***REFLEXIÓN Y CRITERIO***

**ANALISIS DE LA INICIATIVA DE LEY 5074 (Ley de Competencia)**

**Introducción: La necesidad de contar con una Ley de Competencia:**

Guatemala requiere de una Ley de Competencia que coadyuve al bien común. Con el fin de alcanzar una competencia sana, que contribuya al bienestar de la sociedad, la mayoría de los países cuentan con una legislación específica en la materia. Un denominador común de la misma, es el objetivo de proteger la libertad efectiva de los mercados.

Guatemala ha sido una excepción en América Latina al no contar en la actualidad, con una legislación sobre competencia. No obstante, desde el punto de vista constitucional, por razones del funcionamiento de una economía competitiva, desde la perspectiva de los Derechos Humanos -en particular de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales- y ahora por exigencias internacionales, se requiere promover una ley en tal sentido.

Según el artículo primero de la Constitución Política de la República: *“El Estado se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común”.* Específicamente en el artículo 130 de la misma, se establece que *“Se prohíben los monopolios y privilegios. El Estado limitará el funcionamiento de las empresas que absorban o tiendan a absorber, en perjuicio de la economía nacional, la producción en uno o más ramos industriales o de una misma actividad comercial o agropecuaria. Las leyes determinarán lo relativo a esta materia. El Estado protegerá́ la economía de mercado e impedirá las asociaciones que tiendan a restringir la libertad del mercado o a perjudicar a los consumidores.”*

Dentro del marco anterior, una ley de libre competencia debe garantizar que todos los agentes y actores del mercado, participen en condiciones de igualdad de oportunidades. En igual forma, garantizar el acceso a insumos productivos, bienes y servicios de consumo final de calidad, así como contribuir a una economía y sociedad solidaria, incluyente, plural y sostenible. Tomando en cuenta lo indicado, se plantean las siguientes:

