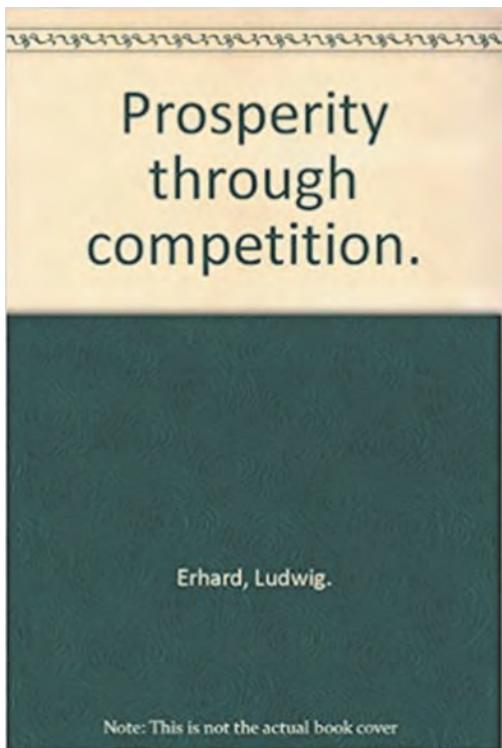
8 Erhard fue un político alemán, Ministro de Asuntos Económicos y Canciller Federal entre 1963 y 1966. Democristiano con tendencias liberales, se le considera el padre del milagro económico alemán de posguerra. Este libro se publicó en febrero de 1957 con motivo del 60 cumpleaños de Ludwig Erhard. Este libro se usa en los coloquios de economía política. Jürgen B. Donges, en el prólogo de la edición española del 2010, escribió: «Erhard era intelectualmente un liberal, se sentía adicto a las doctrinas de Alexander Rüstow, Walter Eucken, Franz Böhm y Friedrich A. Hayek, creía en la iniciativa privada, desconfiaba del Estado omnipotente, veía en el mercado y la competencia el motor del progreso económico».

9 El 6 de octubre se presenta una nueva edición de Wohlstand für Alle editada por la Fundación Ludwig Erhard y la Editorial Econ. El libro será presentado por la parlamentaria Linda Teuteberg del Partido Democrático Libre.

10 En el derecho de competencia moderno es posible autorizar excepciones calificadas por motivos de emergencias o calamidades, pero el principio tiene que salvaguardarse.

11 Erhard, Ludwig. Deutsche Wirtschaftspolitik. Der Weg der sozialen Marktwirtschaft. 638 s. Düsseldorf, Econ-Knapp Verlag, 1962.

12 Ídem. Páginas 201 a 208.



Erhard cierra la carta con la sentencia siguiente: "No se trata de intereses, se trata de los fundamentos de la libertad económica."

De este libro también merecen ser rescatadas estas palabras: "La economía de mercado como principio económico significa que cada persona puede desarrollarse libremente; que él, como empresario, no es obstaculizado ni intimidado por el estado, que no tiene que obedecer ninguna orden del estado en el ámbito empresarial y que es su riesgo, pero también su oportunidad, ganar en el mercado lo que es propio. Por el lado del consumidor, la libertad significa que cada persona puede elegir libremente que consume, y nuevamente: sin estar sujeto a la dirección de una burocracia. El consumidor tiene la libertad de moldear su vida de acuerdo con su propia voluntad y su felicidad, satisfacción y dignidad".

El tercer libro que seleccioné se titula *Grundtexte zur Sozialen Marktwirtschaft. Zeugnisse aus zweihundert Jahren ordnungspolitischer Diskussion*. Editores: Stützel, Wolfgang; Watrin, Christian; Willgerodt, Hans Willgerodt. Stuttgart; New York: G. Fischer, 1981. ISBN: 9783437502569

13 Wünsche, Horst Friedrich. *Grundtexte zur Sozialen Marktwirtschaft. Zeugnisse aus zweihundert Jahren ordnungspolitischer Diskussion*. Editores: Stützel, Wolfgang; Watrin, Christian; Willgerodt, Hans Willgerodt. Stuttgart; New York: G. Fischer, 1981. ISBN: 9783437502569

14 Ídem. Página 169.

15 Ídem. Páginas 251 a 255.

zweihundert Jahren ordnungspolitischer Diskussion¹³ (Textos básicos sobre la economía social de mercado. Evidencia de doscientos años de debate regulatorio). Uno de los editores es mi antiguo profesor Christian Watrin. El libro contiene textos de Erhard, Röpcke, Müller-Armack, Watrin, Smith, Böhm, Eucken, von Mises, Rüstow, Willgerodt, Weber, Schmidt y otros. Resumo alguno de los argumentos que en materia de competencia se reúnen en diferentes capítulos.

"Las dificultades esenciales en la discusión sobre los objetivos y posibilidades de la política de competencia, especialmente sobre las posibilidades de control de abusos, surgen del hecho de que la estructura del mercado, el comportamiento del mercado y los resultados del mercado son interdependientes."¹⁴

1. "El núcleo de una economía de mercado es la libertad de la actividad económica, limitada y controlada por la competencia y el Estado de Derecho. La competencia es un instrumento para afirmar las demandas de los consumidores en el mercado y para lograr el uso más rentable de los factores de producción. Los empresarios planifican la producción sobre la base de su evaluación de la demanda, sobre la que pueden influir de forma limitada, y el desarrollo futuro del mercado. Los pronósticos correctos y la producción útil son recompensados con ganancias, que, sin embargo, están expuestas a la erosión por la competencia por otros bienes o servicios. Por tanto, un beneficio duradero para los consumidores requiere constantemente de nuevos

servicios en condiciones competitivas. Los errores de juicio en el mercado son descubiertos por el mecanismo de precios, conducen a pérdidas y, en casos extremos, obligan a una empresa a salir del mercado.

2. La competencia es también un método para encontrar soluciones a problemas. Esto incluye innovaciones como la introducción de nuevos productos, nuevos procesos de producción y nuevas formas de organización. Los nuevos bienes no los inventan los consumidores, sino las empresas que los desarrollan y los ofrecen a los consumidores. Luego, los consumidores deciden sobre el éxito económico de la innovación.

3. La funcionalidad de la competencia se ve comprometida si el poder económico privado - a menudo utilizando las instituciones del orden legal - dificulta o imposibilita la aparición de nuevos competidores o si los acuerdos permiten restringir la competencia.

4. Mantener la eficiencia de la competencia y, si es posible, mejorarla, es una tarea permanente de la política económica basada en el mercado, que de ninguna manera debe sacrificarse por objetivos estructurales aparentemente superiores. La política económica debe orientarse en su línea básica al fortalecimiento de la competencia."¹⁵

La competencia en y la concurrencia a mercados tiene múltiples y amplias bondades para la economía y la ciudadanía. Estoy convencido que una política de competencia funcional es un antídoto contra nuestra pobreza endémica. La competencia, creatividad e innovación mostrada por los guatemaltecos en tiempos de pandemia, son la evidencia.

Flexibilidad en la regulación de Competencia:

Medidas para impulsar la competitividad en los mercados



Javier Calderón Abullarade

Javier Calderón Abullarade es Director Ejecutivo del Instituto para la Competitividad Económica (ICE)

Introducción

El Ministerio de Economía de Guatemala (MINECO), por medio de su Viceministerio de Inversión y Competencia, impulsa una discusión sobre las regulaciones y políticas de competencia y su implementación en Guatemala. Ello de cara a la necesidad de modernizar y ampliar las herramientas económicas con que cuenta el Estado de Guatemala para promover la eficiencia y desarrollo de los distintos sectores económicos del país. En particular, el MINECO está creando espacios abiertos de debate que facilitan el intercambio de ideas con respecto a cómo deberíamos diseñar una regulación de competencia para el país y sobre cuáles deberían ser su fin, naturaleza y elementos. De esta forma, el presente artículo busca contribuir a una discusión más técnica y amplia sobre la justificación y forma de crear una regulación de competencia flexible, capaz de integrarse a distintos objetivos de la política económica nacional, como es el caso de la legislación europea en materia de competencia, la cual se adecua a los distintos objetivos de su Política Agrícola Común, o la legislación estadounidense, la cual fue diseñada para adaptarse a una economía en constante cambio, ello por virtud de la regla de la razón o de la capacidad del sistema de justicia de sancionar prácticas anticompetitivas que surgen de la evolución de los mercados.