1. **Consideraciones sobre la Iniciativa de Ley número 5074 “Ley de Competencia”:**
* Para lograr un mejor entendimiento de la ley, se propone corregir la secuencia de los títulos a partir del numeral IV.
	1. **Defensa de la libre competencia (artículos del 6 al 15 de la Iniciativa)**
* Esta parte contiene la esencia del espíritu de la ley, ya que describe las conductas o prácticas anticompetitivas que deberían estar prohibidas. Por ello se recomienda la redacción de los artículos que la integran, lo menos compleja posible para que sean de fácil entendimiento e interpretación. Se sugiere consultar la legislación comparada de países vecinos como El Salvador, Honduras, México, Chile y Colombia, que de manera clara y concreta definen las prácticas en contra de la libre competencia sancionables, a fin de que todo ciudadano pueda comprenderlas y denunciarlas en los casos que corresponda.
* Se estima innecesaria la inclusión del artículo 8. Comprobación, debido a que limita la efectividad de la ley, ya que anula la regla *per se* para las prácticas horizontales[[1]](#footnote-1) o absolutas. Además, el proceso de comprobación debe formar parte del proceso de investigación normado en el Capítulo IV, y en tal sentido, estar a cargo de la Superintendencia de Competencia.
* Acerca de las prácticas permitidas (artículo 9) que tengan por objeto la cooperación en investigación y desarrollo de nuevas tecnologías o el intercambio de información técnica, estas sólo deberían ser permitidas en los casos en los que dicha cooperación entre empresas no tenga como efecto el abuso de posición de dominio en el mercado relevante.
* Sobre la posibilidad de establecer medidas que limiten o impidan el libre acceso o salida del mercado, el establecimiento de controles de precios o tarifas mínimas o máximas de cualquier producto o servicio (artículo 9 numeral 2) se considera que la decisión de autorizar este tipo de medidas debe ser excepcional y quedar exclusivamente en manos del Congreso de la República. Además, dicha autorización debería ser transitoria, con un período de tiempo de caducidad definido.
* Es necesario incluir un título completo que regule el control de concentraciones ya que la propuesta de ley lo incluye de manera escueta y lo reduce a una notificación por parte de los agentes económicos cuyo efecto (el de la concentración) será evaluado ex post por la Superintendencia de Competencia (artículos del 12 al 15). Dicha sección debería definir los criterios con base en los cuales los actores interesados en fusionarse deberán pedir el permiso y los parámetros sobre los que se autorizarán las concentraciones.
	1. **Abogacía de la competencia (artículos del 16 al 17 de la Iniciativa).**
* En este título deberían establecerse todas las facultades consultivas (de abogacía) de la Superintendencia y no sólo las de promoción de la misma. Dentro de las potestades consultivas está la emisión de la opinión sobre modificación de leyes específicas que atenten en contra del espíritu de la Ley de Competencia. La solicitud de opinión debe incluir la obligación de respuesta justificada por parte del organismo que la solicita de aceptación o no de la opinión de la Superintendencia.
	1. **Superintendencia de Competencia (artículos del 18 al 86 de la Iniciativa).**
* Como una observación general a este Título, se aprecia que está desarrollado con demasiado detalle, lo que hace que el apartado sea muy complejo. Se recomienda incluir los detalles dentro del Reglamento de la Ley.
* Acerca de la integración del Directorio, se propone la eliminación de la figura de la Comisión de Postulación ya que ésta estaría integrada por representantes de las mismas instituciones que integrarían el Directorio. Para fines prácticos, se tendría el mismo resultado de un proceso de designación directa de funcionarios de las tres instituciones propuestas para conformar el Directorio; se recomienda incorporar para la designación, el sorteo entre ternas integradas por profesionales que reúnan los méritos de capacidad, idoneidad y honradez requeridos para el puesto y de conformidad con procedimientos establecidos en el reglamento. En cuanto al perfil profesional de los integrantes del Directorio, debe asegurarse que los requisitos no sean limitativos de la posibilidad de designar personas capaces, y que haya opciones de formación profesional en la materia, por ser un tema nuevo en Guatemala para el cual no se cuenta con expertos nacionales.
* Sobre la remoción del Superintendente, es necesario estipular las causales que justificarían dicha decisión, a fin de limitar la discrecionalidad del Directorio (artículo 76).
* Es necesario eliminar el artículo 81 que otorga derecho de antejuicio a los Directores, Superintendente y funcionarios de la Superintendencia de Competencia.
* Asimismo, se deben eliminar los aportes privados para financiar la institución, ya que crea un conflicto de interés entre los agentes económicos y la Superintendencia.
	1. **Proceso administrativo (artículos del 87 al 101 de la Iniciativa).**
* Para el adecuado funcionamiento de la Superintendencia, es crucial separar las funciones del Directorio y del Superintendente, siendo el Directorio la unidad responsable de conocer los recursos legales interpuestos por los actores económicos investigados y la resolución de los casos, debiendo ser el Superintendente responsable exclusivo de dirigir el proceso completo de investigación y aplicación de sanciones de conformidad con la Ley. En la Iniciativa de Ley se le otorga demasiado poder al Directorio a lo largo de todo el proceso de investigación, que se traduce en: a) la posibilidad de desestimar una denuncia aún antes de iniciada la investigación (artículo 97); b) conocer y conducir todo el proceso de investigación; y c) discrecionalidad en la anulación de sanciones y reducción de multas.
* Una denuncia se debería desestimar solamente después de haber realizado la adecuada investigación. Por lo anterior, se considera necesario eliminar la posibilidad de que el Directorio pueda desestimar denuncias que considere improcedentes, así como la restricción de que contra estas resoluciones no cabrá recurso alguno, porque puede ser un obstáculo para que se realicen investigaciones sobre prácticas anti competitivas; en todo caso se recomienda que conozca sobre la admisibilidad o no de la denuncia.
* Se considera que la exigencia legal de que los actores económicos afectados fundamenten documentalmente y con suficientes argumentos que demuestren la veracidad de las denuncias que presentan, limitaría la posibilidad de que éstos presenten demandas.
* El artículo 98 sobre el proceso administrativo de la investigación es demasiado extenso y complejo, por lo que se recomienda sea abordado en una sección por separado, para que pueda quedar debidamente desarrollado y explicado el proceso. Y el informe de la investigación debe estar a cargo de la Superintendencia de Competencia y el Directorio debe dictar una resolución, por lo que procedería cambiar los términos incluidos en la ley, para dar mayor claridad.
* Es necesario que la Superintendencia pueda tener acceso expedito a información financiera de los actores económicos, como parte de los medios de prueba para poder realizar una investigación profunda de los casos. En caso el agente económico se niegue a presentar los medios de prueba que se le soliciten, debe establecerse una sanción económica y no trasladar el caso a la instancia judicial, porque se pueden alargar indefinidamente los plazos.
* Adicionalmente lo anterior, se estima que los plazos establecidos para realizar las investigaciones son insuficientes (45 días) ya que el análisis de los casos será complejo en muchas ocasiones.
* Después de la resolución del caso por parte del Directorio, para la fijación de la sanción aplicable al caso, no deberían incluirse las consideraciones que estipula el artículo 98 en cuanto a no menoscabar la eficiencia de la actividad productiva del agente económico de que se trate, en virtud de que es un aspecto subjetivo que puede limitar la efectividad de la sanción.
	1. **Infracciones, sanciones, medidas y prescripción (artículos del 106 al 130 de la Iniciativa).**
* Deben establecerse multas graduales en el régimen sancionador, en función de la gravedad de la infracción, cuyos grados deberán quedar definidos en la Ley. En otras palabras, se podría establecer un catálogo de infracciones, agrupadas en tres categorías, leves, graves y muy graves, las sanciones correspondientes a la gravedad de la misma En mérito de lo anteriormente expuesto, se recomienda lo siguiente:

**2. Recomendaciones**:

* Con relación a las excepciones incluidas en la Iniciativa, se considera que éstas no deben existir debiendo ser la Ley, de carácter general y abstracto y sin que dé lugar a privilegios.
* Respecto de las concentraciones, la redacción legal debe incluir un examen ex ante y no ex post de las empresas que pretenden concentrarse.
* Dentro de las facultades consultivas de la Superintendencia, se encuentra la emisión de la opinión sobre modificación de leyes específicas que atenten en contra del espíritu de la Ley de Competencia. La solicitud de opinión debe incluir la obligación de una respuesta de aceptación o de negación, motivada, por parte del solicitante.
* Para el adecuado funcionamiento de la Superintendencia, es crucial separar las funciones del Directorio y del Superintendente, siendo el Directorio la unidad responsable de conocer los recursos legales interpuestos por los actores económicos investigados y la resolución de los casos, debiendo ser el Superintendente responsable exclusivo de dirigir el proceso completo de investigación y aplicación de sanciones de conformidad con la Ley.
* La Superintendencia debe contar con un presupuesto adecuado independiente de multas y patrocinios privados.
* Se debe incluir un catálogo de infracciones, clasificadas según su gravedad (leve, grave, muy grave) y las sanciones correspondientes a las mismas.
1. Tal y como se definen en la Iniciativa de ley, prácticas horizontales son las que se producen respecto de empresas que se encuentran en el mismo nivel del proceso productivo, y prácticas verticales cuando se producen respecto de empresas que se encuentran en diferentes eslabones de una misma cadena de valor. [↑](#footnote-ref-1)