En ese sentido, Guatemala se enfrenta al reto de diseñar e implementar una regulación y políticas de competencia que mejoren la eficiencia de los sectores económicos del país, sin crear condiciones que desincentiven el desarrollo de nuevas inversiones, innovaciones, investigación y desarrollo y la posibilidad de contar con sectores competitivos a nivel global. Pero para ello el país cuenta con el respaldo internacional para la adopción de estas medidas y con el interés de actores internos interesados en modernizar el marco jurídico económico del país (Vargas, 2013; Ministerio de Economía, s.f.). Sin embargo, la búsqueda de consensos para aprobar estas decisiones se ha topado, en algunos momentos, con la preocupación de distintos sectores nacionales por la falta de claridad de los objetivos que se esperan lograr. También existen algunos cuestionamientos sobre los posibles efectos de esta legislación sobre la economía y

a la objetividad técnica de los mecanismos para determinar cuándo se está cometiendo una actividad contra la competencia o sobre la idoneidad de las sanciones.

Por lo anterior, el presente artículo tiene el objetivo de aportar a la discusión sobre los objetivos y los elementos para elaborar en Guatemala una regulación de competencia que genere los incentivos adecuados para mejorar la eficiencia de las empresas en el país, pero que al mismo tiempo no limite la capacidad de los agentes económicos de llevar a cabo prácticas que les permitan contar con los recursos, capacidad productiva y con el nivel de eficiencia necesario para competir en los mercados nacionales y globales. En particular se van a describir algunos elementos contenidos en distintas regulaciones de competencia del mundo y que han permitido la existencia de prácticas concertadas entre empresas, pero con resultados positivos para su eficiencia y desarrollo.

Distintos objetivos, distintos resultados

La regulación de competencia es una de las distintas herramientas económicas cuyo objetivo es favorecer la creación de valor en una sociedad. Este tipo de regulaciones no son capaces de solucionar todos los problemas de competitividad y productividad por sí solas. Necesitan interactuar de forma complementaria y coordinada con otras políticas públicas y normativas que busquen distintos objetivos económicos, sociales, medioambientales y de seguridad, entre otros. Además, este tipo de regulaciones permite perseguir distintos valores económicos (eficiencia, beneficios sociales, beneficios para el consumidor, libertad de competir e innovación, entre otros), los cuales no son siempre compatibles en la práctica.

Las distintas regulaciones de competencia alrededor del mundo han perseguido distintos objetivos, con diferentes resultados económicos. En el caso de los Estados Unidos, el origen de su normativa de competencia fue evitar la concentración de los mercados en manos de unos pocos conglomerados y facilitar el surgimiento de nuevos competidores en los distintos estados del país (Stucke & Ezrachi, 2017), como la falta de barreras al comercio



interestatal, el tren y las barreras naturales y comerciales a las importaciones facilitaron el crecimiento de empresas a niveles nunca antes vistos. Esto generó un combate fuerte en contra de grandes corporaciones a finales del siglo XIX e inicios del siglo XX, así como la búsqueda de precios competitivos en los mercados. Es decir, la eficiencia y el beneficio de los consumidores no fueron objetivos que se buscaron en un inicio, aunque los mismos sí resultaron como consecuencia de algunas acciones de la regulación de competencia estadounidense.

Para acomodar esta tensión y evolución en los Estados Unidos de América se desarrolló la Regla de la Razón, que habilita un procedimiento por medio del cual las empresas pueden justificar la realización de prácticas contrarias a la competencia, siempre y cuando prueben que generan beneficios económicos en términos de eficiencia o beneficios a los consumidores.

La legislación de competencia europea tiene uno de sus orígenes en los liberales alemanes. Desde la década de 1930 éstos tuvieron el objetivo de eliminar los carteles económicos y los beneficios dados por el gobierno de Weimar y de los Nazis a algunos agentes económicos. Las ideas de estos liberales finalmente coincidieron con los planes de reconstrucción de Alemania, de los Estados Unidos de América, luego de la Segunda Guerra Mundial, y que estaban enfocados en reducir la planificación central de la economía y eliminar los carteles alemanes. Esta experiencia fue uno de los fundamentos de la regulación de la competencia entre agentes económicos en la Unión Europea, la cual se enfrentó a la necesidad de crear un mercado común europeo. Es decir, eliminar las barreras nacionales al comercio entre los Estados miembros (Unión Europea, s.f.). Pero, al mismo tiempo, debido a las disparidades en el desarrollo de los sectores económicos nacionales, se le agregó un principio de justicia a este régimen. Y ello, entre otras medidas, tuvo como resultado que la aplicación de la regulación de competencia estuviera supeditada a las medidas contempladas en la Política Agrícola Común (TFEU, artículo 42), la cual persigue principios que no necesariamente favorecen la competencia, como mantener el nivel de vida de las poblaciones agrícolas o la seguridad en el abastecimiento de productos agrícolas a precios razonables.

En la Unión Europea, se instituyó un régimen de excepciones y exenciones de las reglas de competencia desde la redacción del Tratado de Roma de 1958. Estas medidas que permiten las prácticas anti-competencia para determinados sectores o agentes económicos europeos permiten la integración de los de competencia con objetivos de carácter social o medioambiental. En los artículos del 38 al 44 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFEU), se definen los objetivos de la Política Agrícola Común (PAC), entre los que se encuentran garantizar un nivel de vida equitativo para la población agrícola, estabilizar los mercados y garantizar la seguridad de la oferta a precios razonables, entre otros. Esto sirve para ilustrar que cada país tiene la oportunidad de adecuar estas normativas a sus objetivos e intereses nacionales y que no existe un único modelo para todos.

Además de estos casos específicos, la teoría económica también ha evolucionado y encontrado excepciones a sus preceptos iniciales. Algunas de estas excepciones a la regla son (Motta, 2004):

- Hay acuerdos entre agentes económicos que concentran los mercados y generan eficiencias. Este es el caso de las cooperativas, de los centros de acopio administrados por varios productores, de la compra de insumos de forma concertada, el compartir información entre competidores sobre la disponibilidad de inventario, para reducir el desperdicio y facilitar el uso de los mismos recursos logísticos entre competidores.
- Cierta nivel de concentración favorece el desarrollo de investigación y desarrollo e innovaciones. Como menciona Massimo Motta en su libro *“Política de competencia: Teoría y práctica”* (2018), los costos de investigación y desarrollo pueden resultar demasiado altos para los agentes económicos individuales en un mercado disperso.
- Hay acuerdos verticales entre productores y distribuidores que permiten una distribución geográfica más económica de los productos (Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc., 1977). Ello debido a que se soluciona el problema de asimetría de información entre distribuidores, con respecto a la oferta de sus productos y se evita que un mismo territorio tenga una sobre oferta de un mismo producto. En la medida en que esta práctica exista en un contexto de competencia con productos similares de otras marcas o que no sea usado como una medida para mantener los precios artificialmente altos, sino para evitar una sobresaturación de los inventarios, este tipo de arreglos puede generar beneficios sociales y para el productor gracias a una mejora en la eficiencia.

Competencia y cooperativas en los Estados Unidos de América

Un caso emblemático con respecto a la flexibilidad de las regulaciones de competencia es el de las cooperativas en los Estados Unidos de América. Tan temprano como 1922 se aprobó la Ley Capper Volstead, la cual regulaba el funcionamiento de las cooperativas en el marco de las regulaciones de competencia estadounidenses (US Department of Agriculture, 1985). En esta ley se definió una excepción a las organizaciones de productores de cumplir las regulaciones de competencia, se especificó la estructura organizacional requerida para calificar a la excepción y se describen las actividades protegidas las cuales pueden llevar a cabo las organizaciones productivas reguladas

por esta ley. Entre los tipos de empresas que pueden formar cooperativas y acogerse a la Ley Capper Volstead están las granjas, plantaciones, rancheros, lecheros y las asociaciones de productores de nueces y frutas, con o sin presencia en las bolsas de valores. Estas empresas pueden trabajar de forma conjunta en el procesamiento, manejo y venta del comercio interestatal e internacional de sus productos. Este tipo de asociaciones pueden tener agencias de venta en común y estas asociaciones y sus miembros pueden celebrar los contratos y acuerdos necesarios para su funcionamiento.

Sin embargo, estas prácticas permitidas están sujetas al control del Departamento de Agricultura de los Estados Unidos de América. Esta institución tiene el poder de limitar operaciones que de forma deshonesta aumenten los precios de los productos. En este sentido, se establecieron cuatro restricciones a este tipo de asociaciones: 1) los dueños de las cooperativas deberían de ser productores agrícolas; 2) estas deberían ser de beneficio mutuo (deberían distribuir las ganancias entre los miembros); 3) cada miembro

debería de tener un voto indistintamente de su aporte a la cooperativa o 4) o limitar los dividendos a un 8%.

Desde una perspectiva microeconómica las cooperativas agrícolas brindan beneficios a sus miembros y comunidades locales (Demko, 2017). Los agricultores individuales unen recursos para hacer lo que no pueden hacer solos: lograr el tamaño necesario para las economías de escala; promover y desarrollar una marca; garantizar un mercado y un precio competitivo para sus productos; acceder a un mejor sistema de transporte; obtener acceso a nuevos mercados; y aumentar los ingresos. Al igual que otras empresas, las cooperativas proporcionan puestos de trabajo y pagan impuestos, incluidos los impuestos a la propiedad, los impuestos sobre las ventas, los impuestos sobre el empleo, los impuestos a la gasolina y el combustible diesel. Como se observa en la tabla siguiente, los condados de los Estados Unidos de América con sede de cooperativas tuvieron mayores recibos de efectivo, ganancias agrícolas y un mayor valor de la tierra, que los condados sin sedes de cooperativas.

Pero, las cooperativas también han sido fundamentales para adaptar los sectores agrícolas estadounidenses a la competencia internacional. De esta forma, la tendencia desde la década de 1980 ha sido a la reducción en la cantidad de cooperativas en favor de su concentración en unidades con mayores miembros, capital, volumen de producción, y en favor de adquisiciones de cooperativas con problemas financieros (Demko, 2017). La cantidad de cooperativas en los Estados Unidos de América se ha venido reduciendo desde 1930, solo entre el año 2000 y el 2016 su número cayó de 3,338 a 1,385. El volumen total de ventas pasó de alrededor de USD 50 mil millones en 1972 a USD 217 mil millones en 2017. Y el promedio de miembros por cooperativa aumentó de un poco más de 200 en 1926 a casi 1,000 miembros por cooperativa en el 2015.

Un segundo punto importante es que, aunque las cooperativas tienen un desempeño similar a las empresas individuales, éstas sí presentan algunas ventajas. En un estudio comparativo realizado a plantas de producción de queso en Wisconsin, privadas y cooperativas, se encontró que las cooperativas tenían costos de producción inferiores a las firmas individuales y mayor eficiencia laboral (Babb, 2020). Estas son dos de las razones por las cuales el crecimiento de las cooperativas agrícolas y de producción de alimento fuera de un 7,7% anual en promedio entre 2005 y 2010, mientras que sus contrapartes individuales tuvieron un crecimiento de 6,3% en el mismo periodo (McKinsey on Cooperatives, 2012).

Tabla 1. Indicadores de desarrollo para condados con sedes y sin sedes de cooperativas en los Estados Unidos de América (2016)

| Rubro | Condados con sede cooperativa | Condados sin sede cooperativa | Diferencia % |
|---|-------------------------------|-------------------------------|--------------|
| Recibos de efectivo en 2016, miles de dólares (media) | USD 188,066.00 | USD 188,066.00 | 39% |
| Ganancias agrícolas en 2016, miles de dólares (media) | USD 36,750.00 | USD 36,750.00 | 36% |
| Valor de la tierra en dólares de 2012 (promedio) | USD 367,674.00 | USD 367,674.00 | 67% |

Fuente: Elaboración propia con base en (Demko, 2017).

Conclusiones

Las regulaciones de competencia son herramientas económicas que favorecen la competitividad de los mercados, como un beneficio alterno. Esto es debido a que la competencia entre las empresas por crear, mantener e incrementar sus mercados genera incentivos para que éstas reduzcan sus costos de operación y administración, mantengan precios competitivos, busquen inventar y desarrollar nuevos mercados y productos, tengan una mayor orientación hacia el cliente e inviertan en mejorar su administración y operaciones.

Sin embargo, existen instancias en las cuales la competencia empresarial puede limitar la capacidad de los agentes económicos de contar con los recursos o con los incentivos para ser más competitivos. Es por ello por lo que las regulaciones de competencia deben contar con herramientas que les permitan ser flexibles al momento de evaluar acciones contrarias a la competencia, pero que podrían tener el potencial de generar beneficios económicos y de mejorar la competitividad de los mercados o sectores económicos. En otras palabras, las regulaciones de competencia deben ser flexibles para permitir que los agentes económicos implementen medidas para lograr más eficiencia, promover beneficios para los consumidores o beneficios sociales. Esto implica que estas normativas contengan procesos objetivos y transparentes por medio de los cuales las empresas puedan presentar casos que justifiquen el inicio o mantenimiento de prácticas contrarias a la competencia.

Pero, además, como lo muestra el caso europeo, las reglas de competencia se dan en contextos en donde existen otros objetivos de las políticas públicas: sociales, medioambientales, de seguridad y de otras índoles. Y debido a que tales objetivos también buscan mejorar la calidad de vida de las personas, la implementación de las regulaciones de competencia debe de tratar de integrarse con esas otras políticas o normativas que persigan fines distintos a los económicos.

Finalmente, tomando en cuenta la experiencia internacional y los avances en la teoría económica sobre el tema de competencia, es importante que el diseño de una Ley de Competencia para Guatemala tenga claridad con respecto a los objetivos y beneficios que busca alcanzar y su relación con otros objetivos nacionales y regionales (agrícolas, medioambientales, industriales, financieros, laborales, etcétera). Este principio de inclusión facilita que el diseño de políticas y regulaciones de competencia se ajuste a las necesidades y objetivos nacionales, al mismo tiempo que fortalece la confianza de los actores políticos, económicos y sociales en estos instrumentos e incrementa la probabilidad de que estas herramientas tengan un impacto benéfico en la competitividad del país.

Trabajos citados

- OECD. (2020). OECD Competition Trends: 2020.
- Motta, M. (2004). Competition Policy: Theory and Practice. New York City, New York, USA: Cambridge University Press.
- OECD. (2005). Competition and Regulation in Agriculture: Monopsony buying and joint selling. OEC, Competition Committee.
- OECD. (1999). Oligopoly. OECD, Committee on Competition Law and Policy.
- OECD. (2009). Competition Policy, Industrial Policy and National Champions. OECD, Competition Committee.
- Vargas, R. (4 de Septiembre de 2013). Política de Competencia en Centroamérica. Lima, Perú.
- Ministerio de Economía. (s.f.). Dirección de Promoción a la Competencia. Recuperado el agosto de 2020, de Ministerio de Economía: <https://www.mineco.gob.gt/node/121>
- Stucke, M., & Ezrachi, A. (15 de Diciembre de 2017). The Rise, Fall, and Rebirth of the U.S. Antitrust Movement.
- Unión Europea. (s.f.). Agriculture and food: Overview. Recuperado el Agosto de 2020, de Competition: https://ec.europa.eu/competition/sectors/agriculture/overview_en.html
- Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc., 76-15 (Corte Suprema de los Estados Unidos de América 23 de Junio de 1977).
- US Department of Agriculture. (1985). Understanding of Capper-Volstead Act.
- Demko, I. (2017). Trends of US agricultural cooperatives (1913-2016). Ohio State University.
- (2012). McKinsey on Cooperatives. McKinsey and Company Industry Publications.
- Babb, E. M. (12 de octubre de 2020). "Comparative Performance of Cooperative and Private Cheese Plants in Wisconsin." North Central Journal of Agricultural Economics, 3(2).
- Abullarade, J. C. (2017). Energía y potencia para Guatemala: Los estadios del subsector eléctrico 1883-2017. Guatemala: Ministerio de Energía y Minas de Guatemala.

i. Un ejemplo de esto es la aplicación de las regulaciones de competencia en la Unión Europea, las cuales, de acuerdo con el artículo 42 del TFEU, pueden ser modificadas por los legisladores para los productos agrícolas, de acuerdo con el artículo 39 del TFEU, para tomar en cuenta los objetivos de la Política Agrícola Común.



CONTENIDO |

REVISTA
**PROMOCIÓN A LA
COMPETENCIA**

PRIMERA EDICIÓN: DICIEMBRE 2020 • ENERO - JUNIO 2021

Una lectura
sobre las virtudes
de la legislación
de competencia:
*¿Por qué
la Competencia
es necesaria?*

Jorge Miguel
Castillo Castro

**La mejora
Regulatoria desde
el Derecho de la
Competencia**

Pamela
Sittenfeld

**Política de
Competencia en
Guatemala, algunas
preguntas**

Francisco Javier
Nuñez Melgoza

Regulación
de la Competencia:
El Vuelo de Ícaro

Hugo Maul
Rivas

Flexibilidad
en la Regulación de
Competencia: **Medidas
para impulsar la
Competitividad en los
mercados**

Javier
Calderón

**Competencia e
Innovación en
la era digital**

Juan Luis
Crucelegui Gárate

El deporte es
Competencia pura.
*¿Qué nos enseña
sobre empresas,
consumidores y
mercados?*

Juan David
Gutiérrez

Control de
Concentraciones
en Paraguay:
*La experiencia
de los primeros años*

Rolando Díaz Del-
gado y
Fabrizio
Boggino

**Las bondades
de la Competencia**

Mariano Rayo
Muñoz